

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA
(AFDUE)

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA
(AFDUE)

ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728

Núm. 35 (2019)



ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA
(AFDUE)

El *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura (AFDUE)* (ISSN: 0213 988X– ISSN-e: 2695-7728) es una publicación de periodicidad anual, abierta a los ámbitos del Derecho, la Ciencia Política, la Administración Pública y la Criminología. Su línea editorial procura que la investigación científica que se publica en sus páginas responda a los objetivos y necesidades de la comunidad jurídica nacional e internacional, en el contexto académico actual.

Sobre las referenciadas ciencias jurídicas, *AFDUE* invita a presentar trabajos originales, que serán seleccionados para su publicación dentro de las diferentes secciones de la revista: miscelánea, monográfico, comentarios de jurisprudencia y de legislación, informe jurídico-público sobre la Comunidad Autónoma de Extremadura, reseñas bibliográficas, actividades científicas de la Facultad de Derecho de la UEx u otras informaciones jurídicas relevantes.

AFDUE implementa los estándares de política editorial, dirigidos tanto a los autores como a los usuarios de la revista. Esta publicación de la Facultad de Derecho de la UEx, con sede en dicho Centro de la ciudad de Cáceres, utiliza la plataforma OJS que proporciona el Servicio de Publicaciones de la UEx, lográndose así una mayor difusión de los estudios publicados.

EQUIPO EDITORIAL

Presidente

Alfonso C. Cardenal Murillo, Decano de la Facultad de Derecho de la UEx

Director

Sixto Sánchez-Lauro, Profesor Titular de Historia del Derecho de la UEx

Consejo de Redacción

Ángel Arias Domínguez, Director del Departamento de Derecho Privado de la UEx

M^a Antonia Arroyo Fernández, Vicedecana de Asuntos Económicos, Infraestructuras y Extensión Universitaria

Jesús Conde Fuentes, Vicedecano de Movilidad y Prácticas Externas

Ana Belén Lucas Tobajas, Secretaria Académica

Matilde Sánchez Gutiérrez, Vicedecana de Ordenación Académica y Formación Complementaria

Sixto Sánchez-Lauro, Director del *AFDUE*

Gregorio Serrano Hoyos, Director del Departamento de Derecho Público de la UEx

Equipo Técnico

Manuel Lázaro Pulido (Coord.). Editorial Sindéresis

COMITÉ CIENTÍFICO

Vicente Álvarez García, Catedrático de Derecho Administrativo

Clemente Checa González, Catedrático de Derecho Financiero

Emilio Cortés Bechiarelli, Catedrático de Derecho Penal

Joaquín Cuello Contreras, Catedrático de Derecho Penal

Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambroja, Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz

Francisco Javier Hierro Hierro, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Antonio Manuel Román García, Catedrático de Derecho Civil

Jaime Rosell Granados, Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado

José Luis Serrano González de Murillo, Catedrático de Derecho Penal

M^a Félix Tena Aragón, Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

José Antonio Vega Vega, Catedrático de Derecho Mercantil

EDICIÓN: FACULTAD DE DERECHO. CÁCERES

SUSCRIPCIONES, INTERCAMBIO Y RECEPCIÓN DE ORIGINALES

AUTORIZACIÓN DE REPRODUCCIONES



© 2019,

DEPÓSITO LEGAL: CC-227-1985

ISSN: 0213-988X ISSN-e: 2695-7728

FOTOCOMPOSICIÓN E IMPRESIÓN

Editorial Sindéresis – oscar@editorialsinderesis.com

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA
(AFDUE)

ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728

Núm. 35 (2019)

SUMARIO

PRESENTACIÓN

SIXTO SÁNCHEZ-LAURO 19-20

ARTÍCULOS. MISCELÁNEA

FLOR ARIAS APARICIO, *La tutela de los espacios naturales protegidos: ordenación urbanística vs. Red Natura 2000 (el caso de la isla del embalse de Valdecañas)* 23-52

GABRIELA CRISTINA COBO DEL ROSAL PÉREZ, *De la Historia del Derecho a la aproximación histórica al Derecho: gajes de la globalización*..... 53-84

TOMÁS CUÉLLAR MONTES, *La naturaleza y las fases del informe de la administración concursal*..... 85-102

PAULO JACOB INGUANE, *Consciência Política e Exercício de Cidadania em Moçambique: Caso do Conselho Autárquico da Macia, 2009 – 2013* 103-122

ELVIRA MARUGÁN ESCOBEDO, *Mediación de consumo: una perspectiva española y europea* 123-165

ANTONIO MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal*..... 167-194

RODOLFO ORANTOS MARTÍN, *El principio monárquico como factor aglutinador de la identidad nacional de Ucrania*..... 195-211

JORDI ORTIZ GARCÍA, *Predictores individuales de la participación en el “fenómeno del botellón” en Guadalajara*..... 213-248

DIONISIO A. PERONA TOMÁS, *Un caso de conversión en Corregimiento de Letras durante el reinado de Fernando VII: los últimos años del corregimiento de Hellín*..... 249-297

<i>MARÍA SANDRA VELÁZQUEZ VIOQUE, Comentario parcial a la Ley de contratos de créditos inmobiliario.....</i>	299-324
--	---------

ARTÍCULOS. MONOGRÁFICO

HERMENÉUTICA JURÍDICA

<i>MAURICIO BEUCHOT, Los derechos humanos en un ámbito de interculturalidad, visión desde una hermenéutica analógica</i>	327-344
<i>RAÚL C. CANCIO, Hermenéutica jurisprudencial. De la hipotrofia de los derechos subjetivos a la gestión del tránsito de una sociedad homogénea a otra híbrida</i>	345-370
<i>NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA, Los derechos humanos y la analogía hermenéutica</i>	371-396
<i>ÁNGEL CUBO MAYO, El Derecho como ciencia hermenéutica: la dimensión jurídica de la acción humana</i>	397-442
<i>JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA, La filosofía jurídica hermenéutica en España.....</i>	443-480
<i>MANUEL LÁZARO PULIDO, La hermenéutica jurídica desde la perspectiva filosófica.....</i>	481-532
<i>JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA, Performatividad y nominalismo en la teoría política de Butler: nuevas versiones de un viejo problema</i>	533-569

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

<i>CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, La inconsistente y banal Ley de garantía de la autonomía municipal de Extremadura</i>	573-604
<i>MERCENARIO VILLALBA LAVA, La inconstitucionalidad de la regla especial de devengo de los salarios de tramitación derivados de un despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. Su posible exención derivada de su real naturaleza indemnizatoria y no salarial</i>	605-620
<i>MERCENARIO VILLALBA LAVA, Análisis del ejercicio de la potestad administrativa de recuperación de oficio de los caminos públicos municipales. Examen de la doctrina de los tribunales</i>	621-631

INFORME SOBRE EXTREMADURA

- VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA; FLOR ARIAS APARICIO Y ENRIQUE HERNÁNDEZ DÍEZ, *Informe anual sobre la situación jurídico-pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura en 2019*..... 635-700

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

- Fernando Bermejo Batanero, dir. *Historia Jurídica de la Integración Europea*. Madrid: Dykinson, 2019, 212 pp. ISBN: 978-84-1324-382-5
Jorge Urbaneja Cillán 703-708
- Juan Antonio Gómez García. *Derecho y analogía. Estudios de hermenéutica jurídica*. Madrid: Editorial UNED, 2017, 166 pp. ISBN: 978-84-362-7283-3
Manuel Lázaro Pulido 709-711
- Miguel Grande Yáñez. *Filosofía del Derecho Hermenéutica*. Madrid: Tecnos, 2018, 205 pp. ISBN: 978-84-309-7443-6
Manuel Lázaro Pulido 712-713
- Lucía Moreno García. *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, 584 pp. ISBN: 978-84-9190-604-9
Jesús Conde Fuentes 714-720
- Gabriel Moreno González. *La democracia humanista*. Sevilla: Editorial Athenaica, 2020, 200 pp. ISBN: 978-84-173-2595-4
Miguel Ángel Sevilla Duro 721-727
- José Luis Muñoz De Baena. *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*. Madrid: CEPC (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Mº de la Presidencia), 2018, 367 pp. ISBN: 978-84-259-1775-2
Juan Antonio Gómez García 728-731
- Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado. *El Derecho Internacional Moderno y América*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018, 303 pp. ISBN: 978-994-210-424-3
Gabriela Cobo del Rosal Pérez 732-737

<i>José María Ruiz Moreno. Cuestiones actuales sobre los procesos de capacidad y filiación en la LEC. Vol. 1. Los procesos civiles especiales. Coordinado por J. Banacloche Palao (Colección 20 años LEC 2000). Madrid: La Ley – Wolters Kluwer, 2019, 302 pp. ISBN: 978-84-9020-918-9</i>	
<i>Gregorio Serrano Hoyo</i>	738-741
<i>Ignacio Sánchez Amor. Extremadura germinal: instituciones, partidos y políticas públicas en la Transición. Vol. 1. El Tablero. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, 989 pp. ISBN: 978-84-16349-70-8</i>	
<i>Gabriel Moreno González</i>	742-749

CRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

<i>Jornadas sobre Geopolítica en el espacio mediterráneo. IV Jornadas de Seguridad y Defensa. (Áreas de Historia del Derecho y de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales). Elisa Díaz Álvarez</i>	753-758
<i>Jornada sobre La Ley de garantía de la autonomía municipal desde la perspectiva financiera. (Área de Derecho Financiero y Tributario). Elena Manzano Silva.....</i>	759-762
<i>Jornadas sobre Propiedad Intelectual e Industrial: Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites. (Área de Derecho Mercantil). José Antonio Vega Vega</i>	763-766
<i>Congreso Internacional. VI Processulus: encuentro de jóvenes investigadores en Derecho Procesal. (Área de Derecho Procesal). Jesús Conde Fuentes</i>	767-772
<i>Seminario Hispano-Luso: Introducción a la Historia y al Derecho Público de Portugal. (Áreas de Historia del Derecho y de Derecho Administrativo y Departamento de Historia). Elisa Díaz Álvarez</i>	773-783
<i>Jornadas de acercamiento al constitucionalismo español. (Área de Derecho Constitucional). Gabriel Moreno González</i>	785-786
<i>Curso Internacional de Otoño: Derechos Humanos y siniestralidad vial a escala glocal. (Área de Derecho Penal). Jordi Ortiz García.....</i>	787-790
<i>Jornadas sobre la Inquisición Española: El tribunal inquisitorial de Llerena y su jurisdicción en Extremadura. (Área de Historia del Derecho). Elisa Díaz Álvarez.....</i>	791-828

<i>III Seminario Internacional de Investigación en Juventud: Jóvenes y ODS: migraciones y desarrollo sostenible. (Área de Derecho Administrativo). Flor Arias Aparicio y Enrique Hernández Díez</i>	829-833
<i>Jornadas Internacionales sobre La protección económica de los consumidores en el marco digital. (Área de Derecho Civil). Alejandro Platero Alcón.....</i>	835-837
<i>Jornada sobre La búsqueda de personas desaparecidas y la construcción de paz en Colombia. (Área de Derecho Constitucional). Lorena Chano Regaña</i>	839-845

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA (AFDUE)

ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728

Núm. 35 (2019)

SUMMARY

INTRODUCTION

SIXTO SÁNCHEZ-LAURO 19-20

ARTICLES. MISCELLANEOUS

FLOR ARIAS APARICIO, *The protection of Protected Natural Areas: Urban planning vs. Natura 2000 (the case of the Valdecañas Island)* 23-52

GABRIELA CRISTINA COBO DEL ROSAL PÉREZ, *From the History of the Law to the Historical approach to the Law: parts of globalization* 53-84

TOMÁS CUÉLLAR MONTES, *The nature and phases of the bankruptcy administration report* 85-102

PAULO JACOB INGUANE, *Political Awareness and Exercise of Citizenship in Mozambique: Case of the Municipal Council of Macia, 2009 – 2013* 103-122

ELVIRA MARUGÁN ESCOBEDO, *Consumer mediation: A Spanish and European perspective* 123-165

ANTONIO MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Some critical reflections on conformity in the Criminal Process* 167-194

RODOLFO ORANTOS MARTÍN, *The monarchic principle. Binding factor of the national identity of Ukrania* 195-211

JORDI ORTIZ GARCÍA, *Individual predictors of participation in the "botellón phenomenon" in Guadalajara* 213-248

DIONISIO A. PERONA TOMÁS, *A case of conversion into the Corregimiento de Letras during the reign of Fernando VII: the last years of the Corregimiento de Hellín* 249-297

<i>MARÍA SANDRA VELÁZQUEZ VIOQUE, Partial commentary to the Real Estate Credit Contract Law</i>	<i>299-324</i>
---	----------------

ARTICLES. MONOGRAPHIC

LEGAL HERMENEUTICS

<i>MAURICIO BEUCHOT, Human rights in an area of interculturality, vision from an analog hermeneutics</i>	<i>327-344</i>
<i>RAÚL C. CANCIO, Jurisprudential hermeneutics. From the hypotrophy of subjective rights to traffic management from a homogeneous society to another hybrid.....</i>	<i>345-370</i>
<i>NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA, Human rights and hermeneutical analogy</i>	<i>371-396</i>
<i>ÁNGEL CUBO MAYO, Law as a hermeneutical science: the legal dimension of human action</i>	<i>397-442</i>
<i>JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA, The hermeneutic legal philosophy in Spain.....</i>	<i>443-480</i>
<i>MANUEL LÁZARO PULIDO, Legal hermeneutics from a philosophical perspective</i>	<i>481-532</i>
<i>JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA, Performativity and nominalism in Butler's political theory: new versions of an old problem ...</i>	<i>533-569</i>

JURISPRUDENCE AND LAWSUIT

<i>CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ, The inconsistent and banal Law of guarantee of the municipal autonomy of Extremadura</i>	<i>573-604</i>
<i>MERCENARIO VILLALBA LAVA, The unconstitutionality of the special rule of accrual of processing salaries resulting from a zero dismissal for violation of the fundamental rights of the worker. Its possible exemption derived from its real compensatory and non-wage nature.....</i>	<i>605-620</i>
<i>MERCENARIO VILLALBA LAVA, Analysis of the exercise of the administrative power of ex officio recovery of the municipal public roads. Review of the doctrine of the courts.....</i>	<i>621-631</i>

EXTREMADURA REPORT

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA; FLOR ARIAS APARICIO AND ENRIQUE HERNÁNDEZ DÍEZ, *Annual Report on the situation of the Autonomous Community of Extremadura during 2019* 635-700

BOOKS REVIEWS

Fernando Bermejo Batanero, dir. *Historia Jurídica de la Integración Europea*. Madrid: Dykinson, 2019, 212 pp. ISBN: 978-84-1324-382-5
Jorge Urbaneja Cillán 703-708

Juan Antonio Gómez García, *Derecho y analogía. Estudios de hermenéutica jurídica*. Madrid: Editorial UNED, 2017, 166 pp. ISBN: 978-84-362-7283-3
Manuel Lázaro Pulido 709-711

Miguel Grande Yáñez. *Filosofía del Derecho Hermenéutica*. Madrid: Tecnos, 2018, 205 pp. ISBN: 978-84-309-7443-6
Manuel Lázaro Pulido 712-713

Lucía Moreno García. *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, 584 pp. ISBN: 978-84-9190-604-9
Jesús Conde Fuentes 714-720

Gabriel Moreno González. *La democracia humanista*. Sevilla: Editorial Athenaica, 2020, 200 pp. ISBN: 978-84-173-2595-4
Miguel Ángel Sevilla Duro 721-727

José Luis Muñoz De Baena. *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*. Madrid: CEPC (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. M^o de la Presidencia), 2018, 367 pp. ISBN: 978-84-259-1775-2
Juan Antonio Gómez García 728-731

Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado. *El Derecho Internacional Moderno y América*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018, 303 pp. ISBN: 978-994-210-424-3
Gabriela Cobo del Rosal Pérez 732-737

<i>José María Ruiz Moreno. Cuestiones actuales sobre los procesos de capacidad y filiación en la LEC. Vol. 1. Los procesos civiles especiales. Coordinado por J. Banacloche Palao (Colección 20 años LEC 2000). Madrid: La Ley – Wolters Kluwer, 2019, 302 pp. ISBN: 978-84-9020-918-9</i>	
<i>Gregorio Serrano Hoyo</i>	738-741
<i>Ignacio Sánchez Amor. Extremadura germinal: instituciones, partidos y políticas públicas en la Transición. Vol. 1. El Tablero. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, 989 pp. ISBN: 978-84-16349-70-8</i>	
<i>Gabriel Moreno González</i>	742-749

LAW SCHOOL NEWS

<i>Conference on Geopolitics in the Mediterranean area. IV Conference on Security and Defence. (Areas of History of Law and International Public Law and International Relations). Elisa Díaz Álvarez.....</i>	753-758
<i>Conference on The Law guaranteeing municipal autonomy from a financial perspective. (Area of Financial and Tax Law). Elena Manzano Silva</i>	759-762
<i>Conference on Intellectual and Industrial Property: Moral Rights of Creators. Characteristics, scope and limits. (Area of Commercial Law). José Antonio Vega Vega.....</i>	763-766
<i>International Congress. VI Processulus: meeting of young researchers in Procedural Law. (Area of Procedural Law). Jesús Conde Fuentes.....</i>	767-772
<i>Spanish-Portuguese Seminar: Introduction to the History and Public Law of Portugal. (Areas of History of Law and Administrative Law and History Department). Elisa Díaz Álvarez</i>	773-783
<i>Conferences on the approach to Spanish constitutionalism. (Area of Constitutional Law). Gabriel Moreno González.....</i>	785-786
<i>International Autumn Course: Human Rights and Road Accidents on a Global Scale. (Area of Criminal Law). Jordi Ortiz García.....</i>	787-790
<i>Conference on the Spanish Inquisition: The Inquisitorial Court of Llerena and its jurisdiction in Extremadura. (History of Law Area). Elisa Díaz Álvarez</i>	791-828

<i>3rd International Youth Research Seminar: Youth and ODS: Migration and Sustainable Development. (Area of Administrative Law). Flor Arias Aparicio y Enrique Hernández Díez</i>	829-833
<i>International Conference on Economic Protection of Consumers in the Digital Environment. (Area of Civil Law). Alejandro Platero Alcón</i>	835-837
<i>Conference on The Search for Missing Persons and the Construction of Peace in Colombia. (Area of Constitutional Law). Lorena Chano Regaña</i>	839-845

PRESENTACIÓN / PRESENTATION

SIXTO SÁNCHEZ-LAURO
*Director del Anuario de la Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura*

El *Anuario de la Facultad de Derecho* de la Universidad de Extremadura es una publicación jurídica claramente consolidada. Desde 1982 viene publicándose ininterrumpidamente, habiendo llegado al número 35 con la presente edición. El *Anuario* ha supuesto un faro irradiador de la producción científica de la comunidad docente de la Facultad de Derecho extremeña. Desde su nacimiento, la revista ha estado abierta a todas las áreas del Centro universitario, incorporando también estudios de investigadores ajenos a la Universidad de Extremadura. Su adaptación en el año 2015 al formato digital, con acceso libre y actualmente implementada en la plataforma OJS, le está posibilitando un crecimiento exponencial en cuanto a la difusión de sus contenidos, especialmente en el mundo de la cultura jurídica latina. Por todo ello, ha supuesto para mí una gran satisfacción que el Decano, D. Alfonso Cardenal Murillo, propusiera a la Junta de Facultad de 23 de julio de 2019 mi nombramiento como nuevo Director del *Anuario de la Facultad de Derecho*, sucediendo a D. José Luis Serrano González de Murillo. El Prof. Serrano inició ya, en sus tres años de gestión, un proceso de cambio de la revista, necesario para su mejor integración y proyección en la era digital.

Una administración ajustada a las necesidades actuales del *Anuario* y una rigurosa renovación del mismo supone un desafío a afrontar por el equipo que conformamos el entorno de la revista y también por toda la Facultad de Derecho. Nuestro objetivo y responsabilidad ha de ser el de procurar que esta publicación alcance un alto impacto y visibilidad en las diferentes bases de datos científicas de proyección internacional, así como el de superar los índices de calidad de acuerdo con los estándares de investigación universitaria. La Facultad de Derecho de la UEx ha de encontrar y mantener en su *Anuario* el mejor espacio para su creación jurídica y la mejor atalaya para abrirse al mundo académico y profesional exterior, forjando una imagen de excelencia.

En esta línea procuramos avanzar, planteando una serie de mejoras concretas, algunas de ellas ya esbozadas o presentes en el número de la revista que sale ahora a la luz. No obstante, otras novedades requerirán previamente la modificación estatutaria y su aprobación por el órgano de gobierno de la Facultad. Respecto de los órganos decisorios y de asesoramiento del *Anuario* (Equipo Editorial y Comité Científico), se pretende superar la casi exclusiva presencia localista en los mismos, estableciendo unos porcentajes mínimos de participación de miembros nacionales e internacionales, ajenos a la Universidad de Extremadura, lo que se conoce como “apertura editorial”. En esta implementación formal de la publicación, se ha creado un Equipo Técnico, ya efectivo en estos momentos, de colaboración y ayuda, bajo la coordinación del Prof. Manuel Lázaro Pulido, Director de contenidos de la Editorial Síndesis.

Asimismo, estamos abordando otros aspectos renovadores, tales como incrementar significativamente la adscripción del *Anuario* a nuevas plataformas digitales de investigación, innovación y conocimiento científico (actualmente, la revista está ya incorporada en las bases de datos de Dialnet, Latindex Catálogo v2.0 (2018 -), DOAJ, REDIB y HeinOnline); formalizar una lista abierta de revisores para el proceso de *peer review*; potenciar los criterios de selección de artículos de calidad científica; favorecer y estimular la presencia de autores extranjeros; fomentar una mejor interconexión con ámbitos universitarios angloparlantes; actualizar permanentemente la página web del *Anuario*, habiendo de estar también ésta en idioma inglés; procurar que la revista de la Facultad de Derecho sea un fiel reflejo crítico y constructivo de la realidad jurídica de la Comunidad Autónoma de Extremadura a través de sus diferentes secciones...

Por último, presentamos aquí el número 35 del *Anuario de la Facultad de Derecho*. En este volumen ya pergeñamos aspectos que hemos apuntado arriba, esperando perfeccionarlos en el próximo. Como modificación más significativa está la estructura interna organizativa del *Anuario*, con secciones nuevas llamadas a mantenerse. Incorporamos un Monográfico-Artículos, que en este número se ha focalizado en el área de Filosofía Jurídica con el tema de *Hermeneútica Jurídica*; un Informe anual sobre la situación jurídico-pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura en 2019; Comentarios de Jurisprudencia y Legislación referentes a Extremadura y Crónica de la Facultad de Derecho.

MISCELÁNEA



**LA TUTELA DE LOS ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS:
ORDENACIÓN URBANÍSTICA VS. RED NATURA 2000 (EL
CASO DE LA ISLA DEL EMBALSE DE VALDECAÑAS)**

***THE PROTECTION OF PROTECTED NATURAL AREAS:
URBAN PLANNING VS. NATURA 2000 (THE CASE OF
THE VALDECAÑAS ISLAND)***

FLOR ARIAS APARICIO

Universidad de Extremadura

Recibido: 22/07/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

El conflicto de naturaleza urbanística que desde hace más de una década afecta a la isla del embalse de Valdecañas, ubicada en el río Tajo, no acaba de ver el final. Sentenciado en 2011 por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y casado en 2014 por el Tribunal Supremo, en el año 2019 se han sumado dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional declarando parcialmente la inconstitucionalidad de la ley extremeña que daba cobertura legal a un proyecto de interés regional por el que se recalificaban unos terrenos para permitir la construcción de un complejo turístico de lujo. Pese a la confirmación de la nulidad del proyecto, por afectar a un espacio de la Red Natura 2000, y a la declaración -por sentencia judicial- de demolición de las construcciones con el fin de devolver los terrenos a su estado original, sigue aún sin ser ejecutada una decisión sobre la que pesa la duda de los beneficios y los perjuicios de su efectivo cumplimiento. Este artículo analiza el largo proceso judicial de un conflicto del que transcende en qué debe concretarse la protección de los espacios naturales

protegidos y cuya resolución suscita una reflexión sobre el auténtico significado del principio rector de conservación de la biodiversidad.

Palabras clave: Red Natura 2000; zona de especial protección para las aves (ZEPA), protección de espacios naturales; ordenación urbanística; ley singular.

ABSTRACT

The conflict of urban nature that has been affecting the Valdecañas island, located on the Tajo river, has not just seen the end. Sentenced in 2011 by the Superior Court of Justice of Extremadura and married in 2014 by the Supreme Court, in 2019 two pronouncements of the Constitutional Court have been added partially declaring the unconstitutionality of the law that gave legal coverage to a project of regional interest whereby some land was requalified to allow the construction of a luxury tourist complex. Despite the confirmation of the nullity of the project, because it affects a space of the Natura 2000, and the declaration - by court decision - of demolition of the constructions in order to return the land to its original state, it is still not executed a decision that weighs the doubt of the benefits / harms of its effective compliance. This article analyzes the long judicial process of a conflict in which it transcends in what the protection of protected natural spaces must be specified and whose resolution provokes a reflection on the true meaning of the guiding principle of biodiversity conservation.

Keywords: Natura 2000; Special Protection Area (SPA); protection of natural spaces; urban planning; singular law.

Sumario: 1. Introducción. 2. El caso de la isla del Embalse de Valdecañas: crónica judicial de un conflicto entre la ordenación urbanística y la protección de la biodiversidad: 2.1. Los hechos: la historia de la urbanización de unos terrenos pertenecientes a la Red Natura 2000; 2.2. Las decisiones judiciales: las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura casadas por el Tribunal Supremo; 2.3. La reordenación legal de los terrenos comprendidos en la Isla de Valdecañas: a propósito de la (in)ejecución de la sentencia. 3. Una vuelta de tuerca: la constitucionalización del problema: 3.1. Las dos cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura; 3.2. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. 4. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Casi una década después de ser juzgado el asunto conocido como “Isla de Valdecañas” permanece aún hoy la incertidumbre sobre el cumplimiento de lo declarado judicialmente. A las dos sentencias de derribo que pesan sobre las edificaciones construidas en la isla de este embalse sobre el Tajo a su paso por Extremadura, adoptadas por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (TSJEx) en marzo de 2011 y ratificadas por el Tribunal Supremo en enero de 2014, le ha sucedido un interminable procedimiento de ejecución judicial alargado como consecuencia de las dificultades para fijar los términos en los que hacer efectivo el derribo del complejo turístico y la restitución de los terrenos a su estado original. La presentación por parte del Ejecutivo extremeño de un escrito de imposibilidad de ejecución de la sentencia, aún no resuelto, el desacuerdo irreconciliable de las partes para proponer diferentes modos de ejecutar las sentencias, el encargo de un informe medioambiental por parte del Alto Tribunal de la región, que no ha visto la luz hasta enero de 2019, explican el alargamiento del proceso para hacer efectivo un fallo cuyo cumplimiento se cuestiona a la luz de sus posibles efectos (beneficios o perjuicios) ambientales, económicos y sociales. El último hito en esta insoluble historia judicial tiene por protagonista al TSJEx al plantear, en abril de 2019, una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley extremeña que en 2011 legalizó lo construido ilegalmente. Y aunque el Tribunal Constitucional ha dictado ya sentencia (anulando la reforma que daba cobertura legal al complejo turístico sobre la base argumental de que no se puede edificar en la Red Natura 2000), el TSJEx sigue sin resolver definitivamente sobre los términos en los que ejecutar sus dos sentencias (cuándo, cómo y de qué forma). Se abrirá entonces también otro largo procedimiento sobre quién responde (promotores, Junta de Extremadura, ayuntamientos) y cómo hacer frente a los costes del derribo (indemnizaciones a los propietarios afectados incluidas) que supondrá devolver el territorio de la isla a su estado original.

El asunto descrito no es ni extraño, ni extraordinario, ni mucho más grave, ni muy distinto de otros casos resueltos por la justicia española en los que a través de la aprobación de una concreta ley se ha pretendido alterar el régimen jurídico de los espacios protegidos. En los últimos cinco años, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de distintas leyes autonómicas que pretendían promover construcciones en suelo protegido¹. El recurso a la vía legislativa, mediante la aprobación de leyes singulares que inciden sobre instrumentos urbanísticos y de ordenación territorial, para superar fracasos judiciales de los ejecutivos autonómicos, que han autorizado proyectos urbanísticos que inciden en la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección, es un fenómeno de sobra conocido por la doctrina constitucional².

Tampoco es una novedad, ni está fuera de lo normal o es infrecuente, que se dilate la ejecución de las sentencias dictadas por las salas de

1 En particular, entre estos pronunciamientos cabe resaltar tres asuntos relacionados con la realización de proyectos (una instalación de tratamiento de residuos, una urbanización y una estación de esquí alpino) en suelos no urbanizables de distinta categoría. En el caso *Santovenia de Pisuergra* (STC 129/2013), se declaró inconstitucional la reserva de ley establecida en la legislación de ordenación del territorio de Castilla y León para aprobar los “proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés”, figura que se aplicaba al proyecto *Santovenia* en la misma ley. En el caso *Ciudad del Medio Ambiente* (STC 203/2013), en una ley general se planificaba una actuación urbanística, reclasificando el suelo afectado, estableciendo los sistemas generales, los equipamientos y los demás aspectos con el grado de detalle que cabría observar en un plan parcial. En el caso *Fuentes Carrionas* (STC 50/2015), se aprueba una ley para posibilitar estaciones de esquí en un parque natural tras la anulación judicial de la reforma del planeamiento realizada con el mismo objeto. Al respecto, puede verse: Fernando López Ramón, *Conservar el patrimonio natural* (Madrid: Editorial Reus, 2019), 97-120; Omar Bouazza Ariño, “El respeto de los derechos fundamentales como límite constitucional al legislador. (La STC 203/2013, de 5 de diciembre, por la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente de Soria)”, *Revista Vasca de Administración Pública* 99-100 (2014): 703-718; J. M. Díaz Lema, “El fin del privilegio de la ley singular: comentario a la STC 129/2013, de 4 de junio”, *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 39 (2013): 62-73.

2 La evolución que ha experimentado la jurisprudencia constitucional en relación con la utilización de las leyes singulares ha sido objeto de numerosas reflexiones sobre la aceptación y control de esta técnica por administrativistas y constitucionalistas. Entre estos muchos trabajos puede consultarse: Fernando López Ramón, *Conservar el patrimonio natural...*; Bouazza Ariño, “El respeto de los derechos fundamentales como límite constitucional al legislador...”; Renè Javier Santamaría Arinas, “Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina Boxus por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Administración Pública* 193 (2014): 165-195; José Antonio Montilla Martos, “Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 104 (2015): 269-295; Patricia Rodríguez Patón, “La ‘ley singular’ como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática”, *Revista de Derecho Político*, 99 (2017): 167-197.

contencioso-administrativo. Los casos son especialmente numerosos en el ámbito del urbanismo y del medio ambiente. Los privilegios de los que goza la Administración en materia de ejecución de sentencias se apuntan como los detonantes de lo defectuoso e ineficaz que resulta nuestro sistema contencioso-administrativo cuando se trata de cumplir los fallos judiciales, hasta el punto de que la Administración puede demorar la ejecución o incluso evitar llevarlos a cabo³.

Ahora bien, la tutela jurisdiccional no es efectiva si el mandato contenido en la sentencia no se cumple. Así lo tiene reconocido nuestro Tribunal Constitucional al advertir que la ejecución de las sentencias forma parte de la tutela judicial efectiva ya que, en caso contrario, “las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial” (STC 202/1998, de 14 de octubre, FJ 2). No basta, pues, con la declaración sino que se necesita, también, la realización plena y efectiva del contenido del fallo como exigencia del Estado de Derecho⁴. La propia Constitución Española establece la obligación de cumplimiento de las resoluciones judiciales, así como la obligación de colaborar en la ejecución de las mismas (artículos 117.3 y 118). En este sentido, el régimen de ejecución de sentencias pone a disposición

3 En este sentido, tiene escrito Jorge Pérez Alonso que “los privilegios que de iure y de facto se otorgan a la Administración sobre la base de un presunto interés público (...) excede con creces de lo tolerable y en muchas ocasiones el llevar a efecto el fallo de una sentencia parece transmutarse en un duelo entre Administración y órgano judicial con el único objeto de dilucidar cuál de ambos se parece más al Santo Job”, en “La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelos de ‘inejecución’ de sentencias”, *Revista General de Derecho Administrativo* 40 (2015). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416638. Sobre las dificultades de la ejecución forzosa de las sentencias que condenan a la Administración, puede verse Andrés Betancor, “Inejecución de sentencias que condenan a la Administración a desplegar una actuación dirigida a la realización de un derecho subjetivo. El caso de la reintroducción del castellano como lengua vehicular en la enseñanza catalana”, *Revista de Administración Pública* 201 (2016): 145-177.

4 Betancor, “Inejecución de sentencias que condenan a la Administración a desplegar una actuación dirigida a la realización de un derecho subjetivo...”, 147-149. Refiere una evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la ejecución de sentencias en el ámbito contencioso Pérez Alonso, “La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia...”.

de los jueces y tribunales poderes amplios en orden a lograr su cumplimiento⁵.

Una década después de haber dictado sentencia sobre el asunto “Isla de Valdecañas” pesa aún hoy la incertidumbre sobre el cumplimiento efectivo de lo declarado judicialmente. En las páginas que siguen se cuenta la larga historia, aún por concluir, de un conflicto en el que una vez más el urbanismo pugna con el medio ambiente y, con ello, los argumentos económicos con los valores ecológicos⁶. El final feliz no puede ser otro que alcanzar un acuerdo que permita un desarrollo sostenible de la zona.

2. EL CASO DE LA ISLA DEL EMBALSE DE VALDECAÑAS: CRÓNICA JUDICIAL DE UN CONFLICTO ENTRE LA ORDENACIÓN URBANÍSTICA Y LA PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

2.1. LOS HECHOS: LA HISTORIA DE LA URBANIZACIÓN DE UNOS TERRENOS PERTENECIENTES A LA RED NATURA 2000

En abril de 2007, el Gobierno de Extremadura aprobaba el proyecto de interés regional (PIR) “Marina Isla de Valdecañas”, consistente en la construcción de un complejo turístico en los términos municipales de El Gordo y Berrocalejo (Cáceres), en una isla de 134,5 hectáreas de superficie existente en la presa de Valdecañas, que está integrada en la zona especial de protección de aves (ZEPA) denominada “Embalse de

5 El artículo 108 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, habilita al Tribunal para, en caso de incumplimiento de realizar una determinada actividad, proceder a: 1) ejecutar la sentencia a través de sus propios medios; 2) ejecutar la sentencia requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones públicas; “adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido”; y 4) ejecutar de manera subsidiaria con cargo a la Administración condenada. Sobre los límites e insuficiencias de la regulación de la ejecución forzosa de las sentencias puede verse Betancor, “Inejecución de sentencias que condenan a la Administración a desplegar una actuación dirigida a la realización de un derecho subjetivo...”, 167-170.

6 Fernando López Ramón, *Política ecológica y pluralismo territorial (Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad)* (Madrid: Marcial Pons, 2009).

Valdecañas”, así como en una masa de agua declarada de lugar de importancia comunitaria “Márgenes de Valdecañas”⁷. En concreto, la finalidad del proyecto de interés regional era la construcción, en esa superficie, de dos hoteles de 150 habitaciones, 250 bungalós, 310 viviendas unifamiliares y cinco viviendas en parcelas de 2.000 m². Además, se instalarían equipamientos deportivos y de ocio (un campo de golf de 18 hoyos; pistas de tenis, squash, pádel, piscinas, circuito de bicicletas, embarcadero, marina seca, playa artificial, pesca, campo de fútbol y atletismo y pistas deportivas), se construiría una carretera de acceso de 1.800 metros, así como requeriría una planta de abastecimiento y potabilización de aguas, saneamiento y sistema de tratamiento de aguas residuales; la electrificación y subestación, instalación y suministro de gas centralizado y un dique para la formación de una playa artificial.

Mediante el Decreto 55/2007, de 10 de abril, se recalificaban los terrenos para permitir la construcción del complejo turístico⁸, y en agosto

⁷ La importancia que la Red Natura 2000 tiene en Extremadura se desprende de sus dimensiones, llegando a representar en la actualidad - en un largo proceso de construcción que se inicia en 1989- el 30,3% de la superficie regional (1.264.288 ha). Esta Red está integrada por 71 Zonas de Especial Protección para las Aves, ZEPAs, (1.102.741,9 ha, 26,5% de la región), y 89 Lugares de Importancia Comunitaria, LICs, (934.118,8 ha, 22,4% de la región). La Ley 8/1998, de 26 de junio, de conservación de la naturaleza y de espacios naturales de Extremadura, contiene la regulación propia y específica relativa al régimen jurídico de las zonas de la Red Natura 2000, fundamentalmente en cuanto a lo que se refiere a la declaración, medidas de conservación y régimen de evaluación de actividades en zonas integrantes en la Red. Las previsiones de esta Ley están desarrolladas y completadas por el Decreto 110/2015, de 19 de mayo, por el que se regula la red ecológica europea Natura 2000 en Extremadura, que precisa cuestiones concretas en cuanto al reconocimiento y protección de los lugares que integran la Red. A este respecto puede mi trabajo publicado en el número 32 de este mismo Anuario con el título “La protección de las aves silvestres en Extremadura en el contexto estatal y europeo de conservación de los espacios naturales”.

⁸ Decreto 55/2007, de 10 de abril, por el que se aprueba definitivamente el Proyecto de Interés Regional promovido por Marina Isla de Valdecañas, S. A., consistente en la reclasificación y ordenación de terrenos situados en Isla Embalse de Valdecañas, con destino a la construcción del Complejo Turístico, de Salud, Paisajístico y de Servicios Marina Isla de Valdecañas, en los términos municipales de El Gordo y Berrocalejo.

La figura de los proyectos de interés regional, prevista en la legislación autonómica, acoge categorías jurídicas distintas que suponen el traslado o reasignación competencial del ámbito municipal al autonómico, de tal manera que la comunidad autónoma asume, por razones de interés regional, en unos casos, la construcción y gestión de una obra pública; en otros casos, se trata de operaciones típicamente urbanísticas caracterizadas por razones sociales o de otra naturaleza que justifican la gestión autonómica. Estos procedimientos han devenido una experiencia polémica, sobre todo aquellos que tienen por objeto una actuación urbanística, tal y como evidencia José Manuel Díaz Lema, “Los proyectos regionales: ¿un instrumento urbanístico/territorial perturbador? A propósito de las 3 Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 (recursos núms. 3869/2010; 4543/2010;

de ese mismo año comienzan unas obras que muy pronto reciben las primeras protestas por daños al medio ambiente de la zona, unas denuncias que acaban canalizándose en la presentación, en este mismo año, por parte de la Asociación para la Defensa de la Naturaleza y los Recursos de Extremadura (ADENEX) de un recurso ante el TSJEx, al que se añadirá otro interpuesto contra el mismo proyecto por la asociación Ecologistas en Acción.

Los acontecimientos que se suceden después, y de los que vamos a dar debida cuenta, muestran el tortuoso proceso para hacer cumplir un fallo y, de esta forma, devolver a la legalidad los terrenos comprendidos en la Isla de Valdecañas. Los hechos principales pueden resumirse sumariamente en los siguientes. El 9 de marzo de 2011, el TSJEx declara ilegal el proyecto de interés regional que permitió construir el complejo turístico y ordena que los terrenos que ocupa sean restituidos a su estado primigenio. El 29 de enero de 2014, el Tribunal Supremo falla en los mismos términos que el TSJEx. En este mismo año, transcurrido el plazo concedido por el TSJEx para ejecutar voluntariamente la sentencia, la Junta de Extremadura presenta un escrito en el que pide que se le exima de su cumplimiento aduciendo imposibilidad material con los argumentos de que los gastos económicos y los impactos ambientales serían mayores si se demuele lo construido que manteniéndolo. Se invoca, además, que la calidad paisajística de la zona ha mejorado gracias al proyecto, así como otras razones socioeconómicas que justificarían la inejecución de la sentencia y dejar las cosas “tal y como están”. El Ejecutivo regional propone, por ello, derribar solo una parte del completo turístico (lo que quedó a medio construir tras las sentencias) y respetar las construcciones e instalaciones en uso, además de un catálogo de una treintena de medidas para reducir la huella humana sobre el medio ambiente de la zona (como crear un centro de interpretación sobre la ZEPA, habilitar un

4066/2010 (Asunto ‘Ecociudad en La Fonsalada y El Corvo’, Logroño)”, *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 36 (2013): 62-74.

observatorio de grullas o instalar una planta solar fotovoltaica). Las asociaciones ecologistas, por su parte, exigen el cumplimiento de las sentencias en sus justos términos no considerando más escenarios posibles que la demolición completa y la restauración ambiental de la isla.

Ante el escrito de imposibilidad de ejecución de las sentencias presentado por el Gobierno regional, y el desencuentro de las partes en las vistas celebradas para tratar de llegar a un acuerdo sobre la mejor manera de ejecutar el fallo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJEx encarga, en marzo de 2015, a la Estación Biológica de Doñana, entidad adscrita al Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), un informe con el fin de dar respuesta a cuestiones clave sobre el complejo y su futuro. En enero de 2019 se conoce el contenido del informe, se abre un periodo para que las partes puedan presentar alegaciones, se cuestiona y se aclara el contenido del informe pericial, se celebra una vista con todas las partes; actuaciones todas ellas dirigidas a ayudar al Tribunal regional a adoptar una decisión, entre un amplio abanico de posibilidades, para dar cumplimiento a lo por él sentenciado. Y, entre tanto, este mismo Tribunal plantea una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley extremeña que en 2011 legalizó lo construido ilegalmente. En noviembre de 2019, el Tribunal Constitucional anula la reforma que daba cobertura legal al complejo urbanístico fundamentada en el principio de que no se puede edificar en la Red Natura 2000. Así las cosas, el asunto regresa a la casilla de salida y el TSJEx vuelve a encontrarse ante el hecho de tener que resolver el incidente de inejecución de derribo presentado por el Gobierno regional.

2.2. LAS DECISIONES JUDICIALES: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA CASADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

A. La declaración de nulidad del Decreto extremeño 55/2007, de 10 de abril, por el que se aprueba el proyecto “Marina Isla de Valdecañas”

La Sentencia núm. 195/2011, de 9 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y recaída en el recurso interpuesto por la Asociación para la Defensa de la Naturaleza y los Recursos de Extremadura (ADENEX), declaró la nulidad del Decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura 55/2007, de 10 de abril, por el que se aprobó definitivamente el proyecto de interés regional (PIR) “Complejo turístico, de salud, paisajístico y de servicios Marina Isla de Valdecañas” (promovido por la mercantil Marina Isla de Valdecañas, S.A.), por no ajustarse al ordenamiento jurídico. Asimismo, la sentencia ordenó la reposición de los terrenos a la situación anterior a la aprobación de dicho proyecto. En la misma fecha, la Sala dictó, también, la Sentencia núm. 196/2011, de idéntico contenido a la anterior, en respuesta al recurso interpuesto contra el mismo proyecto por la asociación Ecologistas en Acción.

El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura consideró nulo el Decreto sobre la base de que los proyectos de interés regional requieren para su validez la concurrencia de un objetivo de los establecidos en la de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, además de una declaración de su necesidad de interés regional y de una declaración de la utilidad pública o interés social de aquel objetivo. En efecto, los motivos que justifican la nulidad de la disposición gubernamental controvertida se concretan en los tres siguientes. El primero, porque el proyecto de interés regional no quedaba amparado en ninguno de los concretos objetivos que podrían legitimarlo, conforme al artículo 60 de la Ley. El segundo, porque faltaba la motivación de la justificación del interés regional, de la utilidad pública y, lo que es más decisivo a los efectos de la naturaleza del proyecto de interés regional

aprobado, de la oportunidad de recalificar unos terrenos de especial protección como suelo urbanizable. El tercero, en fin, por infringir la prohibición de reclasificar un terreno clasificado por el planeamiento urbanístico como no urbanizable de especial protección. Y es que, los terrenos afectados por el proyecto estaban integrados en la Red Natura 2000 y sometidos, por ello, a un régimen de especial protección por la legislación sectorial, que los califica como suelo no urbanizable de especial protección, añadiendo la Sala que esa clasificación es de configuración legal e indisponible para el planificador.

Además de declarar nulo de pleno derecho el mencionado Decreto, y el proyecto de interés regional que en el mismo se aprueba, por no estar ajustados al ordenamiento jurídico, el Tribunal regional ordena la reposición de los terrenos a la situación anterior a la aprobación del proyecto “Marina Isla de Valdecañas”.

B. La ratificación de la ilegalidad del proyecto “Marina Isla de Valdecañas”

En enero de 2014, el Tribunal Supremo confirmó las sentencias del TSJEx que declaraba la nulidad del proyecto de interés regional “Marina Isla de Valdecañas”, mediante la sentencia de 29 de enero de 2014, dictada en el recurso 2419/201, siendo ponente don Eduardo Calvo Rojas, que confirma la sentencia del TSJEx núm. 561/2007, de 9 de marzo de 2011; y la sentencia de 29 de enero de 2014, dictada en el recurso 2940/2011, siendo ponente don José Suay Rincón, que confirma la sentencia del TSJEx núm. 195/2011, de 9 de marzo de 2011.

Los dos fallos del Tribunal Supremo, con el mismo objeto y la misma pretensión aunque distintos actores promotores de los recursos, ratifican la ilegalidad del proyecto declarado por el TSJEx y ordenan el derribo de lo ya construido y la reposición de los terrenos a la situación anterior sobre el argumento, recogido en la jurisprudencia, de que cuando unos terrenos están sujetos a algún régimen especial de protección sectorial es preceptiva su exclusión del desarrollo urbano y su clasificación como

suelo urbanizable. En ambos pronunciamientos, el Tribunal resume de forma clara, interpreta y estructura en cuatro motivos fundamentales los términos en que se había pronunciado el TSJEx. Tomando los argumentos de la primera de las sentencias citadas (a los que se remite y reproduce *in totum* la segunda), cabe sistematizar la decisión judicial como sigue.

En primer lugar, se señala que el proyecto de interés regional (PIR) no atiende al cumplimiento del objetivo propio de estos instrumentos conforme a su normativa aplicable (la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura), y no es de aplicación la normativa posterior que la modifica (la Ley 9/2010, de 18 de octubre, incluye expresamente este tipo de proyectos de forma específica). En este sentido, el Tribunal Supremo recuerda que las sentencias deben dictarse conforme a la legislación aplicable al momento de producción del acto objeto de recurso (Fundamento octavo).

En segundo lugar, se incide en el hecho de que el proyecto de interés regional no justifica debidamente su utilidad pública, el interés regional y la protección medioambiental que dispensa, justificación que se ve cercenada por la falta de un “estudio completo y exhaustivo, acorde a la importante decisión que debía adoptarse, sobre las condiciones sociales y económicas de la comarca que se dice revitalizar” y sobre en qué medida el proyecto puede contribuir al desarrollo y creación de riqueza en la zona, sobre todo cuando se trata de su declaración de interés regional y de la necesidad de transformar un suelo especialmente protegido por sus valores naturales como es la ZEPA de Valdecañas. Concluye el Tribunal que “existe la más absoluta falta de motivación del interés regional, de la utilidad pública y, de lo que es más decisivo, a los efectos de la naturaleza del proyecto aprobado, sobre la oportunidad de efectuar la reclasificación de unos terrenos de especial protección a urbanizables” (Fundamento décimo).

En tercer lugar, se advierte que la reclasificación del suelo no urbanizable de protección que comporta el proyecto de interés regional es contraria a la normativa básica estatal y a la europea. Frente a las alegaciones de los recurrentes que defienden que la mera inclusión de unos terrenos en la Red Natura 2000 no implica necesariamente su consideración como suelo no urbanizable de protección especial, el Tribunal Supremo argumenta que la normativa estatal de carácter básico puesta en relación con la normativa comunitaria europea sobre protección ambiental “deja claramente establecido que cuando unos terrenos están sujetos a algún régimen especial de protección sectorial, lo mismo que cuando concurren en ellos valores de los que la legislación urbanística considera merecedora de protección, resulta preceptiva su exclusión del desarrollo urbano y su clasificación como suelo no urbanizable de especial protección”. Añade el Alto Tribunal que aun cuando no concurre esta sujeción formal a un régimen especial de protección también “es procedente la consideración de los terrenos como suelo no urbanizable cuando tal clasificación sea necesaria para salvaguardar aquellos valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales a los que alude el artículo 9.1 de la Ley 9/1998” (Fundamento noveno).

En cuarto lugar, se destaca que el estudio de impacto ambiental realizado sobre el proyecto de interés regional no incluye el estudio de alternativas exigido por la normativa aplicable y su omisión comporta la nulidad según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. La falta de alternativas no consiste, según el Tribunal, en la ausencia formal de este epígrafe en la declaración de impacto ambiental “sino, de forma más sustantiva, lo que la sentencia pone de manifiesto es la falta de un análisis real de posibles alternativas, esto es, de un estudio que permita un contraste entre la solución adoptada y aquellas que pudieran ser menos trascendentes para la protección de los espacios en que se ubica el proyecto... no se han estudiado ni valorado otras posibles alternativas, como si solo fuera atendible el proyecto en la forma propuesta por la promotora”(Fundamento quinto).

2.3. LA REORDENACIÓN LEGAL DE LOS TERRENOS COMPRENDIDOS EN LA ISLA DEL EMBALSE DE VALDECAÑAS: A PROPÓSITO DE LA (IN)EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Trascurrido el plazo de ejecución voluntaria de la sentencia, y pese a las decisiones judiciales del Tribunal Supremo, el papel del TSJEx recobra protagonismo en el asunto, pues, es este órgano judicial, su Sala de lo Contencioso-Administrativo, el competente para responder, de un lado, a la petición de las organizaciones ecologistas ADENEX y Ecologistas en Acción de que se ejecute completamente la sentencia, y, de otro, al incidente de ejecución presentado por la Junta de Extremadura.

Las dificultades que en relación con la ejecución de la sentencia plantea el Gobierno regional (fundamentalmente económicas, pero también ambientales), junto a la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes para cumplir el fallo de forma satisfactoria para todas, conducen al TSJEx a pedir un informe pericial para conocer el impacto ecológico del complejo urbanístico en la Isla de Valdecañas. La Sala se replantea ahora, desde los postulados del principio de proporcionalidad, las consecuencias de la ejecución de las sentencias en sus estrictos términos, atendiendo a la cuantía de los costes de demolición y a los posibles daños que se pueden causar a la ZEPA como consecuencia de la misma.

A. El incidente de inejecución del derribo planteado por la Junta de Extremadura

El Ejecutivo extremeño sostiene una imposibilidad material basada en que los gastos económicos y los impactos ambientales serían mayores si se demuele lo construido en vez de mantener el proyecto. Aduce, asimismo, que el proyecto ha contribuido a conservar mejor el espacio, aumentando la población de aves de la ZEPA y el número de arbolado autóctono, y la calidad del paisaje de la zona. Son estas las razones que llevan al Gobierno regional a plantear un “incidente de ejecución” de la

sentencia⁹. Y es que, en tanto no conste en auto la plena ejecución del fallo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa habilita a las partes (la Administración, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo) para promover cuestiones incidentales en orden a decidir cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y en especial sobre: a) el órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones; b) el plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran; c) los medios con que ha de llevarse a efecto y el procedimiento a seguir. Todas estas cuestiones en relación con la efectiva ejecución de la sentencia deben ser resueltas por el Tribunal mediante auto.

Esta nueva situación lleva al TSJEx a reunir y escuchar nuevamente a las partes implicadas en el proceso judicial en comparecencia, celebrada a principios de octubre de 2014, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo para aportar informes en defensa de sus respectivos argumentos, a la vista de los cuales el Alto Tribunal extremeño pueda resolver. Con la celebración de esta vista el órgano judicial pretende que, de algún modo, Junta de Extremadura, ayuntamientos, entidad mercantil y organizaciones ecologistas lleguen a un acuerdo sobre el futuro del proyecto urbanístico y el modo de ejecutar las sentencias, ya sea la aceptación de que la demolición completa del complejo turístico no se puede ejecutar por razones materiales, ya sea encontrar la forma para restituir los terrenos a su estado anterior. Sin embargo, el desencuentro entre las partes es tenaz y la propuesta de derribo parcial planteada choca con la petición de demolición completa.

B. La (in)decisión del Alto Tribunal extremeño: sobre el valor de los informes

a) En 2015, el TSJEx encarga un informe medioambiental a la Estación Biológica de Doñana, centro dependiente del Consejo Superior de

⁹ Los artículos 103 a 113 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa recogen los términos en que se debe realizar la ejecución de sentencias. En concreto, el artículo 109 de esta Ley regula el incidente de ejecución.

Investigaciones Científicas (CSIC), planteándole catorce cuestiones clave en relación con el impacto ecológico del complejo urbanístico en la Isla de Valdecañas. Tras más de dos años de investigación, en enero de 2019 los científicos de la Estación de Doñana entregaban un trabajo de más de 1.100 folios en el que no resultan contundentes las conclusiones y en el que no llega a ofrecerse una respuesta taxativa a la problemática tratada. Así se pone de relieve en los distintos titulares de prensa que abren los periódicos regionales de esos primeros días del mes de enero. Por citar algunos: “El informe de la Estación Biológica de Doñana para el TSJEx cree que lo mejor es cerrar el resort y restaurar la zona, pero desaconseja devolverla a su estado originario” (HOY); “El informe del CSIC sobre el futuro del resort enclavado en este embalse apuesta por su derribo, pero deja algunas puertas abiertas” (El periódico de Extremadura); “Peritos de Estación Biológica de Doñana defienden la demolición parcial Valdecañas” (RegiónDigital.com); “Ecologistas pedirán al tribunal el derribo del complejo, y los propietarios defienden que el informe no es concluyente y señala que la demolición también causaría un gran impacto” (El Diario).

El informe de la Estación Biológica de Doñana asegura que el derribo “causaría un impacto ambiental notable”. Pero afirma también que mantener el complejo causa un impacto mucho mayor (“Mantener el complejo en su estado actual no puede considerarse en modo alguno una medida de conservación, sino la opción más perjudicial para la ZEPA solo superada por el detrimento que causaría terminar de ejecutar el PIR”). La opción más beneficiosa, apuntan los científicos del CSIC, es la restauración ambiental de la isla. El final del aprovechamiento humano actual es un requisito básico para mejorar el hábitat de la zona, que según se apunta en otra parte de su informe, “antes de las obras, no destacaba por su calidad ambiental en comparación con otros hábitats terrestres abundantes en el entorno de la ZEPA”.

Según la Estación Biológica de Doñana, la construcción del complejo turístico ha impactado negativamente sobre la biodiversidad del lugar.

“Ha causado –detallan– la pérdida de hábitats en la isla para un tercio de las especies de aves terrestres invernantes y para la mitad de las reproductoras”. Sin embargo, no ha motivado un descenso de la población de aves acuáticas, aunque sí ha cambiado el comportamiento de algunas de estas especies. El informe pericial también advierte que “el restablecimiento de la isla a su estado originario, entendido como la recreación exacta de las condiciones físicas y biológicas que tenía en el año 2006, cuando aún no había empezado a levantarse el complejo, produciría un perjuicio ambiental mayor que un proyecto de restauración ecológica que partiese de la situación actual”.

La ambigüedad, los errores de algunos datos o la falta de contundencia de algunos de los argumentos utilizados en el informe, circunstancias puestas de manifiesto en alegaciones formuladas por las partes, han llevado a los propios científicos de la Estación de Doñana a elaborar unas aclaraciones al mismo. En esencia, las conclusiones no varían y se sigue sosteniendo que es más perjudicial el mantenimiento de la obra que la demolición.

b) Por otra parte, en el marco del trámite de formulación de alegaciones por las partes, en marzo de 2019, la Consejería de Medio Ambiente solicita al Consejo Consultivo Económico y Social (CES) de Extremadura un informe “sobre las consecuencias de la desinversión en grandes proyectos e instalaciones de ocio en las que se incluyan segundas residencias”. Las consideraciones que este órgano consultivo del gobierno regional, formado por los agentes económicos y sociales de la región¹⁰, formula ante la cuestión planteada parten de la consideración de los valores medioambientales dignos de ser contemplados y protegidos para llegar a concluir que: por un lado, el proyecto turístico y residencial ha tenido un “impacto favorable en toda la zona, tanto desde el punto de

¹⁰ Creado por la Ley 3/1991, de 25 de abril, el Consejo Económico y Social de Extremadura está integrado por veinticinco miembros en representación de las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, el sector agrario, los usuarios y consumidores, el sector de la economía social, la Universidad, las cajas de ahorro de ámbito regional y el Consejo de la Juventud.

vista económico como de generación de empleo y de fijación de la población en el territorio”; por ello, por otro lado, sostiene que ejecutar la sentencia (esto es, derribar el complejo asentado sobre la Isla de Valdecañas) solo tendría consecuencias negativas para la zona así como para la propia comunidad autónoma.¹¹

El Dictamen sostiene que “no hay datos concluyentes” del daño ambiental, así como que deben tenerse en cuenta los efectos socioeconómicos beneficiosos del proyecto, de tal suerte que el derribo sería lo más perjudicial para la región. De forma muy sumaria las conclusiones a las que llega el Consejo Económico y Social extremeño se concretan en las siguientes consideraciones. Se apunta, en primer lugar, que faltan datos que acrediten que la actuación urbanística ha incidido negativamente en la Isla de Valdecañas en relación con la situación medioambiental preexistente. Por el contrario, los datos de empleo, de generación de recursos y de población muestran “la influencia beneficiosa” que el complejo ha tenido en los dos municipios afectados. En segundo lugar, se invoca la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección de los ecosistemas con el desarrollo del territorio (“los valores medioambientales también deben constituir un elemento de progreso económico y social”), y se propugna un desarrollo sostenible en el que “la ecología sea un aliado y no un adversario”. En este sentido se cuestiona si es posible de facto que se pudiera revertir a la situación original y el efecto medioambiental que la demolición conllevaría, pues cualquier actuación sobre un territorio supone un impacto ambiental. En tercer lugar, advierte que la defensa de los valores ambientales no puede hipotecar la estrategia de desarrollo de nuestra región, y ello porque se estima que la magnitud del daño medioambiental de la puesta en funcionamiento del “Complejo Marina de Valdecañas” resulta menor que la que puede producirse sobre “las posibilidades de las poblaciones que con su presencia y trabajo han posibilitado la evolución y el sostenimiento de los ecosistemas que deseamos

¹¹ *Dictamen 3/2019 sobre las consecuencias de la desinversión en grandes proyectos e instalaciones de ocio en las que se incluyan segundas residencias*, aprobado el 23 de abril de 2019.

proteger.” En cuarto lugar, estrechamente conectada con la idea anterior, se destaca el coste económico que supondría la reversión de los terrenos a su estado original, o en su caso una rehabilitación, así como los derivados de las indemnizaciones a inversores y propietarios que serían millonarios “y lastraría otras inversiones”. Para, en definitiva, llegar a concluir que “la reversión a la situación previa tendría un mayor impacto negativo que el que se pretende corregir vía ejecución de sentencia, siendo deseable que la resolución definitiva sea compatible, e incluso favorezca, un desarrollo equilibrado de la zona.”

3. UNA VUELTA DE TUERCA: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROBLEMA

En el marco del conflicto jurídico de ejecución de las sentencias de derribo de la Isla de Valdecañas, y aunque sin consecuencias directas para dilucidarlo, el TSJEx solicita al Tribunal Constitucional que se pronuncie sobre la ley extremeña que en 2011 legalizó el proyecto de interés regional declarado ilegal por sentencia judicial. El planteamiento de dos cuestiones de inconstitucionalidad al respecto abre un procedimiento paralelo, estrechamente vinculado con la controversia en juego, aunque en principio no afecta al incidente de ejecución o no de la sentencia de demolición, pues, la nulidad que se derivaría, en su caso, de la declaración de inconstitucionalidad de la ley cuestionada no puede afectar a procesos judiciales en los que haya recaído una resolución firme¹².

12 El artículo 40 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional establece que: “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad”. Previsión que viene a desarrollarla lo dispuesto en el artículo 161.1.a) de la Constitución Española (“La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”). Según advierte la doctrina constitucional, principio de seguridad jurídica reclama que la declaración de inconstitucionalidad solo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos

3.1. LAS DOS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD ELEVADAS POR LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA

En abril de 2019, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura eleva dos cuestiones de inconstitucionalidad (las núms. 2560-2019 y 2561-2019) al Tribunal Constitucional con un objeto idéntico: la expresión de las dudas de este órgano jurisdiccional con respecto al ajuste a la Constitución Española de dos preceptos legales autonómicos: en primer término, el art. 11.3.1 b), párrafo segundo, de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura –en la redacción dada a este precepto por la Ley autonómica 9/2011, de 29 de marzo-; y, en segundo término, por la disposición adicional única de esta última norma legal.

Estos dos preceptos legales sobre los que se plantea la duda de su constitucionalidad fueron modificados por la Asamblea extremeña veinte días después de que el TSJEx dictara su primera sentencia en la que consideraba nulo e ilegal el proyecto de interés regional Isla de Valdecañas y obligaba a devolver los terrenos al estado original. En la propia exposición de motivos de la ley por la que se opera la modificación se hace referencia a “los recientes pronunciamientos judiciales han venido a plantear algunas consideraciones acerca del contenido regulador de la vigente redacción del artículo 11 de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura”. De esta suerte, la modificación de estos dos preceptos legales tiene por fin regularizar la situación urbanística de la Isla de Valdecañas.

administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme (STC 54/2002, de 27 de febrero, FJ 9). Sobre los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad y su modulación, puede verse Jesús Ignacio Pascual Martín, “Una propuesta de modulación de los efectos ex tunc de las sentencias anulatorias de los planes urbanísticos a la vista de la doctrina prospectiva del Tribunal Constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública* 115 (2019): 103-149.

3.2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De las dos resoluciones constitucionales dictadas para resolver las dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, la verdaderamente clave es, sin duda, la STC 134/2019, de 13 de noviembre, puesto que la STC 152/2019, de 25 de noviembre, es absolutamente tributaria de aquella. En efecto, la STC 134/2019 declara la inconstitucionalidad (y nulidad) del art. 11.3.1 b), párrafo segundo, de la vieja Ley del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura de 2001 –en la redacción dada a este precepto por el artículo único de la Ley 9/2011, de 29 de marzo-, por resultar contrario a las previsiones básicas estatales en la materia con infracción mediata de las reglas 1ª y 23ª del apartado primero del art. 149 CE, en la medida en que el Legislador autonómico no puede dictar una norma que permita la transformación urbanística de terrenos incluidos en la Red Natura 2000 dada su especial protección medioambiental.

A. La resolución clave: la STC 134/2019, de 13 de noviembre

La STC 134/2019, de 13 de noviembre, que estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2560-2019, tiene como ponente al magistrado don Antonio Narváez Rodríguez, y cuenta con el voto particular discrepante del magistrado don Ricardo Enríquez Sancho.

Por un lado, el Alto Tribunal declara la inconstitucionalidad (y nulidad) del artículo 11.3.1 b), párrafo segundo, de la vieja Ley del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura de 2001 –en la redacción dada a este precepto por el artículo único de la Ley 9/2011, de 29 de marzo-, por resultar contrario a las previsiones básicas estatales en la materia con infracción mediata de las reglas 1ª y 23ª del apartado primero del artículo 149 CE, en la medida en que el Legislador autonómico no puede dictar una norma que permita la transformación urbanística de terrenos incluidos en la Red Natura 2000 dada su especial protección medioambiental. En este sentido, la sentencia reconoce el alto valor ecológico de los terrenos Red Natura 2000 que la propia legislación –europea y nacional– de la naturaleza concede a estos espacios, de donde colige que

estos terrenos “deben quedar preservados de la transformación urbanística; esto es, han de permanecer en situación de suelo rural excluido del proceso de urbanización, debiendo el planificador urbanístico adoptar, en su caso, la técnica urbanística que resulte más idónea y adecuada a tal fin (clasificación como suelo no urbanizable o equivalente)”. De tal suerte que “[p]odrá haber terrenos no integrados en la red y que también tengan un alto valor ecológico —como es el caso de los espacios naturales protegidos—, pero indiscutiblemente los incluidos en aquella lo tienen en un grado superior al que se presupone a todo el suelo rural, razón por la que deben permanecer en una situación urbanística compatible con el régimen de especial protección derivado de la legislación sectorial ambiental” (FJ 4).

Por otro lado, se desestima la eventual inconstitucionalidad de la disposición adicional única de la meritada Ley 9/2011, que establece un procedimiento de homologación de los instrumentos urbanísticos y de ordenación del territorio ya existentes para ajustarlos a la nueva legalidad rectora de ambas materias. Considera el Tribunal Constitucional a este respecto que esta segunda norma cuestionada no constituye una ley singular mediante la que se pretenda eludir la ejecución de las meritadas Sentencias de 9 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia extremeño, ya que, al referirse, “en abstracto”, a los instrumentos de “ordenación del territorio y de ordenación urbanística vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta Ley”, “no se trata de una norma dictada en atención a un supuesto de hecho concreto y singular que agote su contenido y eficacia” en el proyecto de interés regional de la Isla de Valdecañas. Sobre esta base, concluye la Sentencia reseñada “que, más allá de un juicio de intenciones sobre los móviles del Legislador autonómico, que no nos corresponde valorar (...), y de que los actos de homologación serán ilegítimos si son el resultado de la aplicación de preceptos inconstitucionales y, por consiguiente, anulados por este Tribunal (...), la disposición adicional única de la Ley 9/2011 no vulnera los arts. 24.1, 117 y 118 CE”.

a) A propósito de las leyes singulares

En relación con la cuestionable calificación de “ley singular” que merece la ley objeto del proceso, el Tribunal Constitucional se pronuncia de forma contundente excluyendo esta figura en este caso. Ya anunciábamos en la introducción de este trabajo que no es infrecuente la aprobación de leyes que agotan su contenido y eficacia en supuestos de hecho concretos y singulares¹³. En la sentencia que reseñamos, el Alto Tribunal aprovecha para recordar y argumentar al respecto sobre la base de su doctrina consolidada en relación con la constitucionalidad de esta técnica normativa (FJ 5).

Comienza afirmando el Tribunal que las leyes singulares, al no constituir un ejercicio normal de la potestad legislativa, están sujetas a una serie de límites contenidos en la propia Constitución para, a reglón seguido, proceder a recordar la tipología de estas leyes identificadas por la doctrina constitucional. La clasificación a este respecto es triple, distinguiendo entre: i) la ley autoaplicativa, para aludir “a las leyes que contienen una actividad, típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto” (supuesto analizado en la STC 129/2013, de 4 de junio); ii) la ley “de estructura singular en atención a los destinatarios a los que va dirigida” (caso de la norma examinada en la STC 166/1986, de 19 de diciembre); y iii) la ley dictada “en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable con ningún otro” (el supuesto de la STC 203/2013, de 5 de diciembre).

Partiendo de esta categorización, el Tribunal Constitucional llega a concluir que en el asunto Isla de Valdecañas “no nos hallamos ante ninguno de los casos de ley singular identificados en nuestra jurisprudencia”, exponiendo a continuación los argumentos que le llevan a tal conclusión. En primer lugar, se descarta incluirla en la categoría de norma

¹³ Ver supra nota al pie número 2.

autoaplicativa por cuanto regula un determinado procedimiento (objeto, trámites, órgano competente, plazos, etc.) con arreglo al cual se dictará el acto administrativo que corresponda, aprobando o no la homologación. Por tanto, la ley no contiene una actividad ejecutiva de aplicación al caso concreto. Será el órgano administrativo competente (en este caso, la comisión de urbanismo y ordenación del territorio de Extremadura) el que deba aplicar la norma a cada caso que se le plantee, dictando la correspondiente resolución.” En segundo lugar, se excluye la posibilidad de calificarla como singular en atención a los destinatarios a los que va dirigida, dada la pluralidad de sujetos legitimados para iniciar el procedimiento de homologación (ayuntamientos, consejero competente del gobierno regional o el promotor, en su caso), “cuya identidad no ha sido el factor determinante en la configuración de la norma”. En tercer y último lugar, no se trata de una norma dictada en atención a un supuesto de hecho concreto y singular que agote su contenido y eficacia con él, por el contrario, “respecto de los concretos instrumentos que pueden homologarse, la norma se refiere, en abstracto, a los de `ordenación del territorio y de ordenación urbanística vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta ley´, que podrán ser declarados conformes, si se aprueba la homologación, a los preceptos de la Ley 15/2001 que hubieran sido modificados, sea por la Ley 9/2011 `u otras reformas anteriores´. A este respecto, se debe señalar que, antes de la Ley 9/2011, la Ley 15/2001 ya había sido modificada por las Leyes 6/2002, de 27 de junio, y 9/2010, de 18 de octubre”.

b) El voto particular

Las razones por las que a juicio del magistrado don Ricardo Enríquez Sancho debió haberse desestimado la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2560-2019 que resuelve la sentencia reseñada se construyen sobre las implicaciones que conllevan la inclusión de un terreno en la Red Natura 2000. Se discrepa en el voto particular sobre la necesaria calificación de estos espacios, que merecen una especial protección, como suelo rural especialmente protegido sobre los que no cabe llevar a cabo en ellos

actuaciones de transformación urbanista. Sostiene el magistrado al respecto que los terrenos pertenecientes a la Red Natura 2000 pueden incluir extensas superficies de terreno, que muchas veces engloban los correspondientes municipios, como en la ZEPA del embalse de Valdecañas que engloba catorce núcleos de población. En consecuencia, “no puede decirse rotundamente que la declaración de esos terrenos como ZEPA lleve ineludiblemente a la clasificación como suelo rural del suelo en que esos municipios se asientan, pues es claro que es urbano, según el propio texto refundido de la Ley de suelo que considera suelo urbanizado el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población (art. 12.3)”. Y sobre esta idea llega a concluir que “el efecto de la inclusión de estos núcleos en la delimitación de una ZEPA no puede ser impedirles todo crecimiento, de modo que junto a ese terreno urbanizado los instrumentos de ordenación territorial y urbanística pueden incluir otros que permitan su paso a esa situación de urbanizado”.

B. La STC 152/2019, de 25 de noviembre

El contenido de la Sentencia constitucional 152/2019, de 25 de noviembre, es absolutamente tributario de la STC 134/2019, de 13 de noviembre. Esta segunda resolución que afecta a la normativa legal de reordenación de los terrenos de la isla de Valdecañas es mera aplicación de doctrina jurídica anterior, lo que justifica que haya sido dictada por la Sala Segunda del Alto Tribunal, habiendo contado como ponente con el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez.

El fallo de este pronunciamiento es doble. Por un lado, se declara extinguida por pérdida sobrevenida de objeto la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2561-2019 en relación con el art. 11.3.1 b), párrafo segundo, de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura –en la redacción dada a este precepto por la Ley autonómica 9/2011, de 29 de marzo-. Recordemos que este precepto ya había sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 134/2019,

quedando, por tanto, expulsado de nuestro ordenamiento jurídico y “dissipada la duda planteada” [FJ 3 a)]. Por otro lado, se desestima la impugnación de la disposición adicional única de la referida Ley 9/2011 mediante una mera remisión al FJ 5 de la STC 134/2019 en la medida en que existía una coincidencia objetiva en cuanto a los contenidos de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2560 y 2561 del año 2019.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

El futuro de la Isla de Valdecañas sigue siendo incierto. Una década después de ser sentenciado el asunto, las amplísimas repercusiones de naturaleza tanto económica como medioambiental han impedido (al menos hasta la fecha) la ejecución de unas resoluciones judiciales que conllevarían la reposición de los terrenos de la isla, tras el costosísimo derribo de la urbanización, a la situación anterior a la materialización del proyecto declarado ilegal.

La cuestión que se plantea en el asunto Isla de Valdecañas aquí narrado se formula en los términos de solventar si la inclusión de unos terrenos en la Red Natura 2000 implica necesariamente su consideración como suelo no urbanizable de especial protección. Se trata, pues, de esclarecer si el régimen de protección al que están sujetos ciertos territorios determina o no su incompatibilidad con la transformación urbanística de los terrenos. La clasificación y la calificación que el planeamiento tenga asignada a los terrenos no es obstáculo para su inclusión en la ZEPA si concurren circunstancias que lo justifiquen; por el contrario, las determinaciones urbanísticas no constituyen un impedimento a la declaración del área como ZEPA en la medida en que se adopten las medidas necesarias para la conservación de las especies. Ahora bien, cuando unos terrenos están sujetos a algún régimen especial de protección sectorial es preceptiva su exclusión del desarrollo urbano y su clasificación como suelo urbanizable. En consecuencia, no se puede modificar la

planificación del espacio reduciendo la protección, igual que no se puede desclasificar urbanísticamente el suelo catalogado, considerando reglada su categorización como “no urbanizable protegido”. De esta suerte, los terrenos sujetos a algún régimen especial de protección están excluidos del desarrollo urbano. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en reiterados pronunciamientos en los que sostiene que es preceptiva la clasificación como suelo no urbanizable de especial protección de aquellos terrenos que están ubicados en una ZEPA (o en el ámbito de un Lugar de Interés Comunitario) y afectan a la Red Natura 2000, destacando su carácter reglado y su directa exclusión del desarrollo urbano, así como su clasificación como suelo no urbanizable de especial protección. Este criterio se aplica también cuando se trata de terrenos no sujetos formalmente a un régimen de protección especial, de manera que también sería preceptiva su clasificación como suelo no urbanizable cuando fuera necesario salvaguardar sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, si se constata que concurren tales valores.

La legislación sobre suelo, aunque ya no se expresa en términos de clasificación urbanística, mantiene el principio de necesaria preservación de los valores ambientales que sean objeto de protección y de respeto a la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000. De esta suerte, la reclasificación como suelo urbanizable del suelo no urbanizable está sujeta al deber de motivación que acredite que han desaparecido las causas determinantes de la inicial clasificación. Así se recoge en la legislación básica que condiciona la desclasificación de espacios naturales protegidos con la existencia de cambios provocados en ellos por su evolución natural que lo justifiquen¹⁴. Esto es, solo una degradación natural irreversible del

14 El apartado 3 del artículo 13 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. Establece en este sentido que: “...sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de

espacio natural científicamente demostrada podría justificar su desclasificación. La concurrencia de “razones imperiosas de interés público de primer orden” permite al Estado realizar desclasificaciones de las zonas de especial conservación, según la Directiva Hábitats (Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres).

El análisis de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del proyecto de interés regional de la Isla de Valdecañas y de la orden de derribo que pesa sobre las edificaciones construidas en su terreno suscita el inevitable debate sobre la necesidad de ponderar, al menos en este caso en concreto, los efectos y el alcance del fallo atendiendo a las circunstancias concurrentes y a los valores y principios presentes. Los casi diez años transcurridos sin que se hayan fijado aún los términos en los que cumplir la sentencia de demolición del complejo turístico así lo avalan. El principio de seguridad jurídica que reclama la intangibilidad de la decisión judicial puede también exigir, por razones de seguridad jurídica, tomar en consideración todos los intereses presentes para evitar generar perjuicios más graves.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arias Aparicio, Flor. “La protección de las aves silvestres en Extremadura en el contexto estatal y europeo de conservación de los espacios naturales”. *Anuario de la Facultad de Derecho* 32, (2015-2016): 1-19.

Betancor, Andrés. “Inejecución de sentencias que condenan a la Administración a desplegar una actuación dirigida a la realización de un derecho subjetivo. El caso de la reintroducción del castellano como lengua vehicular en la enseñanza catalana”. *Revista de Administración Pública* 201 (2016): 145-177.

forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación.”

Bouazza Ariño, Omar. “El respeto de los derechos fundamentales como límite constitucional al legislador. (La STC 203/2013, de 5 de diciembre, por la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente de Soria)”. *Revista Vasca de Administración Pública* 99-100 (2014): 703-718

Díaz Lema, José Manuel. “El fin del privilegio de la ley singular: comentario a la STC 129/2013, de 4 de junio”. *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 39 (2013): 62-73.

“Los proyectos regionales: ¿un instrumento urbanístico/territorial perturbador? A propósito de las 3 Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2012 (recursos núms. 3869/2010; 4543/2010; 4066/2010 (Asunto ‘Ecociudad en La Fonsalada y El Corvo’, Logroño)”. *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 36 (2013): 62-74.

López Ramón, Fernando. *Conservar el patrimonio natural*. Madrid: Editorial Reus, 2019.

—. *Política ecológica y pluralismo territorial (Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad)*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Montilla Martos, José Antonio. “Las leyes singulares en la doctrina del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional* (2015): 269-295.

Pascual Martín, Jesús Ignacio. “Una propuesta de modulación de los efectos *ex tunc* de las sentencias anulatorias de los planes urbanísticos a la vista de la doctrina prospectiva del Tribunal Constitucional”. *Revista Vasca de Administración Pública* (2019): 103-149.

Pérez Alonso, Jorge. “La ineficacia del sistema de ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo: reflexiones a raíz de la legislación, la jurisprudencia. La realidad cotidiana: ejemplos prácticos de modelos de ‘inejecución’ de sentencias”. *Revista General de Derecho*

Administrativo (2015). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416638

Rodríguez Patón, Patricia. “La ‘ley singular’ como categoría de acuñación jurisprudencial: una nueva aproximación a su particular significado y problemática”. *Revista de Derecho Político* 99 (2017): 167-197.

Santamaría Arinas, René Javier. “Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina *Boxus* por el Tribunal Constitucional español”. *Revista de Administración Pública* 193 (2014): 165-195.

Flor Arias Aparicio
Área de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público
Universidad de Extremadura
Av. Universidad, s/n
10003 Cáceres (España)
florarias@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-9822-8905>



DE LA HISTORIA DEL DERECHO A LA APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL DERECHO: GAJES DE LA GLOBALIZACIÓN

FROM THE HISTORY OF THE LAW TO THE HISTORICAL APPROACH TO THE LAW: PARTS OF GLOBALIZATION

GABRIELA CRISTINA COBO DEL ROSAL PÉREZ
Universidad Rey Juan Carlos

Recibido: 04/12/2019 Aceptado: 18/12/2019

RESUMEN

La Historia del Derecho, al igual que el resto de las disciplinas jurídicas, se ha visto afectada por la globalización. Ello se ha concretado en su inscripción dentro del marco que ofrece una “Europa universitaria” auspiciada por el llamado “Proceso Bolonia”. Sabido es que el Derecho sólo puede ser entendido desde su perspectiva histórica, actualmente, ello debe recordarse con mayor énfasis. Además, resulta preciso se verifique desde su contexto histórico jurídico europeo. Todo lo cual favorece que la aproximación a la disciplina histórico jurídica se desarrolle cada vez más a través de su evidente virtualidad expansiva por irradiar su conocimiento a todas las esferas del saber jurídico. Se plantea de este modo una Historia del Derecho Europeo como complemento, ahora imprescindible, para el buen conocimiento no solamente de la disciplina histórico jurídica española sino de las ciencias jurídicas en general.

Palabras clave: Historia del Derecho Europeo, Europa Universitaria, Proceso Bolonia, Saber jurídico.

ABSTRACT

History of Law as the rest of juridical subjects has been affected by the effects of the globalization. That fact has been executed through the inclusion of the subject in the reality provided by an “Universitarian Europe” funded by the so called “Bologna Process”. It is well known that Law can only be understood through its historical perspective but nowadays that fact needs to be specially remembered and it requires to be done from a European legal historical perspective. All which favours the approach to the studies of History of Law tends to be done through its obvious expansive virtuality since its knowledge radiates other spheres of juridical knowledge. Therefore, a consideration of a European History of Law as a complement for the historical approach to Spanish Law turns out to be ineluctable not only to achieve a better knowledge in Legal History but to achieve it in general legal sciences.

Keywords: History of European Law, University Europe, Bologna Process, Legal knowledge.

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *Los visigodos o la utilidad del conocimiento inútil: 2.1. Los resultados como los nuevos medidores del saber; 2.2. La decisiva formación histórica en los grandes juristas.* 3. *Historia y globalización jurídica: 3.1. De la historia de las fuentes a las fuentes de la historia. 3.2. Staying hungry & staying foolish.*

A Manuel Luzón Domingo

1. INTRODUCCIÓN

“Vivimos tiempos difíciles en los que el cultivo de las ciencias puras sin aplicaciones utilitarias –y evidentemente la Historia del Derecho es una de ellas- tropieza cada vez más con el despego de la juventud estudiosa”¹.

Las palabras del insigne Alfonso García-Gallo sancionadas en 1953 actualmente adquieren renovada vigencia. Desde un punto de vista pragmático el cultivo de la vida intelectual y espiritual parecen actividades de

¹ Alfonso García-Gallo, “Historia, Derecho e Historia del Derecho”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 23 (1953): 19.

poca o, más bien, nula utilidad reservadas exclusivamente a aquellos eruditos o raros de la sociedad a los cuales su desarrollo les satisface más que otras².

Resulta evidente que el cultivo de determinadas ramas del saber como el arte, la filosofía o la literatura, a primera vista, puede parecer carente de utilidad práctica, productiva o de ambas. Lo dicho se hace más evidente si uno se empeña en buscar en su desarrollo una potencial utilidad o carácter práctico a corto plazo o en el marco de lo estadísticamente previsible. En esta sentido seguramente no fueron parámetros netamente prácticos, los que impulsaron a Sócrates a dialogar con Platón, a San Agustín a regalar a la humanidad sus confesiones más íntimas, a Cervantes a ensoñar molinos, a Lope de Vega a despertar la unidad, a Mozart a coronar la noche, a Beethoven a darle un himno a la paz, a Velázquez a asomarse en el regio espejo o, a Van Gogh, a cegar el azaroso siglo XIX con sus girasoles. Son tan solo algunos ejemplos especialmente elocuentes del propósito de la presente reflexión pues afortunadamente la lista es innumerable. Y es que seguramente a ninguno de ellos les impulsó a desarrollar sus virtuosos intelectos un espíritu exclusivamente práctico y, sin embargo, sin su obra no entenderíamos gran parte del acervo de la cultura occidental. Ello probablemente fue así más allá de si su “productividad” respondía a un deseo de reconocimiento, a encargos, o a posibles remuneraciones pactadas. Cabe destacar como mera curiosidad además que tal rasgo que a día de hoy se podría catalogar como “poco práctico” se evidenció en muchas de sus sonadas elecciones vitales. De ello da cuenta la lectura de sus biografías que, en ocasiones,

2 Abraham Flexner destina un muy interesante trabajo a la utilidad del conocimiento inútil y explica cómo Marconi no habría sido capaz de crear una radio sin los descubrimientos previos llevados a cabo por el profesor universitario Clerk Maxwell, quien en 1865 destinó sus esfuerzos a realizar operaciones de cálculos hasta entonces imposibles y, en principio, sin utilidad práctica alguna en el campo de la electromagnética, que quedaron publicados en 1873. Marconi en gran medida, interpreta Flexner, lo que hizo fue rematar el final de una ardua tarea llevada a cabo por sus precursores en el desarrollo de una teoría aparentemente inútil hasta el punto de haber sido considerado solamente como el inteligente inventor movido meramente por la utilidad. Abraham Flexner, *The usefulness of useless knowledge* (Harper's, Octubre 1939), 544-545, acceso el 20 de octubre de 2019, <https://library.ias.edu/files/UsefulnessHarpers.pdf> última visita.

demuestra con pasmosa dureza cómo pagaron muchas de las consecuencias de su falta de visión práctica. Evidentemente no se trata de fomentar una actitud irresponsable, que favorezca el fracaso, que nos aleje de la sociabilidad y de la felicidad. Sin embargo, si puede resultar bueno y muy práctico a la larga observar a los sabios y de ellos extraer lo que verdaderamente pueda favorecer el mejor desarrollo de nuestras capacidades.

Sorprende más recientemente en un campo eminentemente práctico como lo es el de las conocidas “nuevas tecnologías” que Steve Jobs utilizó criterios poco prácticos para orientar su propia formación académica. Y es que, como él mismo reconocería, rechazó voluntariamente la posibilidad de obtener una titulación universitaria, lo cual como sabemos, no fue obstáculo para que revolucionara la tecnología informática desde que creara Apple.

Naturalmente no se trata de animar a los estudiantes a abandonar sus estudios universitarios, pero lo cierto es que en sus comienzos Steve Jobs tomó caminos de dudosa utilidad práctica como reconocería él mismo en su seductor discurso para los graduados de la Universidad de Stanford pronunciado el 12 de junio de 2005. Admitió en él que abandonó la Universidad al poco de matricularse para comenzar a asistir a las asignaturas que verdaderamente le apasionaban siguiendo exclusivamente su curiosidad y su intuición. Por ello se matriculó en caligrafía sin albergar la más remota esperanza de que aquella formación tuviera siquiera alguna aplicación práctica. Pero diez años después, cuando diseñó el primer ordenador Macintosh, utilizó aquella caligrafía y la incluyó en los conocidos ordenadores Mac. Steve Jobs afirmó además que posteriormente Windows imitó a Mac con lo que, de no haber sido por aquel conocimiento aparentemente inútil que adquirió en aquellos cursos caligrafía, los ordenadores de hoy en día seguramente no ofrecerían una tipografía tan variada³.

3 Así lo reconoce en su discurso de graduación pronunciado en la Universidad de Standford en 2005. https://www.youtube.com/watch?v=HHkJEz_HdTg acceso el 20 de octubre 2019.

Centrados en la disciplina histórico jurídica, sin duda, fueron más que meritorios los esfuerzos de la Escuela Histórica del Derecho a lo largo del siglo XIX. A ellos se debe que la disciplina alcanzara el tratamiento de científica. La esencial sensibilidad que aporta la visión histórica capaz de observar el Derecho como algo “cambiante” contribuyó a que alcanzara su autonomía científica. Se celebraba de este modo su “puesta de largo”, en expresión de García-Gallo, a la cual todos los juristas fueron invitados⁴.

Actualmente corresponde a la Historia del Derecho renovarse para incluir los nuevos factores que han afectado a la cambiante realidad social conocida como la *knowledge society*. En esta dirección cobran nuevamente vigencia las propuestas metodológicas visionarias en su momento auspiciadas principalmente por Paul Koschaker. A través de ellas se reclamaba un mayor uso del método comparado y su aplicación. Ello resulta eficaz para el estudio comparado entre las distintas naciones desde la visión conjunta que ofrece Europa. Así mismo también propone la extensión de tal metodología a lo largo del tiempo para contrastar una realidad vigente con su realidad análoga pretérita. Se trata en suma de una aproximación metodológica que parte del enfoque que ofrece observar la disciplina en su perspectiva europea. El cual, entre otras enriquecedoras aportaciones, hace gala de la virtualidad expansiva de la Historia del Derecho pues su conocimiento irradia a todas las demás ramas del saber jurídico.

Y es que al igual que ha ocurrido con el resto de las disciplinas jurídicas la Historia del Derecho se ha visto afectada por el paso del tiempo y la globalización. Lo cual se evidencia en la nueva realidad que ofrece la “Europa universitaria” abanderada por el conocido como “Proceso Bolonia”. Todo ello ha favorecido que la aproximación a la disciplina histórico jurídica tienda cada vez más a verificarse a través de su virtualidad expansiva la cual, hasta ahora, ha tendido a mantenerse excesivamente

4 Francisco Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho español* (Madrid: Tecnos, 1979), 36.

contenida al ámbito nacional. Tal rasgo expansivo que, en muchos aspectos singulariza la disciplina histórico jurídica, resulta ahora clave a fin de plantear los nuevos enfoques que, sin prescindir de los ya existentes, alcance mayor interés para los juristas en su primera formación.

Ello se traduce en una necesaria adecuación del método docente al interés del actual estudiante de Derecho sin disminuir su carácter científico. Pues la Historia del Derecho no debe solamente instruir al jurista en ciernes a través de una serie de datos. Datos por demás ahora más accesibles que en tiempos de la Escuela Histórica. La Historia del Derecho debe formarle más eficazmente de modo que permita al incipiente jurista llegar a comprender por qué el Derecho actual es cómo es, e incluso, cómo podría éste ser de otra forma. Esto no es nada nuevo o no debería serlo pues así se lo planteaba ya García-Gallo. Y es que la Historia del Derecho es una “ciencia en formación”⁵ que ofrece el único camino para la comprensión de la “esencia del Derecho” cuyo objetivo fundamental radica en estudiar la vida del mismo a lo largo del tiempo⁶.

Resulta innegable que para comprender el tiempo de hoy es preciso interpelar al pasado. Sin embargo, se reclama una renovación metodológica como medicina preventiva a fin de no perder el interés del estudiante de Derecho. Y es que no es nuevo decir que el jurista que supera al técnico se forja, entre otras, pero fundamentalmente, a través de una sólida formación histórico jurídica. Si los juristas del futuro carecen de la tal formación la sociedad se resentirá notablemente y la rectificación se producirá de forma inevitable, pero evidentemente, no sin un coste⁷.

5 Galo Sánchez, *Curso de Historia del Derecho. Apuntes* (Madrid: Reus, 1975), 15. También Rafael Gibert, “Concepto de la Historia del Derecho español”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 4 (1986): 310.

6 José Manuel Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Historia del Derecho Español*, Vol. 1 (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2004): 19.

7 En este sentido Vid., Fernando de Arvizu y Galárraga, “La enseñanza de la Historia del Derecho: reflexiones en busca de una polémica”, *A.H.D.E.* 58 (1988): 498.

2. LOS VISIGODOS O LA UTILIDAD DEL CONOCIMIENTO INÚTIL

2.1. LOS RESULTADOS COMO LOS NUEVOS MEDIDORES DEL SABER

En una realidad como la actual donde la información sobreabunda y donde la inmediatez se ha convertido en sinónimo de eficacia y, por lo tanto, de utilidad, el cultivo de la Historia General y de la Historia del Derecho en concreto parece no tener a primera vista gran utilidad práctica. Habida cuenta de tal aparente carencia podría deducirse que su presencia en un Grado como Derecho resulta ser “conocimiento inútil” y del que podría o, incluso, debería prescindirse.

Lo cierto es que el estudiante del siglo XXI en sus estudios de primer curso en el Grado de Derecho puede necesitar, ahora incluso más que antes, entender desde el principio la conveniencia y utilidad práctica de esta disciplina y reclamar la justificación de su poco práctica existencia. Y, lo que es más importante, puede que si no le encuentra una utilidad pronto pierda el interés en su formación histórico jurídica por completo. Y es que el perfil del estudiante actual ha cambiado mucho.

A tal exacto y sin ánimo de simplificar, generalizar o reducir al extremo la compleja realidad social del estudiante actual puede ser útil tratar de describir ciertos parámetros en los que suele desenvolverse y que necesariamente deben tenerse en cuenta a la hora de acondicionar el método docente a la necesidad de a quién va éste dirigido. Puede decirse que el actual estudiante con mayor frecuencia es un estudiante bilingüe o tendente al bilingüismo. Por lo general está familiarizado con el desarrollo de actividades de aprendizaje en formatos intensivos que proponen un aprendizaje veloz, ya sea de idiomas, de recursos tecnológicos o de deportes. Normalmente llega al aula con información de última hora sobre acontecimientos acaecidos en las antípodas de donde cursa sus estudios. En un cada vez más elevado porcentaje realizará uno de los cursos del Grado en el extranjero. Además, tiene grandes probabilidades de realizar un Máster especializado en la que será su futura profesión, la cual

desarrollará en un marco abrumadoramente competitivo. Todo ello le motiva y le estresa. Generalmente tiene prisa. No es infrecuente que las notas descritas afecten, al menos una, sino todas, a un mismo estudiante.

Sin embargo, si se trata de un estudiante en un Doble Grado las posibilidades de darse todas ellas en el mismo estudiante encuentra una proporción mayor incrementando probablemente aún más su necesidad de focalizar todo su esfuerzo en lograr adquirir una formación que le convierta lo antes posible en un profesional competitivo. A todo ello debe añadirse que se trata de un estudiante en parte estresado por la inmediatez de las comunicaciones, del marketing y de la información, al cual le motiva estar constantemente seguro de que no pierde el tiempo. Sin querer generalizar, es probable haya crecido en un entorno proclive a cultivar la creencia en que se pueden medir asiduamente los resultados concretos de los esfuerzos por él realizados y además puede partir de la idea de que el conocimiento científico se puede adquirir de una forma mucho más veloz de la real. Por todo ello es probable que el ritmo del aprendizaje profundo le desmotive inicialmente si el docente no está alerta. No es que rechace un aprendizaje profundo. En absoluto, lo sigue queriendo, valorando, incluso exigiendo tal vez con más encono que en el pasado. Sin embargo, ahora necesita venga acompasado de un método docente capaz de mantener su interés y que le asegure que no pierde el tiempo. Y si a todo ello se añade, que de tanto en cuanto, se le adelante información acerca de su posible utilidad práctica, mucho mejor.

Si en este contexto revisamos el que normalmente suele ser el tercer bloque temático de todos los manuales de la disciplina, el Derecho visigodo, el estudiante de primero de Derecho podría y, tal vez incluso, debería plantearse para qué le sirve o en qué medida dicho conocimiento le convertirá en un mejor jurista. Por todos es sabido que los estudiantes de primero de Derecho escucharán bellas y contundentes afirmaciones como que durante el reino visigodo por vez primera se hizo presente en la Historia de la Península Ibérica un poder jurídico-político entendido como “específicamente hispano” conformándose entonces una entidad

política independiente, en palabras de Pérez-Prendes. Conocerá que la desaparición de su reino sito en Toledo se verificó en una sola jornada del caluroso julio andaluz del año 711, en el que se extinguió súbitamente su poder ante el predominio del islamismo⁸. Sin embargo, a pesar de ello, sabrá que su sociedad y su Derecho no se extinguirían tan fácilmente y su rastro será fundamental en el desarrollo y mejor comprensión del posterior Derecho, así como de su evolución⁹. Todo ello lo escuchará en clase el estudiante de Derecho. Le asegurarán además que es preciso tenerlo presente a la hora de aproximarnos a entender aspectos muy concretos de la idiosincrasia jurídica europea actual. Tanto es así que Franz Wieacker sintetizó su importancia diciendo que el pensamiento jurídico europeo encuentra sus raíces en las “las tres últimas fuerzas básicas del mundo antiguo”: el *Imperium*, el Cristianismo y “la nueva conciencia vital de los pueblos y razas que se apoderaron del territorio del Imperio romano de occidente o fueron afectados por su cultura jurídica o conquistados por ella”. Y consideró que “Cada uno de estos elementos aportó contribuciones insustituibles a la cultura jurídica europea (...)”¹⁰.

Efectivamente al incipiente jurista todo ello puede resultarle por momentos interesante. Sin embargo, pronto podría preguntarse en qué medida dicho conocimiento se materializará en un resultado concreto, por ejemplo, en su incorporación en los nominados a los premios “Forbes abogados”. Y lamentablemente para él lo cierto es que la utilidad práctica del conocimiento histórico jurídico concreto no puede ponderarse. Tampoco puede evaluarse a través de unos datos reducibles a algoritmos cuyo resultado final mida exactamente la productividad o la eficacia de un abogado en ejercicio o de un juez a través de un estudio comparado que, además, evidencie las diferencias de su eficacia y productividad con los de otro jurista o juez que desconoce el Derecho propio del reino visigodo

8 José Orlandis, *Historia de España. La España Visigoda* (Madrid: Gredos, 1977); *La vida en España en tiempo de los godos* (Madrid: Rialp, 1991).

9 Pérez-Prendes, *Historia del Derecho...*, 264.

10 Franz Wieacker, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (Granada: Comares, 2000), 17.

de Toledo. Ello porque la ponderación concreta de los beneficios de dicho saber es básicamente imposible.

Si creyéramos que se puede responder concretamente al grado de “utilidad” o de “eficacia”, que una perspectiva histórica pueda ofrecer al jurista en su formación, y pudiéramos dar una respuesta absolutamente acertada, rápida, breve y eficaz, quebraríamos aquella consideración tan brillantemente expuesta por el gran jurista Jaime Guasp. Y es que entendía Guasp que el conocimiento universitario debe aspirar a obtener una dimensión “radicalmente absoluta” de los problemas y no conformarse con contemplaciones parciales. De modo que es recomendable, en suma, un estudio extensivo frente a uno intensivo en el que no debiera éste dar un paso hasta que no dominara un tema. El aprendizaje en Derecho es y debe ser interesado, selectivo, extenso, total e incondicional¹¹. Todo lo cual en el caso concreto del estudio de la disciplina histórico jurídica cobra especial importancia pues irradia ésta los efectos de su conocimiento a las restantes disciplinas en una suerte de virtualidad expansiva. De modo que la Historia del Derecho resulta ser esencial en la formación del jurista¹².

Si quisiéramos responder de algún modo al estudiante de Derecho que se interpele en torno a la importancia práctica del concreto conocimiento que ofrece la disciplina habría que acudir a medidores cuyos datos no son reducibles a algoritmos exactos que demuestren su concreta utilidad. Por ejemplo, se podría acudir a Víctor Hugo poeta, dramaturgo y novelista del siglo XIX y a su célebre afirmación por todos conocida, “quien abre una escuela cierra una prisión”. O a Marc Bloch historiador y copartícipe de la creación de la Revista *Annales d`histoire économique et sociale* quien desde su cautiverio a manos de los nazis redactó una obra en la que se interrogaba a sí mismo acerca del sentido de la educación en

11 Jaime Guasp, “Como debe estudiarse el Derecho”, *Anales de la Universidad de Murcia* 16/3-4 (1957-1958): 175; 176.

12 José Antonio Escudero, “Derecho y tiempo: dogmática y dogmáticos”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 40 (1970): 273.

Historia concluyendo que concedía ésta a la formación un “color verdadero”¹³. Y es que abrir una escuela implica una transformación profunda y lenta de la sociedad que puede traducirse efectivamente en cerrar una prisión. Sin embargo, los efectos de su presencia serán absolutamente impredecibles, pero con seguridad éstos llegarán.

En todo caso parece preciso adecuar la ciencia y su difusión al momento que vivimos a fin de salvar la distancia entre el necesario y lento reposo que la incorporación de nuevos conocimientos implica con el ritmo de la vertiginosa realidad social en la que se encuentra inmerso el estudiante de primero de Derecho. Y todo ello evidentemente debe realizarse sin mermar en modo alguno su carácter científico. En los tiempos actuales las palabras de José Ortega y Gasset al decir que “la vida es prisa” cobran especial significación y parece haber una tendencia a que los resultados de buena parte de los aspectos formativos universitarios deban evidenciarse de forma inmediata¹⁴. Es importante especialmente ahora recordar a los estudiantes los beneficios del saber así como alertar al jurista en su primera formación de las nefastas consecuencias de un saber superficial o puramente técnico¹⁵.

Es posible que para ello resulte eficaz un adecuado recurso de la tecnología utilizada con prudencia. Ello por ser ésta una herramienta con la que el estudiante actual se siente completamente familiarizado la cual además es capaz de agilizar, facilitar y estimular el conocimiento. Llegados a este punto no parece preciso elaborar un panegírico en torno a las ventajas, beneficios y facilidades que han traído las nuevas tecnologías al desarrollo y promoción de las ciencias en general pues las mismas son del todo punto imponderables. Solamente alertamos al lector que la interpretación de la próxima reflexión debe realizarse en el marco del

13 Marc Bloch, *Introducción a la Historia* (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1992), 12.

14 José Ortega y Gasset, *Historia como sistema* (Madrid: Revista de Occidente, 1966), 20.

15 “El abuso de la técnica, es decir, la producción o aplicación moralmente injusta de las fuerzas naturales con los medios de una técnica (que, como tal, ni es buena ni mala), ha creado condiciones de convivencia humana encaminadas contra el hombre. Una de las consecuencias de este abuso fue el nacimiento de un <<mundo de masas>>”. Wieacker, *Historia del Derecho...*, 558.

reconocimiento sincero y agradecido a los incontables beneficios que el desarrollo de las tecnologías ha traído a la ciencia en general. Pues de lo que se trata ahora es de proteger y favorecer una sólida formación y evitar promocionar un aprendizaje banal y superficial en el universitario general y en el jurista en concreto. Y es que el uso de la tecnología como recurso promotor del conocimiento científico debe verificarse con la cautela señalada. Se alertaba de ello a mediados del pasado siglo desde la Universidad de Harvard cuando comenzaron a desarrollarse los primeros ordenadores desde donde se denunciaban ya entonces los posibles efectos nocivos de su mal uso. Así lo hizo Peter Drucker, decisivo autor en materia de gestión empresarial moderna, quien los llegó a considerar como auténticos “morons” o “tontos”. Recordaba la necesidad de enfocar su uso de manera equilibrada pues podían éstos llegar a ahogar el ingenio y observaba en cambio en las graves carencias de los ordenadores el verdadero estímulo para el ingenio¹⁶. En este sentido Steve Jobs entendía los ordenadores como “una bicicleta para la mente”. Efectivamente ese es el criterio más recomendable, entenderlos como un mecanismo que estimule su acción cerebral y no al contrario¹⁷.

Se atribuye a Picasso la reflexión por la cual el maestro de la pintura consideraba que los ordenadores no eran útiles porque solamente daban respuestas. Seguramente se refería a que éstos sólo proporcionaban datos concretos en la línea irreflexiva de un ordenador. Y es que lo cierto es que una de las funciones principales de la Universidad reside en formular preguntas y no necesariamente en ofrecer respuestas. Ello porque es oficio del docente estimular el espíritu crítico y enseñar al estudiante a elaborar sus propias respuestas. Esta reflexión no es novedosa pues ya desde la Antigua Grecia el método Socrático se basó en la curiosidad. Cabe decirse que buena parte de los grandes avances científicos se suscitan por la mera satisfacción de su curiosidad y probablemente la

16 Peter Drucker, *The Effective Executive* (London: Editorial Advisers, 1967), 162.

17 https://www.youtube.com/watch?v=ob_GX5oZa6c, acceso el 20 noviembre 2019.

sospecha de una ulterior utilidad práctica podría haber mermado dicha curiosidad¹⁸.

En gran medida fue una pregunta la que inspiraría el movimiento por el cual surgió la primera Universidad en Occidente tal y como la entendemos hoy. Se trataba de una pregunta que probablemente había quitado el sueño a más de un monarca alto medieval. ¿Cómo hicieron los romanos de la Edad Antigua para orquestar la dirección de un gobierno de proporciones territoriales tan extensas, capaz de acoger realidades políticas y culturales tan dispares de forma tan altamente eficaz y durante tanto tiempo? La solución a tantas noches de insomnio parecía tocar a su fin cuando Irnerio redescubre el *Corpus Iuris Civilis*. En este momento los inquietos aspirantes a juristas ansiosos por responder a tal regia cuestión y por descubrir el modelo romano con el interno propósito de desarrollar para la Baja Edad Media fórmulas de gobierno más eficaces que las planteadas por el sistema feudal, viajaron a Bolonia para conocer el Derecho romano. Y de este modo surgen las primeras Universidades en Europa como las entendemos hoy día.

De modo que parece que lo práctico verdaderamente es que las instituciones destinadas al conocimiento cultiven y fomenten la curiosidad¹⁹. La Universidad no debe responder exclusivamente a curiosidades concretas que se podrían resolver fácilmente a través de una rápida consulta enciclopédica o a través de una o varias búsquedas en internet. El universitario en general y el jurista en formación concretamente debe conocer al concluir sus estudios universitarios cómo alcanzar sus propias respuestas a fin de construirse un espíritu crítico que, respetuoso con el criterio de los demás, sea capaz de contribuir a construir realidades mejores.

En todo caso es importante alertar que, a fin de evitar caer en la tentación de entender que si “La vida es prisa y necesita con urgencia saber

18 Flexner, *The usefulness...*, 545-546.

19 “Institutions of learning should be devoted to the cultivation of curiosity”, Flexner, *The usefulness...*, 545.

a qué atenerse y es preciso hacer de esta urgencia el método de la verdad (...)” terminemos por entender como “Verdad lo que ahora es verdad, y no lo que se va a descubrir en un futuro indeterminado”²⁰. Es por ello que a la larga seguramente sea muy “eficaz” saber bien desde qué criterio filosófico iniciamos nuestro camino universitario a fin de no dejarnos llevar por la corriente²¹.

Sin querer desanimar al incipiente jurista que preocupado por su formación precisa reclama una única respuesta, rápida y concreta a sus preguntas debe añadirse que muchas de ellas tienen incontables respuestas. Sin ir más lejos así ocurre con el propio concepto de Derecho. Para satisfacer en algo esta concreta curiosidad se puede arrojar una posible respuesta, tal vez imprecisa, pero, como poco muy elegante, extraída de la pluma de Rafael Gibert al decir que no deja el concepto de Derecho de existir por el hecho de que la doctrina aún no haya encontrado un único concepto²².

Finalmente, si de dar respuestas concretas a la eficacia del saber histórico jurídico se trata podría decirse que, como mínimo, le aumentará al jurista el campo de visión de la realidad y le ayudará a reconocer más hábilmente la excelencia en su profesión. Y es que la Historia del Derecho puede comportarse como unas gafas ajustadas para identificar la excelencia del jurista y desechar la vulgaridad descrita por Gilbert Keith Chesterton por la cual uno puede ver pasar la excelencia y no reconocerla.

20 Ortega y Gasset, *Historia como...*, 20.

21 La obra ya clásica de Rafael Gambra resulta especialmente eficaz en este sentido, *Historia sencilla de la Filosofía*, 29ª ed. (Madrid: Rialp, 2014).

22 “La falta de unanimidad de los autores acerca de lo que es el Derecho se opone sólo aparentemente a la existencia de un concepto general del mismo”. Gibert, “Concepto...”, 314. Las presentes páginas nacen esencialmente de las reflexiones que tratan este asunto como Tomás y Valiente, *Manual...*, 34-35, y Bruno Aguilera Barchet, *Historia y Derecho, Manual de iniciación. I* (Barcelona: Hurope, 1999), 43-44. También del mismo autor, *Estado y Derecho en España. Un ensayo de historia comparada. I. Las bases: de los orígenes al año 711* (Madrid-París: Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, 2010), 13.14.

2.2. LA DECISIVA FORMACIÓN HISTÓRICA EN LOS GRANDES JURISTAS²³

“La incompreensión del presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado”²⁴. Es por ello que muchos profesores de Historia del Derecho acuden al aula conectados virtualmente a un periódico o dispuestos a comentar una noticia reciente desde la enriquecedora perspectiva que ofrece la visión del pasado jurídico. Tal era el caso de Gibert quien al menos en los años en que como emérito visitaba las aulas de la Universidad lo hacía acompañado de su periódico dispuesto a integrar en sus lecciones las noticias del día. Y es que se servía Gibert de esa inmediata utilidad que ofrece la disciplina como “saludable escuela de relativización”²⁵.

Qué duda cabe que las sucesivas generaciones incorporan algo al “edificio del Derecho”²⁶. Es por ello especialmente preciso que deba cuidarse con especial encono que la excesiva especialización a la que ahora se tiende no imponga un excesivo desconocimiento en los restantes órdenes del saber a través de la frecuente soberbia de los “especialistas” denunciada por Ortega y Gasset²⁷. Y es que el jurista reclama un pensamiento “a propósito del Derecho” para no convertirse en un técnico de

23 Actualmente parece debemos recordar con mayor énfasis la importancia de la ciencia iushistórica en un sentido general como lo es el que afecta a la formación educativa general dentro del marco de las ciencias vinculadas a las Humanidades así como su significación más tradicional, como lo es su perspectiva como parte de los estudios jurídicos en que sigue estando presente. Ello lo hacemos a continuación teniendo presente una orientación que se encamina a la aproximación al Derecho histórico desde un prisma comparado al hilo del proceso de integración europea. Todo lo cual sin duda alguna se puede inscribir manteniendo presente el criterio de Escudero en torno al carácter de la disciplina histórico jurídica según el cual entendemos es éste “eminente formativo genérico”, y, “como todo lo sustancial” “resiste los deslindes clasificatorios”. Escudero, “Derecho y tiempo...”, 273.

24 Bloch, *Introducción...*, 22.

25 Tomás y Valiente, *Manual...*, 34.

26 Juan B. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico* (Madrid: Montecorvo, 1982), 885.

27 En palabras de Ortega y Gasset “Desde el siglo X no ha habido etapa histórica en que Europa poseyese menos sensibilidad y saber filosóficos que en los cincuenta últimos años del siglo XIX. Esto ha producido el caos mental que ahora, con sorpresa, encuentra el europeo dentro de sí. Y es que la cultura de los especialistas crea una forma específica de incultura más grande que otras alguna. Nadie entienda que yo ataco al especialismo en lo que tiene de tal; indudablemente uno de los imperativos de la ciencia es la progresiva especialización de su cultivo. Pero obedecer este solo imperativo es acarrear a la postre el estancamiento de la ciencia y por un rodeo inesperado implantar una nueva forma de barbarie. La ignorancia del que es por completo ignorante toma un cariz pasivo e inocuo. Pero el que es un buen ingeniero o un buen médico y sabe mucho de una cosa no se determinará a confesar su perfecto desconocimiento de las demás. Transportará el sentimiento dominador que, al andar por su especialidad, experimenta a los temas que ignore”. Ortega y Gasset, *Historia...*, 150.151.

las normas vigentes cuyo funcionamiento conocen y aplican de forma mecánica²⁸.

Es por todo ello que a la hora de abogar a favor de la Historia del Derecho, como parece actualmente obligado requisito para justificar la presencia o permanencia de la disciplina en el Grado de Derecho, resulta elocuente acudir a juristas de otras especialidades de reconocido prestigio que, en el ejercicio de su actividad, observaron en la Historia del Derecho la verdadera esencia en la formación del buen jurista²⁹. Y es que no debemos olvidar que éste ha sido el general proceder en todas las disciplinas jurídicas hasta aproximadamente las dos décadas anteriores al cambio de siglo. Como elocuente ejemplo sirva la rama del Derecho penal por ser especialmente sensible y evidente su carácter práctico pues como sabemos se trata de la única rama del ordenamiento jurídico con capacidad para limitar uno de los principales Derechos Fundamentales como lo es la libertad.

Resulta cuando menos sorprendente que si uno revisa los trabajos de los más destacados penalistas del siglo XIX y principios del XX, las introducciones históricas de sus principales obras no suelen constituir un apartado introductorio manido compuesto por pocas páginas sino, más bien, todo lo contrario. Normalmente destinan en ellas un importante espacio de su estudio, a veces incluso, tomos enteros quedan reservados a la parte histórica. Ello por entender que comprender bien los orígenes y la evolución de las distintas y complejas instituciones o categorías penales resulta algo imprescindible para la más adecuada práctica penal. De tal modo que son jueces, abogados en ejercicio y fiscales los

28 Francisco Tomás y Valiente, *Manual...*, p. 34. Wieacker lo dirá de forma categórica la Historia del Derecho es "(...) expresión respecto a la existencia del Derecho en las profundidades del pasado que puede preservar, tanto a los juristas investigadores como a los estudiosos, de ser unos meros técnicos y rutinarios que sacrifiquen el espíritu viviente del Derecho al mandato de un poder ajeno al Derecho, o a los muertos principios doctrinales de una dogmática de escuela" Wieacker, *Historia...*, Prólogo del autor, 1.

29 Por ejemplo, Pedro Gómez de la Serna, *Prolegómenos del Derecho* (Madrid: Librería de Sánchez, 1887), 160.

que en sus actividades investigadoras redactan estudios de cientos de páginas destinados a la Historia del Derecho

Cabe destacar que un destacado sector de la doctrina penal española inscrito en escuelas científicas bien diferenciadas e incluso encontradas en sus postulados doctrinales, encuentran en la Historia del Derecho el común acervo jurídico desde el cual la ciencia penal debía nutrirse. Así se observa, sin ánimo alguno de exhaustividad, en las obras de Juan del Rosal³⁰, Luis Jiménez de Asúa³¹, José Antón Oneca³², Eugenio Cuello Calón³³, Quintiliano Saldaña³⁴, José R. Casabó³⁵ o Gonzalo Rodríguez Mourillo³⁶ por citar tan sólo algunos significativos ejemplos.

Significativo ejemplo de ello lo constituye la actividad desarrollada por el Fiscal en ejercicio Manuel Luzón Domingo en 1960 quien a través de su *Tratado de la culpabilidad* se convierte en el valedor de la disciplina histórico jurídica. Valedor en lo que de cuestionable pueda ésta tener, tanto por la *vexata quaestio* en cuanto al carácter histórico o jurídico de la misma, como en cuanto a la utilidad de la disciplina. Y es que el profesor Luzón seguramente no consideraría que su actividad pudiera parcelarse tanto y, sin medir las actuales y por demás artificiales

30 En sentido similar se responde Juan Del Rosal al preguntarse por la esencia del Derecho J., *Tratado de Derecho penal, Parte General*, Vol. 1 (Madrid: Imprenta Aguirre, 1968), 53.

31 Muy especialmente en su *Tratado de Derecho penal* (Buenos Aires: Losada, 1950).

32 Quien dedicaría buena parte de su actividad a comprender el Derecho penal desde la perspectiva histórico jurídica con trabajos de incuestionable valía como “Los antecedentes del nuevo Código penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Reus, nº 154 (1929); “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, nº XXV (1972); “Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración”, *Revista de Estudios Penitenciarios* (1964); “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 25 (1972) entre otras.

33 Especialmente en su manual de la Derecho penal dedica una buena parte del mismo a una aproximación histórica de gran valor, *Derecho Penal, Parte General*, Vol. I (Barcelona: 1980).

34 Especialmente en su “Historia del Derecho penal”, publicado como Apéndice al *Tratado de Derecho penal de Franz Von Liszt*, Vol. I, traducción 18ª, ed. alemana (Madrid: 1914).

35 El cual se doctoraría con un tema de enfoque esencialmente histórico jurídico que prosperaría en importantes publicaciones como por ejemplo “Los orígenes de la codificación penal en España; el plan del Código criminal de 1787”, *Anuario de Derecho Penal* 22 (1969): 313-340.

36 Quien igualmente se doctoraría en 1959 con una tesis que sigue un enfoque histórico jurídico como lo fue la destinada al *Hurto y robo en el Derecho español* de la que resultaría una importante publicación en la disciplina histórico jurídica como lo sería “La distinción hurto-robo en el derecho histórico español”, *A.H.D.E.* 32 (1962): 25-112.

fronteras que separan al docente del investigador, o, al jurista del historiador, actuaría como lo que era, nada menos que un jurista³⁷.

Luzón quería realizar simplemente una breve investigación a fin de comprender exactamente la compleja cuestión de la culpabilidad y, presa de su prurito profesional, admitiría él mismo que no se supo frenar a tiempo, y daría lugar a un *Tratado de la Culpabilidad y de la culpa penal, Con especial referencia a los delitos de imprudencia* que aún hoy es obligado punto de partida a la hora de tratar de la culpabilidad desde una perspectiva histórica.

Estos casos concretos exclusivamente referidos al ámbito penal constituyen tan sólo un ejemplo pues son incontables los casos de juristas de todas las especialidades que encuentran en la Historia del Derecho un pilar de su saber. Como ejemplo de ello, el Catedrático de Derecho Administrativo Alejandro Nieto en sus frecuentes introducciones históricas ofrece una muy generosa aproximación histórico jurídica a los temas que trata³⁸. Actualmente dicha actividad de parte de los juristas está en declive si la comparamos con el pasado siglo, sin embargo, un sector importante de la actual doctrina jurídica sigue dedicando parte de su actividad investigadora a ofrecer en sus estudios importantes aproximaciones históricas que, sin duda, enriquecen su perspectiva. Por citar sólo algún ejemplo especialmente significativo a este respecto y continuando en el campo del Derecho Administrativo, debe citarse la obra de Juan Ramón Fernández Torres³⁹.

37 El también Fiscal Antonio Quintano Ripollés diría de Luzón que se trataba de “un jurista de raza” que redactaría dicha obra “en la euforia de una envidiable juventud”, Antonio Quintano Ripollés, “Luzón Domingo, Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 3 (1960): 505.

38 Como en el caso de su obra *El arbitrio judicial* (Barcelona: Ariel, 2000). Otros ejemplos de sus publicaciones más elaborados bajo este enfoque metodológico lo son “El derecho como límite del poder en la Edad Media”, *Revista de Administración Pública* 91 (1980): 7-74; o *Mendizábal: apogeo y crisis del progresismo civil: historia política de las cortes constituyentes de 1836-1837* (Barcelona: Ariel, 2011).

39 Juan Ramón Fernández Torres, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)* (Madrid: Civitas, 1998); *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1998)* (Madrid: Iustel, 2007).

3. HISTORIA Y GLOBALIZACIÓN JURÍDICA

3.1. DE LA HISTORIA DE LAS FUENTES A LAS FUENTES DE LA HISTORIA

A la hora de formar a los nuevos juristas existen, en términos generales, dos claras aproximaciones. La que ofrece el mundo anglosajón vinculada al “Common Law” que aproxima al estudiante desde el principio de sus estudios universitarios a su práctica al margen de las construcciones abstractas. Y una segunda propia de los conocidos como “Sistemas jurídicos de Derecho civil” en la que por la presencia directa de la influencia romana reconstruida a partir de la Baja Edad Media favorecería el sistema de aprendizaje netamente teórico⁴⁰.

En España en las Facultades de Derecho el tipo de enseñanza tradicionalmente impartido ha sido por lo general el segundo, esto es, el “teórico-científico”. A pesar del nuevo planteamiento del legislador que proponía incentivar más la atención en los aspectos docentes dicha realidad no se logró erradicar y el excesivo dogmatismo se evidenciaba en las aulas universitarias españolas de los años setenta, ochenta y noventa como un rasgo característico en las carreras de humanidades. Tal actitud sería duramente criticada por la doctrina del momento. El abuso de una aproximación racional o dogmática era significativamente más acusado en aquellas materias especialmente vinculadas a la realidad del ejercicio del Derecho. Y también ya entonces autores como Helmut Coing recordaron el carácter empírico de la disciplina histórico jurídica cuyo soporte sostenían lo encuentra en las fuentes⁴¹.

Adelantándose ya a un posible problema alertaba la doctrina en general del cuidado que debía observarse para evitar un posible desequilibrio a favor de una excesiva aproximación práctica. También la doctrina prevendría al docente de la posibilidad de formar “leguleyos” frente a

40 Ello a pesar de la histórica especial sensibilidad de los romanos a la “técnica de la elaboración del Derecho por la vía del caso práctico”, Manuel Jesús García Garrido y Francisco Eugenio, *Estudios de Derecho y Formación de Juristas* (Madrid: Dykinson, 1988), 43, nota 13.

41 Helmut Coing, *Las tareas del historiador del Derecho. Reflexiones metodológicas*, trad. A. Merchan (Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977), 30.31.

juristas, observando la diferencia entre ambos en que los primeros “saben leyes” y los segundos saben “interpretarlas al conocer el Derecho en su formación y fundamentos históricos y científicos”⁴². Actualmente ambos métodos docentes tratan de integrarse intentando evitar caer en un excesivo empirismo⁴³ a fin de evitar avocar en el conocido “bluesky law”⁴⁴.

El posible actual desequilibrio entre una aproximación racional o dogmática frente a la aproximación empírica tal vez pueda deberse a una reacción contraria a la actitud tan despreocupada que en materia docente en sus aspectos metodológicos docentes y pedagógicos vino siendo desarrollada en la práctica docente de la Universidad. Especialmente dicha despreocupación fue denunciada en los referidos años ochenta y noventa por autores como Juan Ramón Capella o Fernando de Arvizu quienes estaban alertados de la “escasa valoración y preocupación por las cuestiones didácticas” por parte del profesorado universitario⁴⁵. Además, en el pasado, el silencio por parte del legislador en cuanto al alumno y a los métodos docentes había sido la tónica. En este sentido Luis Sánchez Agesta escoraba la responsabilidad en el profesorado al decir que “(...) aunque algo pueda ayudar, no creo que las reformas de la enseñanza puedan realizarse desde la ley; en general, son obra de una lenta evolución impulsada esencialmente por la iniciativa misma de quienes participan en las tareas docentes”⁴⁶. Sin embargo dicha línea de pensamiento no ha sido precisamente la seguida por el legislador el cual insiste a través de distintas vías en el desarrollo de los aspectos docentes del profesor

42 Manuel García y Eugenio, *Estudios...*, 25. También Juan Ramón Capella Hernández, “La crisis actual de la enseñanza del derecho en España”. En *La enseñanza del Derecho. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho*, dir. por Juan José Gil Cremades (Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 1985), 42.

43 Preocupados por ello, García y Eugenio dirá que “(...) una enseñanza con objetivos únicamente prácticos no es auténticamente universitaria”, *Estudios...*, 23. También Aguilera, *Historia...*, 12-13.

44 Se trata de un término anglosajón entendido como el “lejano cielo azul de los conceptos” en el cual no se debe anclar el profesor.

45 Ilustrativas del momento previo a la reforma son las páginas de Juan Ramón Capella Hernández, “La enseñanza...”, 23-42. Fernando de Arvizu y Galarraga, “La enseñanza de la Historia del Derecho: reflexiones en busca de una polémica”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 58 (1988): 494.

46 Luis Sánchez Agesta, “La Universidad y la enseñanza del Derecho”, *Arbor* (1950): 232.

universitario. La insistencia del legislador, la oficial preocupación planteada desde Bolonia en este sentido, sumado al esfuerzo de muchos profesores porque su curso no sea impartido meramente a través clases teóricas, han contribuido en gran medida a cambiar la situación anteriormente descrita⁴⁷.

Sin embargo, cualquier avance metodológico docente que suponga una mayor calidad en la transmisión de conocimiento a los estudiantes pierde efectividad si no se encuentra con un profesorado motivado. Las palabras de Arvizu ante el revuelo que suscitó el debate en torno al mantenimiento de la disciplina como troncal en la antigua Licenciatura de Derecho invitaban a los Historiadores del Derecho a que se replantearan sus tareas “como enseñantes” así como su “capacidad de comunicar conocimientos, y la necesidad de que éstos sirvan a la formación de los juristas en ciernes”⁴⁸. Y es que el profesor debe mantener presente de forma constante la idea de estimular intelectualmente al alumno. Ello a fin de contribuir a la formación de aquellos “juristas con ingenio” de los que hablaría Manuel Calvo García, entendidos como aquellos que obtienen “una formación metodológica adecuada para desarrollar su ejercicio profesional con el dominio de recursos técnicos y argumentarios que les permita aplicar el Derecho de una manera más flexible y adecuada a las exigencias del caso”⁴⁹.

Interesados por estimular el apetito del alumno en el caso de la disciplina histórico jurídica parece debe permanecer presente la idea del

47 Actualmente de los planteamientos del “Proceso Bolonia” y del E.E.E.S. se deduce un enfoque metodológico en el que, como anteriormente apuntábamos, el profesor está invitado a ejercer sus facultades docentes como, corrientemente se empieza considerar, un gestor del conocimiento, un habilitador o facilitador del aprendizaje. Por su parte la participación del alumno cobra oficialmente o se incita a que tenga un papel activo. Sin embargo, dicha bondad metodológica había sido planteada ya por los docentes con anterioridad, es más, casi podría decirse que desde siempre. De una enseñanza activa en la que el alumno se implique preparando con antelación las clases a partir de la estructura planteada por el profesor ya hablaba por ejemplo Witker en los tan criticados años setenta de la Universidad. El cual plantea una enseñanza activa que para su desarrollo necesariamente debía estar en conexión con la investigación jurídica, Jorge Witker, *La enseñanza del Derecho* (México: Editora Nacional, 1975), 102 ss., también 152.

48 Arvizu, “La enseñanza de la Historia del Derecho...”, 496.

49 Manuel Calvo García, *Interpretación y argumentación jurídica*. Trabajos del Seminario de Metodología Jurídica, Vol. I (Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2000), 8.

carácter relativo de la norma. Pues es sabido que los frecuentes cambios en la legislación y en la jurisprudencia puede provocar en muchas materias que lo que se aprende un día no tenga validez al siguiente. En este sentido García y Eugenio dirán que “Los profesores de las asignaturas más actualizadas, y que las defienden a ultranza como las más progresistas, no se dan cuenta de que en realidad enseñan Historia del Derecho, porque en unos años será historia la información que están transmitiendo”⁵⁰. Todo ello con la finalidad de fomentar en los estudiantes la idea por la que se dice que “bellas son las cosas que se ven, más bellas las que se saben, pero las más bellas de todas son las que se ignoran”⁵¹.

La enseñanza puede y debe ser alegre y viva pues sin duda son los mejores reclamos en el interés del estudiante⁵². Y es que lo fundamental de la actividad docente no reside en los datos que se tratan de transmitir y mucho menos en los actuales tiempos, lo fundamental reside en la actitud vital que se les quiera transmitir⁵³. El principal fin de la enseñanza se encuentra en la formación de un criterio, en la construcción de una potencia de comprensión así como de una conducta⁵⁴. Como decía ya Miguel de Unamuno en su discurso de apertura del curso académico 1900-1901 en la Universidad de Salamanca, “(...) deber es del maestro en una disciplina cualquiera inspirar afición a ella en sus discípulos, hacerles amar su estudio”⁵⁵.

50 García y Eugenio, *Estudios...*, 21.

51 “*Pulchra quae videntur, pulchriora quae sciuntur, longre pulcherrima quae ignorantur*”. Se trata las palabras dichas por Niels Stensen, “un danés del siglo XVII a quien se deben hallazgos importantes en el ámbito de la anatomía humana y la cristalografía” citadas por el Premio Nobel de Física Isidoro Rasines, *Supermateriales 1996, Nuevas Revistas*, 48 (dic. 1996-enero 1997) 115 y que llegan recogidas por Rafael Navarro Valls, “Principios éticos y responsabilidad en el ejercicio de la función docente”, en *La Universidad y las profesiones jurídicas. Deontología, Función Social y Responsabilidad* (Madrid: Fundación Central Hispano, 1998), 113, nota 12 bis.

52 Citando a Juan Ramón Jiménez. Cfr. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “Acerca de la enseñanza de la Ciencia del Derecho Administrativo”, *Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho*, dirigido por J.J. Gil Cremades (Zaragoza: 1985), 174.

53 Guasp, “Como debe estudiarse...”, D-173.

54 Sánchez Agesta, “La Universidad...”, 223.

55 Cfr. Martín-Retortillo, “Acerca de...”, 173 donde recuerda las palabras de Unamuno. Es desde este prisma por el que se propone fomentar la actitud curiosa y crítica en el alumno vale la pena tener presentes las sugerencias que Guasp, en una conferencia pronunciada en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Murcia en la festividad de San Raimundo de Peñafort, les ofrecería a los estudiantes en cuanto a cómo se debe estudiar Derecho. En síntesis planteaba Guasp que la actividad del estudiante

A tal exacto las palabras de Juan Ramón Jiménez si bien las refiere al entorno de los maestros y sus discípulos son perfectamente extrapolables al ámbito docente universitario general:

“(...) el acuerdo es muy importante en la relación entre discípulo y maestro, ya que tanto se cultiva el maestro explicando, como el discípulo oyendo. La unidad de avance entre maestro y discípulo es el secreto más pródigo de la enseñanza. Si no existe esa unidad, poca ilusión puede haber en uno ni en otro; y si no hay ilusión en ellos, la enseñanza y el aprendizaje no existen. La ilusión, la alegría, la ambición, el amor son necesarios para la enseñanza correspondida y sin esas fuentes no es posible que despierte una vocación, ni es posible continuarla si se ha encontrado”⁵⁶.

Incluso llegaría a decir:

“(...) me atrevería a decir que es mucho más importante en una Universidad, despertar también ilusión en un discípulo, que exigirle perfección en los estudios que está practicando (...)”⁵⁷.

3.2. STAYING HUNGRY & STAYING FOOLISH⁵⁸

Mantenerse alerta, curioso y expectante es la actitud propuesta. No parece preciso abordar en las presentes páginas la *vexata quaestio*⁵⁹

debía ser “interesada”. Ello porque entiendo que no se produce un auténtico saber sin interés. Recuerda que el auténtico aprendizaje es el que es “activo” y que necesita el estímulo que proporciona el interés. El alumno debe ser “selectivo” a la hora de escoger tanto en los textos como en las explicaciones dadas lo que mejor respondan al espíritu de enseñanza al que estén avocados. Guasp, “Como debe estudiarse...”, D-174. En este sentido es especialmente explícito Guasp al decir que “(...) la posición de la segunda enseñanza, en que poco más o menos vamos llevados de la mano por nuestros maestros que nos acotan problemas y soluciones, al entrar por las puertas de la Universidad tiene que ser cambiada radicalmente”, sostiene que el alumno debe ser “radicalmente selectivo”, D-175.

⁵⁶ Cfr. Martín-Retortillo, “Acerca de...”, 173-174.

⁵⁷ Martín-Retortillo, “Acerca de...”, 174.

⁵⁸ Así finaliza el estimulante discurso de Steve Jobs en el discurso de Graduación en la Universidad de Stanford anteriormente citado. *Ut Supra* nota 3.

⁵⁹ José Manuel Pérez-Prendes, *Curso de Historia del Derecho Español* (Madrid: Universidad Complutense, 1989), 179. Al plantearse una aproximación científica a la disciplina histórico jurídica surge el tradicional debate en torno a la adscripción de la disciplina a la Historia o al Derecho el cual no vamos a abordar aquí. Sin embargo es importante recordar que, por más antiguo que pueda resultar dicho debate, su estudio resulta enriquecedor a fin de plantear una adscripción metodológica. En este sentido S. de Dios dirá que “Una vez conocidas las distintas tendencias histórico-jurídicas y analizadas las críticas de sus detractores, estaremos en mejores condiciones de proponer la orientación histórico-

considerada por algunos de “tautológica”⁶⁰ en torno a la adscripción de la Historia del Derecho a la Historia o al mundo jurídico ni a su concepto y objeto. Sin embargo, lo cierto es que si se trata de extender su objeto superando el plano estatal como plantean los postulados del Derecho Europeo se debe concretar claramente desde qué punto se parte.

La inscripción de la Historia del Derecho en la esfera de la Historia General o en la del mundo jurídico, como sabemos, implica necesariamente aceptar su carácter dual. Término utilizado por Escudero probablemente por su significado más conciliador que el carácter bifronte del que hablara Jesús Lalinde Abadía⁶¹ pues resulta consustancial a la disciplina histórico jurídica⁶². Un carácter dual que no enfrenta ambas ciencias⁶³.

Lo cierto es que la realidad del estudiante de Derecho y del estudiante universitario en general ha cambiado radicalmente desde los tiempos en que García-Gallo expresara su preocupación en torno al poco interés de la disciplina para los estudiantes⁶⁴.

El universitario actual desarrolla su actividad en el marco de una Europa institucional de la cual es ciudadano y cuya integración es, como sostienen algunos “milagrosa” e “irreversible”⁶⁵. El citado universitario, como ya se dijo, es bilingüe o tiende vertiginosamente a serlo y forma

jurídica que creemos más aceptable”. Salustiano de Dios, “El Derecho y la realidad social: reflexiones en torno a la Historia de las Instituciones”, *Historia, Instituciones y Documentos* 3 (1976): 191.

60 Gustavo Villapalos, *Prólogo* a Bruno Aguilera Barchet, *Introducción jurídica a la Historia del Derecho*, 2ª ed. (Madrid: Civitas, 1996), 16. En sentido parecido Bruno Aguilera Barchet, “Reflexiones sobre el concepto de Historia del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 9 (1991) 328.

61 Jesús Lalinde Abadía, “Hacia una Historia paralógica del Derecho”, *Historia, Instituciones, Documentos* 4 (1977): 317-353, 319-325.

62 Escudero, “Entendemos en fin que la Historia del Derecho es Historia, y como ciencia es histórica y jurídica. Y mejor que bifronte, como postula Lalinde, es decir, de dos caras o frentes, se nos antoja una ciencia intrínsecamente dual”, *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político-administrativas* (Madrid: Edisofer, 2003), 40.

63 En este sentido, algunos entienden que el enfrentamiento entre el Derecho y la Historia verdaderamente carece de un “sentido real” ello por entender que ambas ramas del saber no constituyen “categorías irreductibles”, Aguilera, “Reflexiones...”, 328.

64 Palabras con las que iniciábamos la presente reflexión. *Ut supra*, nota 1.

65 Bruno Aguilera, *Entre Estado y Nación. Sociedad, poder y derecho de la prehistoria a la integración europea* (París: Instituto de Estudios Internacionales, 2011), 444.

parte protagonista de la que se ha considerado como la *knowledge society*⁶⁶ concretada especialmente a través de la “Europa universitaria” esencialmente abanderada por la Declaración de Bolonia⁶⁷.

En este contexto a la Historia del Derecho, como le ha ocurrido al resto de las disciplinas científicas, también le han afectado los nuevos factores que han terminado por alterar decisivamente la realidad y la forma de aproximarnos al saber en general. Concretamente en la disciplina histórica jurídica actual se observa que los factores de “europeidad” y “globalización” han incrementado la tendencia en la aproximación a la disciplina histórico jurídica a verificarse a través de la virtualidad expansiva de la misma. Este carácter expansivo siempre ha singularizado a la Historia del Derecho, sin embargo, hasta ahora había tendido a mantenerse en gran medida contenido como anteriormente apuntábamos. Dicha virtualidad expansiva se posiciona ahora como un factor fundamental a la hora de proponer y desarrollar nuevos enfoques metodológicos integradores y no excluyentes que, sin prescindir de los tradicionalmente empleados, se muestran adecuados a los tiempos actuales y además resultan probablemente por ese mismo motivo muy atractivos para el actual jurista en su formación.

Llegados a este punto las palabras de Sánchez Agesta resultan adecuadas a la hora de tratar de explicar lo recientemente expuesto al decir que las innovaciones radicales pueden ocasionar “más daño por lo que destruyen que provecho con lo que construyen”⁶⁸. Por ello insistimos en el carácter continuista la presente propuesta metodológica aquí planteada, la cual encontró su principal valedor Koschaker⁶⁹.

66 Peter Drucker, “Knowledge-Worker Productivity: The Biggest Challenge”, *California Management Review* 41, nº 2 (1999): 79. <https://hbr.org/1992/09/the-new-society-of-organizations>. Acceso 20 de mayo de 2019.

67 Cuyo texto íntegro en inglés se puede consultar en: https://www.eurashe.eu/library/modernising-phe/Bologna_1999_Bologna-Declaration.pdf Acceso 20 de mayo de 2019. En castellano en “La integración del sistema universitario español en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior. Documento-Marco”, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Febrero 2003, 17-19, 17. Acceso 20 de mayo de 2019.

68 Sánchez-Agesta, “La Universidad...”, 232.

69 Cuya obra fundamental, en esta dirección, recogemos en la nota 5.

Tal propuesta encontraría seguimiento en un reducido pero prestigioso sector de la doctrina que ha trazado una estela que podría resultar conveniente continuar y desarrollar. Y es que en tal aproximación el planteamiento no es nuevo, sino que ya fue esgrimido principalmente y desarrollado entre otros por Riccardo Orestano, Giovanni Tarello, Antonio Padoa-Schioppa, Raoul Van Caenegem, Helmut Coing, Franz Wieacker, Paolo Grossi, Randall Lesaffer o en España el citado Alfonso García-Gallo, Rogelio Pérez-Bustamante, Romás Piña Homs, o más recientemente, Bruno Aguilera Barchet y Bart Wauters junto a Marco de Benito Llopis-Lombart⁷⁰. Nos referimos aquí a las propuestas que se proponen

70 De los cuales, sin ánimo de exhaustividad, recogemos su más significativa bibliografía en esta dirección: Riccardo Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* (Torino: librisaggi, 1953) y en edición revisada *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna: Il Mulino, 1987); Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna* (Bologna: Il Mulino, 1976); Antonio Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dall Medioevo all'età contemporanea* (Bologna: Il Mulino, 2007), 7ª Edición 2016 la cual está también traducida a inglés (Cambridge: Cambridge University Press: 2017); Raoul C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law* (Cambridge: Cambridge University Press: 1992); Helmut Coing, *Derecho Privado Europeo* (Fundación Cultural del Notariado de Madrid: 1996); Franz Wieacker, *Historia del Derecho...*; Paolo Grossi, *Europa y el Derecho* (Barcelona: Crítica, 2007); *De la codificación a la globalización del derecho* (Pamplona: Aranzadi, 2010); Randall Lesaffer, *European Legal History. A Cultural and Political Perspective* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012). Acerca de la Historia del Derecho Europeo en sus inicios a través del Max-Plank-Institut für Europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt dirigida por H. Coing ofrece un estudio Alfonso García-Gallo, "Cuestiones de Historiografía Jurídica" *Anuario de Historia del Derecho Español* 44 (1974): 743-764, 752 y ss.; Rogelio Pérez-Bustamante, *Los Estados de la Unión Europea. Historia política y constitucional* (Madrid: Librería Anticuaria Jerez, 1994); *Una visión histórica: La Constitución Europea de 2004* (Barcelona: Crítica, 2004); *Los Consejos Europeos, 1998-2001* (Madrid: Dykinson, 2006); *Historia política de la Unión Europea: 1940-1995* (Madrid: Edisofer, 2008); Román Piña Homs, *Fundamentos jurídicos de Europa. Apuntes para una Historia del Derecho europeo* (Palma: Edicions Cort, 2001); Bruno Aguilera Barchet, *Entre Estado...*; *A History of Western Public Law. Between Nation and State* (Heidelberg: Springer, 2015). Bart Wauters y Marco De Benito Llopis-Lombart, *Historia del Derecho en Europa* (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013); *The History of Law in Europe: An Introduction* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2017). Aparte de los citados en texto y sin ánimo de exhaustividad ofrecemos aquí una relación bibliográfica de interés que comparte esta aproximación metodológica: Manlio Bellomo, *L'Europa e il diritto Comune* (Roma: 1983); *Common Legal Past of Europe, 1000-1800* (Washington DC: The Catholic University of America Press, 1995); Harold J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983); Carlo Augusto Cannata, *Historia de la ciencia jurídica europea* (Madrid: Tecnos, 1996); Adriano Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 2 vols. (Milano: Giuffrè, 2005); John P. Dawson, *The Oracles of the Law* (Ann Arbor, Mich.: The University of Michigan Law School, 1968); Bruno De Witte y Caroline Forder, eds., *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education* (Deventer: Häftad Engelska, 1992); Jean Gaudemet, *Les naissances du Droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit* (Paris: Montchrestien, 2006); Martin Gebauer, *Grundfragen der Europäisierung des Privatrechts* (Heidelberg: Universitätsverlag. C. Winter, 1998); John Gilissen, *Introduction historique au droit. Esquisse d'une histoire universelle du droit. Les sources du droit depuis le XIIIe siècle. Eléments d'histoire du droit privé* (Brussels: Bruylant, 1979); Arthur S. Hartkamp, Martijn W. Hesslink, Ewoud Hondius, C Mak, Edgar Du Perron, *Towards a European Civil*

el mayor empleo del método comparado. Dicho método comparado que además comenzaba a plantearse su aplicación no sólo para abordar el estudio comparado de la Historia del Derecho de las naciones entre sí, sino extendiendo su metodología a lo largo del tiempo a fin de estudiar una realidad vigente y compararla con su análoga realidad en el pasado. Naturalmente, en estas propuestas metodológicas tienen cabida una aproximación metodológica desde un prisma histórico jurídico Europeo. Tales planteamientos parecen ser el siguiente paso que debe dar la disciplina e incluso pueda verse como la urgente reacción metodológica y docente que sirva de nexo con el estudiante bilingüe de la Unión Europea. Llegados a este punto parece adecuado recordar las palabras de García-Gallo:

“Lo que al jurista le interesa y exige a la Historia jurídica es que ésta le dé a conocer cómo se ha desarrollado el Derecho. Al jurista, normalmente, no le interesa el Derecho como mero fenómeno cultural en el marco de cada época, sino como el ordenamiento de la vida social. Por ello, cuando se dirige a la Historia del Derecho, lo que le pide es una explicación de cómo este ordenamiento ha llegado a formarse”⁷¹.

Con visión similar en el contexto de Europa Ortega y Gasset dirá que:

“Europa tiene que aprender en la Historia, no hallando en ella una norma de lo que puede hacer – la Historia no prevé el futuro- sino que

Code (Nijmegen: Kluwer Law International, 2011); Hans Hattenhauer, *Europäische Rechtsgeschichte*, 4ª ed. (Heidelberg: C.F. Müller, 2004); Antonio Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio* (Madrid: Tecnos, 2002); Tony Judt, *A History of Europe since 1945* (Londres: Oxford University Press, 2010); John M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1992); O. F. Robinson, T. D. Fergus, y W. M. Gordon, *European Legal History* (London: Oxford University Press, 2000); *An Introduction to European Legal History: Sources and Institutions*, 3º ed. (London: Butterworths, 2000); Jan Smits, *The Making of a European Private Law: Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System* (Oxford: : Intersentia Ltd., 2002); Peter Stein, *Roman Law in European History* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999); Thomas Glyn Watkin, *An Historical Introduction to Modern Civil Law* (Chicago: Aldershot, 1999); Alan Watson, *The Making of the Civil Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981); Gerhard Wesenberg y Gunter Wesener, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (Valladolid: Lex Nova, 1998); Heikki Pihlajamäki, Markus D. Dubber y Mark Godfrey, *The Oxford Handbook of European Legal History* (Oxford: Oxford University Press, 2018); John M., Zane, *The Story of Law*, 2ª ed. (Indianapolis: Liberty Fund Inc., 1998); Reinhard Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

⁷¹ García-Gallo, “Historia, Derecho...”, 24.

tiene que aprender a evitar lo que no hay que hacer; por tanto, a renacer siempre de sí misma evitando el pasado. Para eso nos sirve la Historia para libertarnos de lo que fue, porque el pasado es un *revenant* y si no se le domina con la memoria, refrescándole, él vuelve, siempre contra nosotros y acaba por estrangularnos”⁷².

Si entendemos que la Historia del Derecho juega un papel fundamental en la formación del jurista bien podemos concluir recordando las palabras del referenciado Guasp, al finalizar su discurso dirigido a los estudiantes y con la generosa intención de estimular su prurito universitario, les regala la siguiente reflexión:

“A mí me recuerda la ciencia del Derecho actual a una rica heredera que tiene muchos pretendientes, que todos van tras su dinero y ninguno tras su corazón. Vosotros habéis venido a la Facultad de Leyes pensando el rendimiento profesional grande que al Derecho se le puede obtener. Pero ¿No habrá entre vosotros ninguno que aspire al corazón de vuestra esposa futura? Si lo hay, y en la medida en que lo haya yo le digo: ¡Bienvenido, amigo!”⁷³.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilera Barchet, Bruno. *Introducción jurídica a la Historia del Derecho*, 2ª ed. Madrid: Civitas, 1996.
- . “Reflexiones sobre el concepto de Historia del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 9 (1991): 299-378.
- . *Historia y Derecho, Manual de iniciación* (I). Barcelona: Hurope, 1999.

⁷² Ortega y Gasset, *Historia como...* 71.72.

⁷³ Guasp, “Como debe estudiarse ...”, D-176-177, D-184.

- . *Estado y Derecho en España. Un ensayo de historia comparada. I. Las bases: de los orígenes al año 711*. Madrid-París: Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, 2010.
- Alvarado Planas, Javier. “La Historia del Derecho ante el siglo XXI”, *Anuario de Historia del Derecho Español* 71 (2001): 621-687.
- Alvarado Planas, Javier; Dolores del Mar Sánchez González; Regina María Pérez Marcos y Jorge J. Montes Salguero. *Lecciones de Historia del Derecho y de las Instituciones*, T. I. Madrid: Universidad Nacional a Distancia, 2002.
- Arvizu y Galarraga, Fernando de. “La enseñanza de la Historia del Derecho: reflexiones en busca de una polémica” *Anuario de Historia del Derecho Español* 58 (1988): 491-498.
- Bloch, Marc. *Introducción a la Historia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1992.
- Capella Hernández, Juan Ramón. “La crisis actual de la enseñanza del derecho en España”. En *La enseñanza del Derecho. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho*, dirigido por Juan José Gil Cremades, 23-42. Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 1985.
- Coing, Helmut. *Las tareas del historiador del Derecho. Reflexiones metodológicas*. Traducido por A. Merchan. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977.
- . *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado de Madrid, 1996.
- Dios, Salustiano de. “El Derecho y la realidad social: reflexiones en torno a la Historia de las Instituciones”. *Historia, Instituciones y Documentos* 3 (1976): 189-222.
- Escudero, José Antonio. “Derecho y tiempo: dogmática y dogmáticos”. *Anuario de Historia del Derecho Español* 40 (1970): 269-286.

- . *Curso de Historia del Derecho, Fuentes e Instituciones Político-administrativas*. Madrid: Edisofer, 2003.
- García-Gallo, Alfonso. "Historia, Derecho e Historia del Derecho". *Anuario de Historia del Derecho Español* 23 (1953): 5-36.
- . "Cuestiones de Historiografía Jurídica". *Anuario de Historia del Derecho Español* 44 (1974): 743-764.
- . *Manual de Historia del Derecho español*, Tomo I. Madrid: A.G.E.S.A., 1971.
- García Garrido, Manuel Jesús y Eugenio, Francisco. *Estudios de Derecho y Formación de Juristas*. Madrid: Dykinson, 1988.
- Gibert, Rafael. "Concepto de la Historia del Derecho español". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura* 4 (1947): 305-344.
- Gómez de la Serna, Pedro. *Prolegómenos del Derecho*. Madrid: Librería de Sánchez, 1887.
- Grossi, Paolo. *Europa y el Derecho*. Barcelona: Crítica, 2007.
- . *De la codificación a la globalización del derecho*. Pamplona: Aranzadi, 2010.
- Lalinde Abadía, Jesús. "Hacia una Historia paralógica del Derecho". *Historia, Instituciones, Documentos* 4 (1977): 317-353.
- Meilán Gil, José Luis. *Los planes universitarios de enseñanza en la España contemporánea*. Madrid, 1970.
- Navarro Valls, Rafael. "Principios éticos y responsabilidad en el ejercicio de la función docente". En *La Universidad y las profesiones jurídicas. Deontología, Función Social y Responsabilidad*, 107-122. Madrid: Fundación Central Hispano, 1998.
- Guasp, Jaime. "Como debe estudiarse el Derecho". *Anales de la Universidad de Murcia* 16/3-4 (1957-1958): 173-184.

- Orestano, Riccardo. *Introduzione allo studio storico del diritto romano*. Torino, 1953. En edición revisada *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bologna: Il Mulino, 1987.
- Ortega y Gasset, José. *Historia como sistema*. Madrid: Revista de Occidente, 1966.
- Padoa-Schioppa, Antonio. *Storia del diritto in Europa. Dall Medioevo all'età contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 2007. 7ª Edición, 2016, versión en inglés por Cambridge University Press, en 2017.
- Pérez-Prendes y Muñoz de Arraco, José Manuel. *Curso de Historia del Derecho Español*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1989.
- . *Historia del Derecho Español*, Vol. 1. Madrid: Universidad Complutense, 2004.
- Sánchez, Galo. *Curso de Historia del Derecho. Apuntes*. Madrid: Editorial Reus, 1975.
- Tarello, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.
- Tomás y Valiente, Francisco. *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid: Tecnos, 1979.
- Koschaker, Paul. *Die Krise des römischen Rechts und die romantistische Rechtswissenschaft*. München, Berlin: Beck, 1938.
- . *Europa und das römische Recht*. Traducido por J. Santa Cruz. Madrid, 1955.
- Vallet de Goytisolo, Juan B. *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*. Madrid: Montecorvo, 1982.
- Wieacker, Franz. *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*. Granada: Comares, 2000.

Gabriela Cristina Cobo del Rosal Pérez
Área de Historia del Derecho
Departamento de Ciencias de la Educación,
Lenguaje, Cultura y Artes, Ciencias Histórico-Jurídicas
y Humanísticas y Lenguas Modernas
Universidad Rey Juan Carlos
Paseo de los Artilleros s/n
28032 - Vicálvaro – Madrid
gabriela.cobodelrosal@urjc.es
<https://orcid.org/0000-0001-8515-4743>



**LA NATURALEZA Y LAS FASES DEL INFORME DE
LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL**

***THE NATURE AND PHASES OF THE BANKRUPTCY
ADMINISTRATION REPORT***

TOMÁS CUÉLLAR MONTES
Universidad de Extremadura

Recibido: 13/02/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

El informe de la administración concursal es un documento en el cual se plasma toda la información necesaria del concurso, en el aparecen el inventario de los bienes y la lista de los acreedores, pero este documento no es estático, sino que evoluciona con el tiempo, estando sujeto a plazos hasta llegar a su versión definitiva, a la que se llega después de hacer las correspondientes modificaciones en el inventario y en la lista de acreedores. Este informe es fundamental para que se alcancen los fines del concurso. Con este artículo se pretenden analizar las características de esta obligación legal, y las distintas fases por la que va pasando su elaboración.

Palabras clave: administración concursal, inventario y lista de acreedores, fases del procedimiento, modificaciones del inventario y de la lista de acreedores.

ABSTRACT

The bankruptcy administration report is a document that contains the whole information about the bankruptcy procedure, it contains the inventory and the list of creditors, but that document don't remains the same along the time, rather than that, it evolves, being subject to time frames, until it reaches it's final

versión, after the modifications of the inventory and the list of creditors. This report contains everything crucial for attaining the goals of the bankruptcy procedure. This article analyse the characters of this legal obligation, and the different phases of it's making.

Keywords: bankruptcy administration, inventory and list of creditors, phases of the procedure, modifications of the inventory and list of creditors.

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *Naturaleza y plazos del informe.* 3. *Fases del informe:* 3.1. *Fase previa;* 3.2. *Fase de presentación del informe inicial;* 3.3. *Fase de impugnación del informe;* 3.4. *Fase del informe final del concurso.* 4. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

De entre las funciones orgánicas¹ de la administración concursal, podemos entender que la elaboración del informe concursal es sin duda la tarea por antonomasia, dado que con esta concluye la fase común². Pero al mismo tiempo, expone de forma clara las informaciones más relevantes para quienes forman parte de este procedimiento en la medida que expone un reflejo fiel de la composición de las masas activa y pasiva y al mismo se le une un “escrito”, en expresión de la norma³. En él se pone de manifiesto la evaluación que la administración concursal realiza de las propuestas de convenio. Además, para el caso de que se estime la necesidad de liquidar, se expone el plan de liquidación. En definitiva, tanto en un caso como en otro los administradores exponen su parecer sobre lo que ha de hacerse, bien entendido, que a todo lo anterior se una también una valoración de la empresa y de las unidades productivas que la integran en ambos supuestos.

1 Jesús Conde Fuentes, “La impugnación de inventario y de la lista de acreedores (provisional y definitiva)”. *Revista General de Derecho Procesal* 33 (2014), https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=414527

2 Francisco José Alonso Espinosa, “El informe de la administración concursal: un intento de clarificación sistemática”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 19 (2013): 101.

3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE, núm. 164 de 10 de julio de 2003), art. 75.

De todo lo expuesto, se puede entender fácilmente que se trata del documento más importante para un acreedor (no lo es menos para el concursado), dado que a la vista de lo expuesto podrá empezar a figurarse cómo va a ver satisfechos sus créditos, en el caso de que esto sea posible o, por el contrario, como se va a liquidar la empresa; lo que en principio le va a indicar en cuánto va a ver satisfechas las deudas pendientes.

Además, tanto en el caso de la masa activa, en la cual aparecen reflejados tanto el inventario como el avalúo de los bienes del concursado, como en el caso de la masa pasiva, en la cual aparecen tanto la lista de acreedores como la clasificación de sus créditos, nos encontramos ante la piedra de toque de este procedimiento⁴. Lo que es más importante, desde el punto de vista práctico, el origen de una buena parte de las controversias que puede generar un concurso de acreedores.

2. NATURALEZA Y PLAZOS DEL INFORME

Estamos ante una obligación legal para los administradores, como aparece recogida en el artículo 33 de la ley concursal⁵. Pero debemos entender que aquí no estamos ante un informe, entendido como los informes que los administradores sociales presentan a las juntas generales de las sociedades, en las que en el caso de las cuentas, éstas deben sujetarse a normativas contables. En este caso, es la normativa del concurso la que en el art. 75 establece los contenidos del informe; por tanto, sus contenidos deben sujetarse a lo previsto en la norma concursal.

Se trata además de un documento con múltiples destinatarios, entre ellos y como figura señera, el juez del concurso, que en definitiva será el que garantice que el órgano de administración concursal ha cumplido

4 Rafael Gimeno-Bayón Cobos y Jacinto Gimeno Valentin-Gamazo, “Algunas cuestiones sobre la comunicación de créditos concursales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* 12 (2010): 219-253.

5 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE núm. 164 de 10 de julio de 2003), art. 33.1.e “Presentar al juez el informe previsto en el artículo 75.”

correctamente sus obligaciones. Además, están el resto de los interesados a los que también se destina este informe, empezando por el concursado/a y su cónyuge, sus socios y acreedores, sin olvidar aparceros y arrendatarios de bienes del concursado y así un largo etcétera de quienes tengan una relación con él y sus bienes.

De la obligación de presentar el informe, nace como no podía ser de otra manera, la necesidad de emplazar este mandato, y aquí la ley distingue entre dos plazos el correspondiente al concurso ordinario y el aplicable al concurso abreviado. En el primer caso, estamos hablando de un plazo de dos meses⁶ y en el segundo, de un plazo de 15 días⁷. El inicio de estos períodos comienza a partir de la fecha de aceptación del cargo por el administrador y en el caso de que haya dos administradores, a partir de la aceptación del último de ellos.

Los administradores tienen un plazo de cinco días para aceptar el cargo, a partir del momento en que les sea comunicado el nombramiento, esto viene a paliar la práctica que existía en la antigua ley de suspensión de pagos⁸, consistente en que los interventores judiciales demoraban la aceptación del cargo, como manera de ganar tiempo a la hora de elaborar el dictamen, y así evitaban el incumplir los plazos de presentación⁹.

No debemos olvidar que, como paso previo, existe un período de alegaciones anterior a la formulación del informe que trata de evitar errores en el informe en la medida en que permite a los acreedores durante un período de tres días, realizar alegaciones sobre aspectos no jurídicos¹⁰. Esta obligación lleva aparejadas responsabilidades ya que la inactividad de la administración del concurso puede acarrear la exigencia de las correspondientes responsabilidades con el cese en el cargo, así como la

6 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE núm. 164 de 10 de julio de 2003), art. 74.1

7 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE núm. 164 de 10 de julio de 2003), art. 191.1

8 Ley de 26 de julio 1922, de Suspensión de pagos. (GACETA de 14 de septiembre de 1922)

9 Jorge Noval Pato, *El informe de la administración concursal* (Madrid: La Ley, 2008), 67

10 Alonso Espinosa, "El informe...", 105.

imposibilidad de cobrar los honorarios pendientes incluyendo la devolución de los percibidos¹¹.

Sin embargo, la complejidad de los informes y el volumen de datos que supone en muchos casos su elaboración han obligado al legislador a establecer períodos de prórrogas tanto en el caso del concurso ordinario como en el caso del concurso abreviado. Para el concurso ordinario se establece un primer período de prórroga que será por dos meses máximo y a criterio del juez, previa petición que hará la administración concursal. Esto siempre que sea hecha antes del vencimiento del plazo inicial de 2 meses, y que deberá fundamentarse en la existencia de circunstancias excepcionales; aunque con una particularidad, que no es otra que a los administradores concursales que tengan tres o más concursos en tramitación no podrán solicitarla salvo alegando causas ajenas a su ejercicio profesional.

El legislador intenta evitar que estos profesionales aleguen de manera habitual el volumen de trabajo o la insuficiencia de recursos materiales o humanos, como consecuencia del volumen de trabajo. Por lo tanto, quedan así en este caso limitadas estas peticiones a cuestiones de fuerza a mayor o de índole personal¹². En el caso del concurso abreviado la prórroga del plazo de presentación del informe será de quince días hábiles y deberá fundamentarse la petición en razones objetivas.

En el caso del concurso ordinario, a esa primera prórroga le es acumulable otra prórroga más, previa petición de la administración

11 SAP LU 446/2013 del 20 de junio de 2013 “CUARTO.- Como quiera que la consecuencia jurídica prevista en el art. 74.3 de la Ley Concursal encierra una sanción cual es la pérdida de la remuneración (el trabajo se habría realizado, pero la extemporaneidad comportaría la sanción de la pérdida al derecho a su cobro), para poder establecer la misma tendría que acreditarse la concurrencia del supuesto de hecho, y de lo expuesto no puede apreciarse así, antes al contrario, se desprende indiciariamente que si el plazo vencía el 10 de febrero de 2012 y el informe se presenta el 3 de febrero, el mismo se evacua dentro del plazo de la prórroga. Por otra parte, no puede ir la Sala más allá de la diligencia final ya acordada, pues ello comportaría perderla imparcialidad objetiva que corresponde al Tribunal en una cuestión no sometida al interés público sino al interés privado de las partes contendientes en plano de igualdad. En definitiva, ante la falta de acreditación de la existencia indebida de varias prórrogas, y de la presentación extemporánea del informe de la Administración Concursal, se está en el caso de confirmar la sentencia apelada”.

12 Alonso Espinosa, “El informe...”, 104.

concurzal y siempre por decisión del juez del concurso, debiendo darse una circunstancia, que es la existencia de un número de acreedores superior a dos mil. En caso de ser concedida, el juez fijará la duración de la misma, que en ningún caso superará los cuatro meses¹³.

3. FASES DEL INFORME

3.1. FASE PREVIA

Me he referido anteriormente a la obligación legal¹⁴ por parte de la administración concursal de comunicar extraoficialmente, partes del informe, concretamente tanto de la lista de acreedores, como del proyecto de inventario, si bien en mi opinión, hubiera sido mucho más interesante haber calificado a ambos de “*proyecto de informe*”, en la medida que se trata de formulaciones, que precisamente se someten a esta información, al objeto de depurarlas.

Se trata esta de una obligación introducida en la reforma de 2011¹⁵ y sugerida por la doctrina¹⁶, y que sin duda obedece a una necesidad de evitar un río de impugnaciones como consecuencia de errores aritméticos y omisiones, que antes de esta reforma solo podían resolverse por medio de impugnaciones, lo que en la práctica dilataba enormemente el procedimiento, ya que era necesario resolver todas estas cuestiones para poder llegar al informe definitivo y por tanto, parecía aconsejable que

13 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE núm. 164 de 10 de Julio de 2003), art. 74.3.

14 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE núm. 164 de 10 de Julio de 2003), art. 95 1. “La administración concursal, con una antelación mínima de diez días previos a la presentación del informe al juez, dirigirá comunicación electrónica al deudor y a los acreedores que hubiesen comunicado sus créditos y de los que conste su dirección electrónica, informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, estén o no incluidos en la misma. La misma comunicación se publicará en el Registro Público Concursal. Los acreedores podrán solicitar a la administración concursal, igualmente por medios electrónicos, hasta tres días antes de la presentación del informe al juez, que se rectifique cualquier error o que complementen los datos comunicados. La administración concursal dirigirá igualmente por medios electrónicos una relación de las solicitudes de rectificación o complemento presentadas al deudor y a los acreedores, la cual será también publicada en el Registro Público Concursal”.

15 Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011) Art. 95.

16 Noval, *El informe ...*, 220.

fuera la propia administración, la que a instancias de los afectados corriera estos defectos. No aparecen claramente en el texto de la ley, las consecuencias que pueden acarrear a los administradores el incumplimiento de esta obligación, más allá, de la que se puedan derivar de eventuales reclamaciones exigiendo su responsabilidad civil por los perjuicios dimanantes de esta falta de actividad.

De manera a mi juicio novedosa, tanto las informaciones a los acreedores como la formulación de alegaciones se hace manera electrónica y una vez resueltas por la administración concursal, son comunicadas a los acreedores a su dirección de correo electrónico¹⁷, siempre que esta conste, independientemente del inserto que se hace en el Registro Público Concursal.

En definitiva, los administradores deben en función de la diligencia que les es exigible, proceder a las correcciones o por el contrario rechazarlas, pero de manera motivada, ahora bien, es necesario a la hora de entender la manera de llevar a cabo estas subsanaciones, que del tenor literal del precepto se deduce que estas están referidas necesariamente a errores sobre créditos de los que no solo han sido ya comunicados en tiempo y forma, sino que además, se trata de créditos sobre los que la administración tiene documentación (en el texto legal se usa la expresión datos comunicados). Lógicamente y a tenor de lo ya dicho, no cabe usar esta fase para la comunicación de nuevos créditos.

3.2. FASE DE PRESENTACIÓN DEL INFORME INICIAL

En este caso nos encontramos ya ante el cumplimiento efectivo de la obligación legal que la administración tiene de presentar el informe al juez, asunto este que es notificado a las partes personadas y publicado en el Registro Público Concursal. Es necesario entender que en realidad la

¹⁷ Esta disposición ha sido redactada en 2015 dentro de las reformas que introdujo la Ley 9/2015, de 25 de mayo, (BOE núm. 125 de 26 de mayo de 2015) de medidas urgentes en materia concursal.

notificación es no tanto con la idea de facilitar a las partes una copia del documento, como el poner en su conocimiento que efectivamente se ha puesto a disposición de S.S^a el informe, y esto es así, en la medida que la norma establece que las partes obtendrán copias a su costa, de lo que se deduce que no se les facilita, si bien es cierto que en uso de las facultades que le atribuye al juez el artículo 95.3, el juez podría ordenar su publicación, en este caso en la página web de la sociedad, o en otro medios que se estimaran convenientes.

3.3. FASE DE IMPUGNACIONES DEL INFORME

Las acciones de impugnación se limitan por ministerio de la ley exclusivamente a dos elementos; el inventario y la lista de acreedores.

La impugnación del inventario tan solo puede ir a la inclusión¹⁸ o exclusión de bienes o derechos, o a obtener el aumento o la disminución en el avalúo de los mismo. El avalúo debemos entenderlo en un sentido amplio, en la medida en que se han de incluir las acciones de impugnación sobre otras cuestiones que tienen influencia en los bienes, como puede ser el caso de datos registrales, o la existencia de derechos reales, lo cual lleva implícitamente, que mediante la impugnación puede solicitarse la modificación en la valoración del avalúo que figure en el inventario¹⁹.

Además de lo ya expuesto en materia de inventario conviene no olvidar que también es objeto de impugnación la lista de acreedores, donde se discute no solo la inclusión o exclusión de los créditos, sino que

18 STS 430/2014, de 24 de julio de 2014”En cuanto al avalúo que se solicita señaló que es un deber de la AC y a ella corresponde destacar las características de la finca a tenor del art. 82.3 LC. En cuanto a la inclusión de las fincas, una de ellas con doble inmatriculación (local almacén y local comercial), señala que parece evidente que existe una cierta descoordinación entre el inventario y el plan de liquidación que se ha presentado, discordancia que impone su rectificación; y en cuanto a la omisión de las dos fincas, por el hecho de no ser fincas registrales, es contrario al art. 76 LC que establece que la masa activa está formada por bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor. La inmatriculación registral de las fincas, dice, es optativa en nuestro sistema registral, lo que puede afectar a la valoración de las mismas, pero en absoluto a su existencia, por lo que declara que procede incluirlas en el inventario. Por todo ello consideró que las tres fincas debían incluirse en el inventario, sin perjuicio de la valoración que le atribuya la administración concursal”.

19 Noval, *El informe ...*, 200.

además se discute su correcta clasificación²⁰ y su cuantía. Si bien algunos créditos están específicamente excluidos del ámbito de la impugnación, ya que deben estar incluidos obligatoriamente en la lista de acreedores, en este caso será la actividad de la propia administración concursal la que deberá en procedimientos fuera del ámbito concursal impugnar estos créditos²¹.

Finalmente, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad por parte del juez, de incluir créditos no contemplados en la lista de acreedores, por no haber sido comunicados oportunamente, lo cual va más allá de la mera corrección de errores, que en un principio parecía ser el fin de este procedimiento²².

Es interesante comprobar la legitimación activa y pasiva en este caso. Cuando se trata de legitimación activa, el artículo 96.1 establece dos categorías de legitimados; por un lado, las partes personadas en la sección

20 STS 372/2018, de 20 de junio de 2018“Esta cuestión ha sido abordada en varias sentencias de este tribunal, entre otras, las citadas sentencias 629/2015, de 17 de noviembre, y 630/2015, de 18 de noviembre. En ellas afirmamos que el swap no es un contrato que produzca obligaciones recíprocas entre las partes sino obligaciones para una sola de las partes en cada una de las liquidaciones previstas, sin perjuicio de que el riesgo sea bilateral y por la aleatoriedad propia de este contrato puede que la parte para la que surgen obligaciones no sea la misma en todas las liquidaciones.

Por tal razón, es doctrina jurisprudencial que «los créditos derivados de contratos de permuta financiera en que el deudor se encuentre en concurso son créditos concursales y no contra la masa, con independencia de que se hayan devengando antes o después de la declaración de concurso”.

21 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE núm. 164 de 10 de julio de 2003) Art. 86.2 “Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. No obstante, la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el artículo 53.2, y la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, así como, a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos”.

22 STS 3384/2011 de 13 de mayo de 2011. “Sin embargo, es evidente que la regla primera del artículo 92, además de referirse a los créditos “comunicados tardíamente [...]incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores”, se refiere a los que, “no habiendo sido comunicados oportunamente”, puede incorporar a dicha lista “el Juez al resolver sobre la impugnación “de la misma. Con lo que abre al intérprete una segunda posibilidad: la de entender que los créditos pueden ser incluidos en la lista por el Juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes - y, claro está, no resultaren de los libros o documentos del deudor ni constaren en el concurso de otro modo. Esta segunda es la interpretación que nos parece la adecuada”.

cuarta del concurso, pero además incluye una categoría indefinida, a la que califica como “*demás interesados*” que incluye a todo tipo de acreedores²³, y que la propia jurisprudencia ha venido matizando considerándola en un primer momento de una manera muy amplia²⁴ en y que posteriormente ha matizado en el sentido de que debe tratarse de un interés propio, y que en nada incluye a un interés abstracto, como podría ser un interés en que los informes sean realizados correctamente, es decir es necesario que exista un nexo de causalidad. Bien es cierto que ese nexo causal sí admite interpretaciones curiosas; así Noval Pato pone el ejemplo de los trabajadores de una empresa que impugnan el inventario o la lista de acreedores al objeto de evitar, que los errores puedan perjudicar una posible recuperación de la empresa²⁵.

Entre los legitimados cabe preguntarse el caso del deudor y el de la administración concursal. En el caso del deudor, es obviamente una parte en el procedimiento y existen pronunciamientos en este sentido²⁶;

23 Conde Fuentes, “La impugnación de inventario...”.

24 Sentencia Civil Nº 595/2007, Juzgados de lo Mercantil - Bilbao, Sección 1, de 19 de diciembre de 2007 “El art. 96.1 LC permite que quien tiene un interés en la formación de las masas del concurso, particular y ajeno al concurso, pero relacionado con él, pueda discutirlos a través del cauce del incidente concursal, aunque no sea acreedor o deudor del concurso. Quien se pretende propietario de un bien incluido en la masa activa, el cónyuge del concursado, los obligados solidariamente con aquel a responder frente a acreedores comunes, pretendidos acreedores excluidos del informe que formalmente no tienen por ello la cualidad de tales, terceros que podrían verse afectados por las acciones rescisorias que se insinúan en el informe, posibles cesionarios de créditos, personas especialmente relacionadas, el propio concursado según la SAP Madrid, Secc. 28ª, 15 febrero 2007, AC 2007\948, e incluso, según alguna doctrina (Cazquez Albert), la propia administración concursal cuando percibe errores que deben rectificarse, son entre otros, posibles interesados que tienen legitimación en atención a su interés particular. En este caso el adquirente de un bien que era de la concursada, gravado con una hipoteca por un crédito contra la concursada que ostenta un tercero, tercero que según la administración concursal podría ser persona especialmente relacionada con el concursado, tiene interés, particular pero legítimo, en la calificación de dicho crédito, colmando la condición de “interesado” del art. 96.1 LC. Su interés, particular sin duda, tiene que ver con la subsistencia o no de la hipoteca, que podría comprometerse por la calificación como subordinado el crédito del acreedor hipotecario. En el caso de los ex trabajadores su interés deriva de que a través de una sociedad son en la actualidad inquilinos de la finca. Por lo tanto, todos ostentan un interés que merece la consideración de legítimo”.

25 Noval, *El informe...*, 199.

26 AAP A 97/2012 de 24 de mayo de 2012 “Lo que se debate es si la concursada está legitimada, al amparo del artículo 96-1 de la Ley Concursal, para impugnar la lista de acreedores con independencia de su sentido, es decir, al margen de si dicha impugnación se pretende, como parece lo más lógico, negar la condición de acreedor a alguno de los reconocidos por la Administración concursal, discrepar, por exceso de la cuantía de algún crédito o de la más privilegiada calificación reconocida o si, por el contrario, también se pretendiera mejorar el status de un acreedor bien mediante su reconocimiento, bien en relación al crédito reconocido. Es decir, se debate si la

sin embargo, estas impugnaciones deben siempre mirarse desde la perspectiva del interés legítimo, pues a veces puede detectarse que por parte

legitimación del deudor concursado para impugnar la lista de acreedores lo es sólo en sentido defensivo frente al acreedor, a la masa pasiva, pretendiendo siempre su reducción o si, por el contrario, cabe entender que el deudor está legitimado en todo caso y por tanto también para velar por la adecuación de la lista de acreedores a la realidad contractual a la que está vinculado, aunque ello suponga un incremento de la masa pasiva.

Pues bien, entendemos que dicha legitimación, cuando de la concursada se trata, debe entenderse en sentido amplio. En dos razones apoyamos dicha afirmación. En primer lugar, en el hecho de que la legitimación se describa como la aptitud del sujeto activo o pasivo del proceso para iniciar o soportar la acción al tener una relación directa con el objeto litigioso o de la relación jurídica controvertida - art 10 LEC -. Es verdad que tal concepto de legitimación no coincide con el concepto de interés, que deriva no sólo de la relación del sujeto con el objeto del proceso sino de una relación con la pretensión con determinadas características, básicamente, como señala el Juzgador, vinculadas a la obtención de una ventaja. Afirma el apelante que anudar legitimación e interés supone incorporar a las condiciones del impugnante del informe un requisito no exigido por la ley, generando una suerte de jerarquía en relación a la impugnación del informe que extrapola el requerimiento legal. Sin embargo entiende el Tribunal que no hay tal dicotomía en el artículo 96-1 de la Ley Concursal ya que el interés forma parte de la legitimación como factor que contribuye a entender que la legitimación está más restringida, con carácter general, en el proceso concursal por sus propias características de defensa de una pluralidad de créditos que han de coordinarse en relación a un único y común deudor, legitimación que el legislador ha querido anudar a un vínculo más estrecho entre la situación del personado y el objeto procesal o pretensión deducida. Pero el que pueda afirmarse la necesidad de un interés jurídico que derive precisa y directamente de la relación jurídica contenciosa, no implica desvincular la base del negocio fuente de aquella en aras a un objeto distinto cuando, reconociéndose legitimación, el sujeto sí quede vinculado por la decisión judicial porque, de ser así, resulta evidente su interés legítimo.

De este modo, sin alterar las condiciones básicas de la legitimación que se confiere cuando se da la relación a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sí se acota a las condiciones propias del proceso concursal, tal vinculación, evitando litigiosidad sin verdadera afinidad con el litigante. La consecuencia de cuanto se indica es que no puede negarse interés al concursado en la impugnación por la exclusión de un acreedor, porque, primero, formula pretensión en el marco de una relación en la que el concursado es parte, segundo, el objeto específico de la impugnación recae sobre un acreedor reconocido como tal en el listado aportado en su día por el deudor, conforme a lo previsto en el artículo 6-2-4º de la Ley Concursal y, tercero, tal acreedor presunto tiene una especial relación con la concursada, de la que es socio relevante del deudor al punto que en el listado de acreedores presentado por la deudora se había calificado, al amparo del artículo 93 de la Ley Concursal, como acreedor subordinado, al ser socio con más del 10% de las acciones de la misma. La segunda razón que apoya la legitimación del concursado trae razón de ser en la relación existente entre la masa pasiva y el concurso - art 49 LC - y entre la masa pasiva y el deudor al que se le imponen específicos deberes - art 6, 42, 45 LC - destinados a una completa y veraz determinación de las masas, relaciones que sí hacen extrapolar el interés de la exactitud y veracidad de la masa pasiva, por quedar conectado con el fin mismo del concurso, hasta alcanzar la categoría de interés/deber específico del deudor en la exactitud de la determinación de las masas. En conclusión, la legitimación en la impugnación de la lista de acreedores deviene ineludible en la parte concursada ya que al formalizar su pretensión frente a la lista de acreedores para que se incluya, con una determinada calificación, un crédito, además de dar cumplimiento, por otros mecanismos, a sus deberes de información, lo que solicita es una sentencia que, en relación a un derecho de crédito propio y a una determinada situación jurídica -la que dimana del listado de acreedores-, modifique la misma en base a la relación crediticia que mantiene con el acreedor y por tanto, a que la lista de acreedores revista veracidad, completud y exactitud y en ello no sólo hay genérica legitimación sino evidente interés”.

del deudor se atienden a otros intereses en perjuicio de los demás acreedores²⁷.

En lo tocante a la administración concursal, es obviamente parte en el concurso, pero no para impugnar su propio informe, situación está ciertamente rocambolesca, ni siquiera cuando el interés legítimo sea la corrección de sus propios errores²⁸.

En lo tocante a la legitimación pasiva, esta deberá dirigirse contra la administración concursal, que es la autora del informe, contra el concursado (la mayor parte de las veces) y contra aquellos acreedores a los que afecta directamente la impugnación en tanto parte de un "*litis consorcio pasivo necesario*". Sobre este último asunto ni la doctrina ni la jurisprudencia son pacíficas²⁹, y hay pronunciamientos a favor y en contra, en la medida, que existen quienes sostienen que la legitimación pasiva no debe entenderse aplicable a cualquiera por el mero hecho de que pueda perjudicarse por estimarse una impugnación, ya que genéricamente la administración concursal como parte demandada defiende la veracidad y exactitud del informe y por tanto defiende los intereses de todos los acreedores reconocidos³⁰, pero al mismo tiempo existen resoluciones

27 SAP MU 300/2013, de 31 de enero de 2013.

28 SAP Z 2077/2007 de 17 de diciembre de 2007 "Respecto a la "autoimpugnación" del propio informe, la cuestión resulta dudosa. Ciertamente quenada dice la ley de forma expresa ni a favor ni en contra de dicha impugnabilidad por la autora del mismo. La estructura de la mecánica concursal parece dar a entender que la A.C. tiene encomendada una misión como órgano del concurso y que ha de realizar dentro de unas formas y unos plazos. Es su actividad la que puede ser jurídicamente atacada por los "interesados" que no coincidan con los criterios y decisiones de la A.C. La "autoimpugnación" de su propio informe, más parecería una anulación parcial de oficio con audiencia de interesados. Considera esta Sala que la A.C. no está dentro del concepto de "interesado" a que se refiere el Art. 96 de la Ley Concursal. Carecería de sentido toda la redacción legal relativa a traslados y comunicaciones, innecesarios cuando el "interesado" es el propio emisor del informe. Es verdad que la Ley Concursal no prevé ningún mecanismo de corrección "de oficio" de las ausencias del informe. Pero también hay que entender que toda ley procedimental, o en los preceptos de carácter instrumental, se recogen unas pautas de "forma" y "tiempo" imprescindibles para la seguridad jurídica que, no olvidemos, es un principio constitucional (art. 9-3 de la C.E.). La función de la A.C. respecto al "informe", determinación de la Masa Activa y Pasiva concluye con la presentación del "informe" al juzgado en el plazo y forma que estipulan los Arts. 74 y 75 de la Ley Concursal. A partir de ahí, los desacuerdos los podrán manifestar quienes no elaboraron dicho informe".

29 Laura Ruiz Monge y Luis Franco Betegón "La legitimación pasiva en la demanda incidental de impugnación del informe de la administración concursal", *Diario La Ley* nº 7466 (2010)

30 SAP B 15815/2004 de 13 de octubre de 2004 "El recurso del Ayuntamiento de Girona se basa, en síntesis, en la innecesariedad de su llamada al litigio. Cierto es que la súplica de la demanda no

jurisprudenciales que consideran a todos los acreedores legitimados pasivamente, simplemente por el mero hecho de serlo³¹.

Existe, además, la posibilidad de que el resto de partes personadas en el concurso puedan intervenir en los incidentes como coadyudantes³².

3.4. FASE DEL INFORME FINAL DEL CONCURSO

El art. 96.5 de la Ley concursal establece la obligación de la administración concursal de introducir todas las modificaciones que se hubieran producido como consecuencia de haberse estimado alguna o algunas de las impugnaciones. Así, el tenor literal de la norma dispone:

“Se harán constar expresamente las diferencias entre el inventario y la lista de acreedores inicialmente presentados y los textos definitivos, así como relación de las comunicaciones posteriores presentadas y las modificaciones incluidas y otra actualizada de los créditos

afectaba los intereses de la Corporación municipal de Gerona (por más que fuera adjudicataria de la finca NUM010, que integraba la 558, pues la reintegración se dirige necesariamente a la finca 631, adjudicada a NUEVA BOLUETA en compensación resultante del expediente de reparcelación), y de ahí que el fallo de la sentencia no contenga pronunciamientos que deba acatar o combatir. Cierto aparece, por ello, que era innecesaria su llamada a litigio. Su falta de legitimación pasiva, por carencia de interés y afectación por el fallo determinará la imposición a la parte actora de las costas causadas por su comparecencia y defensa (inexistentes, por otra parte, ya que no compareció en la primera instancia)”.

31 SAP SE 4271/2008 de 2 de diciembre de 2008 “La Caja de Ahorros San Fernando de Huelva Sevilla y Jerez compareció en forma en el proceso concursal de “Algodonera de Las Cabezas S.A.” (fue el instante del citado concurso). Por tanto, está por este motivo legitimada para intervenir en el incidente, y el Juzgado tenía la obligación de emplazarle para contestar a la demanda incidental al estar personada en el concurso, como dispone el art. 194.3 de la LC. Es obvio que cuando este precepto regula el obligatorio emplazamiento de las partes personadas, se refiere a las personadas en el proceso concursal, pues en el incidente recién iniciado es claro que el único personado es el propio demandante. Así las cosas, la entidad acreedora comparecida en forma en el concurso no tiene que solicitar su intervención en el incidente utilizando el trámite del art. 13 de la LEC, sino que es el Juzgado el que tiene la obligación de emplazarle dándole la oportunidad de comparecer en el incidente y de contestar a la demanda si a su derecho conviene, o de adoptar en el mismo la posición que estime oportuna, coadyuvando ya con la parte que lo hubiese propuesto ya con la contraria. En el proceso concursal el acreedor no tiene que acreditar ningún interés legítimo para ser parte en el incidente. El interés se le presume, pues es evidente que tal interés existe dada su condición de acreedor concursal personado en los autos principales del proceso. No puede haber duda alguna de que un acreedor concursal tiene interés legítimo en cualquier incidente relativo a la calificación y reconocimiento de créditos que se suscite en el proceso concursal”.

32 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE núm. 164 de 10 de Julio de 2003) Art. 193.2 “Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria”.

contra la masa devengados, pagados y pendientes de pago, con expresión de los vencimientos respectivos, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado”.

A resultas de lo anterior se debe presentar la modificación de la exposición motivada del informe inicial, lo cual como es lógico se sustenta en el hecho de que las modificaciones en la situación patrimonial del concursado a resultas de las impugnaciones, pueden suponer un cambio en las circunstancias del concursado y por tanto el informe emitido en su día puede resultar desfasado³³.

Desde un punto de vista procesal las impugnaciones se resuelven por el trámite de incidentes que la ley concursal prevé en el Capítulo Tercero del Título VIII (arts. 192 al 196), que en su última disposición establece, que las sentencias tendrán la consideración de cosa juzgada, en los términos previstos en el apartado primero del art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁴.

El legislador introdujo en su reforma de la ley concursal de 2011 la posibilidad de comunicar créditos existentes antes de la declaración de concurso, pero comunicados después de haberse emitido el informe inicial. Esto supone en la práctica que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 96.bis³⁵ el informe final del concurso dista de ser el último, y la cuestión es sencilla, de acuerdo con lo establecido en la meritada disposición, la administración deberá resolver sobre estos créditos en el informe final,

33 Conde Fuentes, “La impugnación de inventario...”

34 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2000) Art. 222.1 “La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo”.

35 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (BOE núm. 164 de 10 de Julio de 2003) Art. 96 bis “1. Concluido el plazo de impugnación y hasta la presentación de los textos definitivos, se podrán presentar comunicaciones de nuevos créditos. Estos créditos serán reconocidos conforme a reglas generales y en su clasificación se estará a lo dispuesto en el artículo 92. 1. Salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza. 2. La administración concursal resolverá sobre ellas en la lista de acreedores definitiva a presentar. 3. Si dentro del plazo de diez días siguiente a la puesta de manifiesto de los textos definitivos se formula oposición a la decisión de la administración concursal sobre las comunicaciones posteriores presentadas, se le dará la tramitación del incidente concursal. Esta impugnación no impedirá la continuación de la fase de convenio o liquidación, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 97”.

ahora bien se abre una vez presentado este informe un plazo de impugnación a estas inclusiones, lo cual viene a poner en duda este apelativo de “final”, ya que obviamente habrá que estar al resultado de la resolución de estos incidentes. Por otra parte, las modificaciones producto de estas impugnaciones solo se podrán introducir antes de la resolución que apruebe la propuesta de convenio o antes de que se presenten los informes de los artículos 152 (informes sobre liquidación) y 176 bis (conclusión por insuficiencia de la masa activa).

Podríamos pensar que a tenor de lo expuesto tan solo pueden impugnar el informe final los titulares de créditos comunicados tardíamente, pero lo cierto es que no son los únicos ya que la ley prevé otras excepciones en el caso de presentación de créditos después de la emisión del texto definitivo, como son los siguientes casos:

- Cuando después de la presentación del informe final se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos.
- Cuando se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal.
- Cuando se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía.

En todos estos casos, los créditos una vez reconocidos, serán clasificados de acuerdo con su naturaleza sin que quepa el considerarlos subordinados.

4. CONCLUSIONES

Al reflexionar sobre el informe de la administración concursal debemos tener presente la complejidad que encierra este procedimiento y esto en varios sentidos de una parte, los concursos, suelen incluir a un gran número de personas, y, de otra parte, la complejidad que implica relacionar correctamente deudas y activos. Todo esto choca con dos escollos:

El primero es el tiempo, es cierto que se pueden pedir prorrogas, pero aun así a mi juicio los plazos son cortos, y es difícil pensar en el volumen de trabajo que supone clasificar e inventariar a miles de posibles acreedores y en el caso de grandes empresas relacionar todos los activos, con esa premura. Esa prisa por emitir el informe choca después con un “*iter*” judicial en el que deben resolverse multitud de incidentes (bien es cierto que se han recortado enormemente las vistas), en definitiva, ese apresuramiento puede estar en el origen de muchos de ellos. El legislador ha optado, en uno de los muchos parches que ha ido poniendo a la norma, por incluir una información previa destinada a combatir algunos errores como lo aritméticos o las omisiones, pero obviando hacer referencia a las consecuencias de los posibles incumplimientos por parte de la administración del concurso a la hora de subsanarlos y sobre la que en un principio no hay recurso en la medida en que es la administración la que los resuelve. En cualquier caso, supone un avance en la buena dirección, aunque solo sea por evitar impugnaciones y en definitiva alargar el procedimiento.

El segundo, que lo dificulta en gran medida, es la circunstancia de tratarse de un procedimiento que no trata sobre algo parado, quieto. Muy al contrario, los concursos están más que vivos en el caso de las personas físicas, aunque muy a menudo ostentan la misma condición en el caso de las personas jurídicas, de ahí que lo que parece terminado, no lo está. Es frecuente que otros procedimientos conectados con el concurso sobre todo de ámbito administrativo se resuelvan en momentos posteriores, lo

que obliga a incluirlos en el informe. Es por este motivo que el informe semeja una criatura viva, que, muy a menudo, se desarrolla de manera que la propia administración del concurso difícilmente puede prever.

Todo lo antedicho, se refleja en la propia redacción del texto normativo, que abunda en adiciones y reformas y que aconsejaría a mi juicio la redacción de una nueva ley. En realidad, en este como en otros ámbitos lo verdaderamente interesante es comprobar a través de la experiencia (la jurisprudencia en materia concursal es abrumadora, debido a la reciente crisis económica) lo que funciona y lo que no. Y, por tanto, creo que ahora es el momento de hacer una nueva ley que permita que los procedimientos cumplan con el verdadero fin para el que se creó el concurso, que no es otro, que la satisfacción de los acreedores, pero consiguiendo en la medida de lo posible la supervivencia económica de los concursados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso Espinosa, Francisco José. “El informe de la administración concursal: un intento de clarificación sistemática”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* 19 (2013): 101-114.

Conde Fuentes, Jesús. “La impugnación de inventario y de la lista de acreedores (provisional y definitiva)”. *Revista General de Derecho Procesal* 33 (2014). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=414527

Gimeno-Bayón Cobos, Rafael y Jacinto Gimeno Valentin-Gamazo. “Algunas cuestiones sobre la comunicación de créditos concursales”. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* 12 (2010): 219-253.

Noval Pato, Jorge. *El informe de la administración concursal*. Madrid: La Ley, 2008.

Ruiz Monge, Laura y Luís Franco Betegón. “La legitimación pasiva en la demanda incidental de impugnación del informe de la administración concursal”. *Diario La Ley* 7466 (2010)

Tomás Cuéllar Montes
Área de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales
Universidad de Extremadura
Avda. de Elvas, s. n.
Badajoz (España)
tcuellarm@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-9447-5079>



**CONSCIÊNCIA POLÍTICA E EXERCÍCIO DE CIDADANIA EM
MOÇAMBIQUE: CASO DO CONSELHO AUTÁRQUICO DA
MACIA, 2009 – 2013**

***POLITICAL AWARENESS AND EXERCISE OF CITIZENSHIP
IN MOZAMBIQUE: CASE OF THE MUNICIPAL COUNCIL OF
MACIA, 2009 - 2013***

PAULO JACOB INGUANE

Universidade Save, Mozambique

Recibido: 25/07/2019 Aceptado: 12/09/2019

RESUMEN / RESUMO

O direito ao voto constitui um fundamento primário da legitimação política dos governantes nos Estados Modernos. A abstenção deve ser entendida como uma ameaça à legitimidade dos governos eleitos e ela manifesta o desengajamento dos cidadãos em relação ao sistema político e aparece como um sintoma de crise dos processos democráticos; ela deve ser entendida como expressão de crítica do sistema de governo e como a manifestação do desencontro entre o eleitorado e as suas expectativas. O estudo pretendeu analisar a relação que se estabelece entre a consciência cívica do cidadão e o índice de absentismo nos pleitos eleitorais autárquicos.

Palabras clave / Palavras-Chave: Abstenção, Cidadão, Democracia, Eleição, Participação.

ABSTRACT

The right to vote is a primary foundation for the political legitimacy of rulers in Modern States. Abstention must be understood as a threat to the legitimacy of elected governments and it manifests citizens' disengagement from the political system and appears as a symptom of crisis in democratic processes; it must be understood as an expression of criticism of the government system and as a manifestation of the mismatch between the electorate and its expectations. The study aimed to analyze the relationship established between the citizen's civic conscience and the absenteeism rate in municipal electoral elections.

Keywords: Abstention, Citizen, Democracy, Election, Participation.

Sumario: Introdução. 1. A Institucionalização do Poder Local em Moçambique. 2. A Consciência Cívica do Cidadão e o Índice de Absentismo nos Pleitos Eleitorais Autárquicos: Caso da Vila Municipal da Macia (2009-2013). Conclusão.

INTRODUÇÃO

Moçambique adoptou o processo da descentralização político-administrativa através da aprovação da Lei 2/97 de 18 de Fevereiro. Este processo marcou uma viragem no sistema jurídico moçambicano que passou a contar com dois tipos de poderes: Poder Estatal exercido por um Chefe de Estado e Poder Local presidido por um órgão municipal. Este processo abriu espaço para que todo o munícipe residente tome e participe nas decisões políticas que possam ajudar na consolidação da democracia em Moçambique.

Os Municípios são uma forma reconhecida por Lei que garantem o controlo social através de representantes de entidades e organizações da sociedade e permitem que a população não fique como mera espectadora aguardando a operacionalidade dos compromissos de campanhas propostos nos programas de governação e plataformas eleitorais. No entanto, este processo é caracterizado por uma abstenção extrema que acaba comprometendo os objectivos previamente traçado que se resumem na

aproximação do cidadão à vida política da sua área de circunscrição através da eleição dos seus órgãos governativos.

A abstenção que se assiste nas eleições autárquicas assim como nas eleições gerais constitui não só um problema político mas também um desafio à pesquisa. É preciso que se identifiquem os factores que contribuem para que a oferta política do sistema de partido seja tão desajustada das expectativas dos eleitores a ponto de uma maioria se abster de participar no jogo eleitoral e, por consequência, a desempenhar um papel na escolha do governo e da orientação política do país.

De acordo com Dias & Matos (2012), “a participação efectiva da sociedade significa o seu envolvimento em todas as etapas do processo decisório e não apenas nas fases iniciais de sugestão, indicação ou proposição”. De facto, dentre várias concepções participar implica o exercício pleno da democracia; o pluralismo das ideias e práticas; a convivência de grupos de interesses diversos que têm contradições quanto aos objectivos e aos meios de consegui-los. Portanto, a participação política do cidadão nos destinos do seu “território”, deve ser vista como algo que pode aumentar os canais de expressão e influenciar os políticos a agirem com respeito às necessidades e anseios do povo. Nota-se ainda que, participação do cidadão na vida política incrementa a eficiência político-institucional dos projectos de desenvolvimento.

Abstenção eleitoral está ligada com a não participação dos eleitores tanto na urna como no acto de recenseamento eleitoral. Na urna, ela é revestida por não utilização do direito de voto por parte do cidadão regularmente inscrito nos cadernos eleitorais e a segunda é aquela em que o cidadão com capacidade activa não se encontra inscrito no recenseamento quer por negligência, quer de forma deliberada. Pode se depreender aqui que o elemento recensear constitui o critério mais importante para que o cidadão exerça o seu dever cívico.

Numa breve retrospectiva ao processo de recenseamento eleitoral no país, este, têm sido caracterizado por muitas deficiências desde a avaria

constante das máquinas, a falta do domínio dos seus utilizadores, a duplicação dos registos nos cadernos dos eleitores para além da distância da fixação das brigadas com a localização dos cidadãos potencialmente eleitores. Estes e outros factores têm sido um calcanhar de aqueles para o controlo dos índices de abstenção eleitoral no país.

A partir das evidências acima descritas, o presente artigo, por um lado, procura apresentar as evidências que podem estar na origem do aumento da abstenção eleitoral no país em particular nas eleições autárquicas a partir da importância que se dá na participação e no comprometimento dos cidadãos às instituições legalmente constituídas. Por outro, o mesmo procura demonstrar a necessidade de se estancar abstenção por esta perigar a legitimação dos governantes e conseqüentemente a falta de colaboração do cidadão na tomada de decisão.

O método aplicado neste artigo foi o qualitativo na vertente dialéctica. O mesmo consistiu em analisar a relação que se estabelece entre a consciência cívica do cidadão e o aumento do índice de absentismo nos pleitos eleitorais na Vila Municipal da Macia 2009/2013. Por um lado, a pesquisa socorreu-se na recolha de dados bibliográficos que permitiram o cruzamento de informação obtida através de obras, dissertações e artigos publicados. Por outro, tendo em conta a juventude deste processo no país, a pesquisa socorreu-se a entrevistas semi-estruturadas em 100 munícipes de ambos os sexos, com capacidade activa, todos residentes na Vila Municipal da Macia. A escolha dos inquiridos teve como suporte a densidade populacional de cada bairro, ao que redundou na seguinte repartição dos mesmos: bairro 1, 10 munícipes inquiridos de ambos os sexos; no bairro 2, com 5 munícipes inquiridos do sexo masculino e 6 do feminino; bairro 3, inquiridos 4 munícipes do sexo masculino 6 do sexo feminino; localidade sede, a que maior representa a maioria dos munícipes, com 14 munícipes entrevistados do sexo masculino e 17 do sexo feminino; bairro 4, com 6 munícipes inquiridos do sexo masculino contra 8 do sexo feminino; bairro Chinguitine, com 2 munícipes inqueridos do sexo masculino e 1 do sexo feminino; bairro 5, inquiridos 5 munícipes do

sexo masculino e 6 do sexo masculino; e, bairro 6, com 4 inquiridos do sexo masculino e 5 do sexo feminino. A inquirição de mais munícipes do sexo feminino não foi tão pouco aleatória. O processo resultou da aferição dos resultados do Censo Populacional de 2007 que demonstram que a Vila Municipal de Macia é maioritariamente habitada por indivíduos do sexo feminino (21.290), que representam cerca de 54,8% da densidade populacional contra 45,2% dos homens (17.587). Esta relação ditou para que da amostra total fossem inquiridas 55 munícipes do sexo feminino contra 45 do sexo masculino. A amostra baseou-se em munícipes com idade superior a 25 anos, visto que com esta faixa etária o cidadão nas eleições autárquicas de 2008 de Novembro de 2013 encontrava-se pelo menos na idade fixada por Lei para o gozo dos seu dever cívico, como atesta o artigo 11 da Lei 4/2013 de 22 de Fevereiro.

O objectivo desta amostra foi estabelecer algumas comparações no que diz respeito ao nível de percepção da importância do exercício do dever cívico para consolidação da democracia no país e quiçá do desenvolvimento local.

1. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO PODER LOCAL EM MOÇAMBIQUE

O processo de descentralização político-administrativa em Moçambique teve o seu embrião a colonização levada a cabo pelo Governo Colonial Português com a implantação das circunscrições e das regedorias em vários círculos da outrora Província Ultramarina de Moçambique. Após a proclamação da Independência Nacional, o país manteve a estrutura administrativa do regime colonial mudando apenas a sua nomenclatura. Com os Acordos Gerais de Paz (assinados no dia 4 de Outubro de 1992), e, conseqüentemente a passagem do regime monipartidarismo para o multipartidarismo, várias reformas foram feitas na Administração Estatal como forma de aproximar cada vez mais o cidadão junto das entidades que gerem a tomada de decisão.

Segundo MAE (1992) as transformações políticas, económicas e sociais que se verificaram em Moçambique, principalmente a partir da implementação do PRE e a aceleração do ritmo de degradação das cidades criaram a consciência da necessidade de se proceder a uma mudança na organização da Administração Pública Moçambicana.

Magode (1996) procura elucidar alguns exemplos de como as transformações políticas se realizaram em alguns países ocidentais, afirmando que:

A modernização dos sistemas políticos ocidentais, por exemplo, foi preparada por uma lenta erosão das instituições sociais do regime antigo. [...], a cidadania e o liberalismo político passaram a ser tomados como práticas indissociáveis. Os cidadãos deveriam ser livres de prosseguir as suas preferências religiosas, económicas e políticas, de lutar pela institucionalização do regime de economia de mercado, [...], (p.90).

A realidade trazida por Magode (1996) não se diferencia da vivenciada no nosso país. A descentralização é fruto de uma roptura, ora, operada após a proclamação da independência nacional (afirmada através do decreto-lei n°6/75, de 18 de Janeiro que estabelece a nova divisão administrativa de Moçambique), ora, operada com a passagem do regime monopartidário para o multipartidário (afirmada através da Lei 2/97 que cria o quadro jurídico da descentralização político-administrativa no país).

A ideia da criação de um modelo de governação que aproxima o cidadão na tomada de decisão vem sendo debatida por alguns líderes africanos desde os anos 60. Por exemplo, Nyerere (1962) apud Mbokolo (2011) defende que “quando uma sociedade está organizada para velar pelo bem-estar dos seus membros, ninguém, desde que esteja disposto a trabalhar, terá que se preocupar com o que lhe acontecerá amanhã se não juntar riqueza”. O pensamento deste líder consubstancia com as atribuições da criação das AL em Moçambique, calcadas no número 1 do artigo 6 da Lei 2/97 de 18 de Fevereiro.

Em 1994, foi aprovada a Lei 3/94, de 13 de Setembro (Quadro dos Distritos Municipais) que significava uma democratização nos níveis hierárquicos de Administração Estatal. Nesta Lei, previa-se que a referida

democratização ia se operacionalizar em dois sentidos, nomeadamente: (i) em relação ao processo da eleição de titulares dos órgãos distritais, e, (ii) à abertura de espaço para a participação e responsabilização dos titulares dos órgãos distritais pela população, ou seja, à transformação dos Distritos Administrativos em Municípios, tal como se configura hoje. No entanto, a mesma Lei foi tida como inconstitucional, pois não estava prevista em nenhum capítulo da Constituição de 1990 sobre a criação dos órgãos com este tipo de poder.

Em virtude da inconstitucionalidade da Lei 3/94, foi feita a emenda da Constituição de 1990, através da Lei nº9/96 de 22 de Novembro, que introduziu os princípios e disposições sobre o Poder Local no contexto da lei fundamental e efectuaram-se estudos a partir de 1995, que culminaram com a promulgação do Pacote Legislativo Autárquico em 1997. Esta Lei tem como um dos grandes objectivos: (i) organizar a participação dos cidadãos na solução dos problemas próprios da sua comunidade; (ii) promover o desenvolvimento local; (iii) aprofundamento e a consolidação da democracia no quadro da unidade do Estado moçambicano.

Em resposta do plasmado na emenda constitucional de 1996, é aprovado a partir da legislação autárquica, em 1997, a Lei 2/97 de 18 de Fevereiro, que cria o quadro jurídico-legal para a implementação das Autarquias Locais no país.

Em Moçambique, as Autarquias Locais são uma forma do Poder Local definidas no nº 1, do Artigo 273 da CRM (2004) e compreendem os Municípios e as Povoações, de onde, os Municípios correspondem ao território das cidades e vilas e as Povoações aos territórios das sedes dos postos administrativos, aos quais o Estado pode conferir o poder de se autogovernarem, através de órgãos representativos da sua população.

O processo da descentralização político administrativo que se assiste em Moçambique, através da aprovação da Lei 2/97, significou a combinação dos processos de desconcentração e da descentralização; constitui o processo de desconcentração na medida em que é o governo central que

transfere algumas das suas competências e atribuições para as mãos da gestão local, isto é, para os governos localmente eleitos e por sua vez, a descentralização na medida em que implica a devolução dos poderes de forma gradual aos órgãos eleitos pelos respectivos povos nas suas zonas de circunscrição.

O sucesso alcançado nas 1^{as} e 2^{as} eleições autárquicas (1998 e 2004) permitiu, não obstante as constantes negociações políticas de que foi alvo, o lançamento de um importante processo de descentralização democrática em Moçambique. O Município da Vila da Macia, que constituiu objecto de estudo desta pesquisa, configurou na 3^a fase da implementação deste processo em Moçambique. Após vários debates entre os partidos na oposição (encabeçado pela RENAMO) e Governo (encabeçado pela FRELIMO), foi aprovada a Lei 3/2008, de 2 de Maio, que cria mais 10 (dez) Municípios em algumas circunscrições territoriais, sendo um em cada província, perfazendo quarenta e três (43), sendo vinte e três (23) de categoria de cidades e vinte (20) de categoria de vila, onde, 14 são da região Norte, 16 da região Centro e os restantes 13 na região Sul.

2. A CONSCIÊNCIA CÍVICA DO CIDADÃO E O ÍNDICE DE ABSENTISMO NOS PLEITOS ELEITORAIS AUTÁRQUICOS: CASO DA VILA MUNICIPAL DA MACIA (2009-2013)

Quando se fala do regime democrático, característico das Autarquias Locais, deve-se perceber que, independentemente da forma do poder que é exercido em cada território, o que mais conta é que, este, esteja, de facto, directa ou indirectamente nas mãos do povo; que vigora como a Lei das Leis o princípio de soberania popular (artigo 2 da CRM), de onde a sociedade age por si só sobre si mesma e não existe poder fora dela e não há ninguém que ouse conceber e sobretudo exprimir a ideia de buscá-lo de outro lugar senão na mesa de voto, como ilustra Tocqueville apud Bobbio (1986), “o povo reina sobre o mundo político, como Deus sobre o

Universo. Ele é a causa e o fim de tudo; tudo dela deriva e tudo para ele é reconduzido”.

Os órgãos eleitos através da organização do partido tornam-se mandatários que o penalizam retirando-lhes a confiança toda vez que ele subtrai à disciplina, à qual converte-se assim num sucedâneo funcional do mandato imperativo por parte dos eleitores. Hoje, falar do desenvolvimento da democracia é olhar para a extensão das formas do poder que até hoje só haviam sido ocupadas nas grandes sociedades políticas, para o campo da sociedade civil. O desenvolvimento da democracia não deve ser analisado apenas sobre quem tem o direito de voto, mas sim através da análise do número das pessoas que têm direito de votar; das diversas instituições nas quais se exerce o direito de voto, isto é, quem vota e onde vai votar. Nisto, a democracia deve ser vista ou encarrada como o regime caracterizado pelos fins ou valores em direcção aos quais um determinado grupo político tende e opera.

Segundo Dahl (2001), no espesso matagal dos ideais sobre a democracia, às vezes impenetrável, é possível identificar alguns critérios a que um processo para o Governo de uma associação teria de corresponder, para satisfazer a exigência de que todos os membros estejam igualmente capacitados a participar nas decisões da associação sobre sua política, concretamente: a participação efectiva; a igualdade de voto; o entendimento esclarecido; o controlo do programa, e, a inclusão dos adultos.

O progresso dos preceitos democráticos defendidos por Dahl (2001) caminha passo a passo com o fortalecimento da convicção de que após a idade das luzes, como observava Kant, o homem saiu da menoridade, e com maior idade não estava mais sob tutela, isto é, deve decidir livremente sobre a própria vida individual e colectiva, através do exercício do seu dever de participar da vida política.

O critério levantado por Dahl (2001) remete a afirmar que o exercício dos princípios democráticos está relacionado com a cidadania, isto é, com a pertença de um indivíduo a uma determinada comunidade. Os seus

direitos emergem com a presença de direitos iguais perante a Lei, que se resumem em: (i) direitos civis – os necessários para a liberdade individual, pessoal, do pensamento e da fé; (ii) direitos políticos – participar no exercício do direito político como membro de um corpo investido de autoridade política ou como eleitor dos membros desse corpo; (iii) direitos sociais – compreendem a vasta gama de direitos a um modicum de bem-estar económico e segurança, ao direito de participar plenamente na herança social e viver a vida de um ser civilizado segundo padrões prevaletentes na sociedade.

Numa outra vertente, Martin (2011), olha para a questão da cidadania em três postulados, nomeadamente:

- a) Cidadania como condição da pessoa que vive em uma sociedade livre, isto é, nas comunidades políticas onde impera o arbítrio ou a tirania não existem cidadãos. Para que tal condição se implemente é mister uma ordem política democrática que permita o exercício das liberdades;
- b) A cidadania deve ser encarrada como condição voluntária, isto é, não pode ser imposta a nenhuma pessoa. A qualidade de cidadão se funda no pacto social; um acordo livre de pessoas para integrar-se e participar num determinado modelo de organização política; e,
- c) A cidadania se desdobra em um conjunto de direitos e deveres das pessoas que pertencem a um determinado Estado.

O conceito de cidadania nasce, historicamente, como oposto de súbito, mas sem a aspiração de incluir todas as pessoas da sociedade. Hoje, a questão da cidadania se resume em: garantia de certos direitos, assim como obrigação de cumprir certos deveres para com uma sociedade específica; pertencer a uma comunidade política determinada (normalmente um Estado); e, a oportunidade de contribuir na vida pública desta comunidade através da participação. A cidadania define o modo de pertencer dos indivíduos na comunidade política. A pertença, o estatuto da

cidadania, qualquer que seja sua natureza, (adquirido pelo nascimento ou por relação contratual), constitui a condição de direito que reconhece o acesso do indivíduo na comunidade civil de direitos, obrigações e deveres, igualmente compartilhados pelos cidadãos.

De acordo com os Acórdão do Conselho Constitucional (2009), a participação do eleitorado na legitimação e desenvolvimento do seu Município tende a reduzir. Confrontados os resultados dos cidadãos inscritos com os que exerceram o seu dever cívico, nota-se uma diferença muito significativa. No ano de 2009, foram inscritos nos 43 Municípios do país, 2.774.062 eleitores e apenas 1.285.936 que correspondem a 48,6% vota-ram nos seus representantes. Neste período, a abstenção situou-se em 51,4%, isto é, 1.488.126 eleitores não se fizeram à mesa de voto. Paralelamente ao período em análise, nas eleições autárquicas realizadas em 2013, o comportamento do cidadão na mesa de voto tem sido o mesmo. Os resultados divulgados pela CNE (2013) indicam que no período em apreço, num total de 53 Municípios, foram inscritos 3.061.774 eleitores e apenas 1.393.990 que correspondem a 45,1% exerceram o seu dever cívico. Por sua via, 1.679.668 eleitores optaram em não se fazer presente à mesa de voto o que representa uma abstenção na ordem 54,9%.

Tomado como base o Município da Vila da Macia os resultados das eleições autárquicas (2009 -2013), demonstram que no primeiro ano da sua elevação à categoria de Município (2009), a abstenção situou-se na ordem de 41,9%. No entanto, na eleição de 2013, que coincide com o segundo mandato da autarcização, houve um ligeiro aumento dos eleitores inscritos na ordem de 2,2% e a abstenção situou-se em 34,8% o que representa uma redução de 7,1%. Apesar de a tendência apontar para uma ligeira participação dos eleitores à mesa de voto, a abstenção eleitoral ainda se situa acima dos 35%. De acordo com as estatísticas do INE (2007), esta vila tinha uma projecção de cerca de 38.877 habitantes com capacidade activa o que confrontando com os eleitores inscritos em 2013 demonstra haver muitos munícipes não inscritos na ordem dos 48%.

Os resultados das entrevistas revelam que 65% dos cidadãos vêm no voto como sinónimo de eleger o Presidente, Governo e Partido Político ao passo que, 15% não tem noção do que votar pode significar como atestam as objecções que se seguem:

(i) Voto representa o direito de cidadania; (ii) Votar, significa eleger a pessoa que irá ajudar e respeitar; (iii) Votar implica melhorar a vida do país; é como pegar a enxada e ir a machamba cultivar para os meus filhos e netos; (iv) [...], vou votar quando chega o dia de voto porque sempre dizem para irmos lá votar mas o que isso de facto quer dizer não sei; (v) Não tenho nenhum significado sobre votar, e ele só tem ido votar quando houve dizer e para não ser descriminalizado prefere seguir os outros e votar”. (vi) Votar representa a expressão pessoal do dirigente que irá dar seguimento aos anseios do cidadão; (vii) é cumprir com o plasmado na CRM; (viii) é demonstrar a cidadania e o comprometimento com os programas apresentados pelos candidatos à presidência”, (cp).

Para os efeitos deste artigo, apenas 15% dos entrevistados, notaram não ter a percepção do significado voto. A pesquisa importava saber se esta forma de buscar a vontade popular a desaguar na votação é ou não suficiente. Esta questão teve como base de sustento o nível de percepção popular do que é o verdadeiro significado do voto, isto é, para uma parte dos munícipes da urbe (talvez pelo nível de escolaridade) votar é nada mais nada menos que escolher um candidato, governo ou partido político para presidir o país/município. Porém, parte dos cidadãos (maioritariamente residentes na periferia) percebe a questão e olham no votar como sinónimo de olhar no contexto (social, cultural, político, económico) em que se vive, observar as necessidades particulares e colectivas, os desafios, os anseios e expectativas que a mesma colectividade tem e cruzá-los comparativa e criticamente com o Programa de Governação/Município que cada candidato apresenta como solução à situação real do país e daí decidir.

De acordo com Dahl (2001), um dos critérios a ter em conta para sustentar os preceitos plasmados num regime democrático é garantir a participação efectiva e esta só é possível quando uma decisão antes de ser

tomada, todos os membros dessa comunidade tem oportunidades iguais e efectivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deve ser a política a seguir. A pesquisa revelou haver conhecimento por parte dos cidadãos de agentes de educação cívica que, quando se estiver preste a realização do escrutínio aproximam-se ao eleitorado e os informa sobre a necessidade de votar. Todavia, esta é maioritariamente feita pela liderança local (secretários dos bairros e líderes comunitários), onde a partir de reuniões nas sedes dos bairros, incentivam as populações para irem votar. Nota-se haver um défice por parte dos agentes de educação cívica na educação do eleitorado. Constata-se ainda que a entidade responsável pela Educação Cívica (STAE) faz-se sentir apenas nas principais ruas do Município. Porém, dos poucos casos em que esta se faz sentir, o trabalho por eles desenvolvidos não nutre nos cidadãos locais como atesta o seguinte depoimento “*não gosto de como o trabalho é desenvolvido pelas autoridades. Os líderes comunitários só têm-nos chamado para irmos às reuniões para falar das eleições e quando lá chegamos deparamo-nos com a presença dos membros dos partidos*”.

O artigo 13 da Lei 2/97 prevê que os Órgãos Locais devem criar e promover um sistema de comunicação que permite a divulgação e publicitação das suas actividades. A conjugação deste artigo com o pensamento defendido por Dallar (1994) depreende-se que o sucesso da consolidação de um Poder Local depende da capacidade que os órgãos eleitos têm de se aproximar junto dos seus munícipes e junto deles apresentarem e discutir os programas que pensam em desenvolver.

Os resultados da pesquisa revelaram que a única entidade que é mais familiar no Município é o Presidente do Município. A figura de vereadores se é que de facto existem nunca ouviram falar talvez tenha passado aquando da campanha eleitoral. As declarações que se seguem procuram elucidar a relação que existe entre o cidadão e os órgãos municipais.

(i) Conheço sim o sr. Mariquele; (ii) Não há reuniões. O presidente não tem tempo connosco mas nós queremos falar com ele para melhor explicarmos das coisas erradas. Estamos cansados com ele, achamos

que não esta em condições de continuar a trabalhar; (iv) Não conheço nenhum órgão do conselho municipal, mas apesar disso, julgo que o Município fez algo durante o primeiro mandato; (v) O único dirigente que conheço pela campanha eleitoral é apenas o Presidente do Município; (c.p).

Os depoimentos recolhidos atestam que apesar de haver tendências em conciliar a questão com as realizações, a figura do Presidente do Município é a única conhecida. Ficou-se ainda a saber que o Presidente do Município desde que foi eleito em nenhum momento aproximou ou teve contacto com eleitorado pelo menos para agradecer sobre a confiança que o cidadão depositou nele.

A avaliação dos munícipes sobre as actividades desenvolvidas pela edilidade carrega consigo o problema da interacção e partilha de ideias sobre as prioridades que os órgãos municipais traçam e os que o povo espera que venham a ser desenvolvidas, como atestam alguns extractos que se seguem:

I°

Só haverá felicidades se todos nós em casa estivermos felizes, mas, o que posso dizer é que ele pode ter trabalhado, mas devo dizer que foi muito pouco. A energia que meu filho vê não é graça a edilidade, só as pessoas não sabem e acham que é do trabalho do município que temos energia. Neste bairro ele quase não fez nada, fico com tanta ganância quando vejo o que acontece por exemplo em Nampula. Vejo através da TV como inacreditáveis e uma relação sã entre o Município e os Munícipes. Talvez trabalhe lá na cidade aqui não. É por isso, que no conto do distrito de Acuabe, província de Cabo Delgado mácuva e makone diz-se “Inam kamba kwadju, fadhari usiki vukiri”, tradução nossa “uns não partem contra nós, mas este é contra nós. O presidente deve procurar formas de se unir a nós. Vandalizar as nossas riquezas não nos agrada. Os vendedores de mandioca e batata-doce passam muito mal, as mercadorias quando não são compradas são despejados mas sempre são enganados a votar em promessas e programas falsas.

II°

A implantação deste processo não vê como sinónimo de mudanças. Veja que aqui não temos água vale apenas recuar até o período em que a gestão do processo estava nas mãos dos privados. A única coisa que gostaria de ver mudado é o abastecimento de água porque estamos cansados de depender dos privados. Cobram muito dinheiro e acredito que se fosse município isso poderia mudar. Insiste na questão, para lhe agradar podia falar das estradas reabilitadas com pavês, electrificação de algumas ruas, o Município hoje já tem casa própria.

Os extractos de alguns munícipes residentes na urbe divergem na avaliação que fazem sobre as actividades desenvolvidas pelos Órgãos do Conselho Municipal. Nas zonas suburbanas tais como 2º, 3º, 4º e 1ºs bairros, nota-se que apesar de ter-se conhecimento da existência do Município na vila, e pelo facto de estes bairros situarem-se aproximadamente a 1km do centro da cidade, onde, passado um mandato após a implementação deste processo, as actividades desenvolvidas ainda não se fizeram sentir. Reconhecem a existência dos Órgãos do Conselho Municipal e na existência de algumas realizações, na medida em que, ao deslocarem-se ao centro da vila, vêm em estradas limpas, ruas a serem pavimentadas, vedação no cemitério local, a existência de uma morgue no hospital. Os munícipes residentes na localidade sede, mostram ter conhecimento e percebem as atribuições dos órgãos municipais. No entanto, existe alguns com dificuldades de diferenciar as actividades da competência do Município e do Governo Distrital.

Os munícipes residentes na periferia da urbe lançam duras críticas a inflexibilidade da edilidade em resolver alguns problemas básicos como é o caso da recolha de lixo, onde são sujeitos a pagar nas facturas de energia uma taxa que depois não os beneficia. Outro aspecto de descontentamento é no abastecimento de água. Os cidadãos são obrigados a ficar mais de três meses sem que o precioso líquido jorre nas suas torneiras e obrigando-os a pagar valores elevados junto aos fornecedores privados para ter acesso a água potável.

A implantação do processo da descentralização político-administrativa implica a afirmação de um contrato entre os governantes e a população local. Um dos aspectos que o contrato prevê é a prestação de contas, onde o cidadão irá avaliar as actividades desenvolvidas pelo Município e propor, caso julgue, o reajustamento de alguns programas. No entanto, os governantes nem sempre agem assim. Os compromissos assumidos durante as campanhas eleitorais nem sempre são honrados, acabando decepcionando aos seus eleitores por parecer não se preocupar de ter mão sobre a realidade, sobre os desafios e os problemas reais das pessoas.

A abstenção eleitoral é o acto de negar ou de eximir de fazer algumas opções políticas, isto é, abster-se do processo político é a que se manifesta em períodos eleitorais ou em qualquer decisão por voto, onde, o cidadão opta em um voto em branco, nulo ou limitar-se a não se fazer a mesa de voto. O estudo procurou perceber do cidadão eleitor as razões que podem estar por detrás do alto índice de abstenção nas eleições autárquicas.

O eleitorado da Vila Municipal da Macia olha como razões do absentismo eleitores as seguintes:

- (i) Qualquer dirigente durante o percurso comete falhas que as vezes, as mesmas, concorrem para que as pessoas não votam;
- (ii) Muitas promessas não cumpridas;
- (iii) A abstenção não é fruto da acção dos nossos governantes. Nós somos indisciplinados. A abstenção não é resultado de não se fazer campanhas, nós é que não reconhecemos os nossos dirigentes;
- (v) O que concorre para o absentismo nesta vila, acho dever-se às acções desenvolvidas pelos colaboradores do Presidente. Veja a questão de confiscar as mercadorias e outros produtos acha que isso não pode descredibilizar o Município?
- (vi) Há muito choro dos nossos filhos com idade para votar por causa das acções dos polícias municipais;
- (vii) Quando o município foi instalado, as pessoas preferiam queimar de calor nas longas bichas a espera da sua vez para votar, porém, quando viu-se que isso em nada ajuda em termos do cumprimento das promessas feitas, achou-se por bem dizer que não vale apenas a melhor solução é misturar de ir votar;
- (viii) A abstenção de facto existe mas acho que para perceber isso, meu filho deve fazer uma boa reflexão, ora vejamos: Achas justo que

um partido que sou membro e simpatizante, um grupo minoritário de pessoas indicam alguém sem o meu consentimento e chegam a mim e dizem este é o escolhido pelo partido, este é o nosso candidato o que nós devemos fazer é apoiar e levar a ele ao poder, será que isso pode-lhe agradar? O que te garante que este é de facto aquele que nós almejávamos para nos dirigir? Não sua óptica quem é o culpado pela abstenção! Eu? ou os que se intitulam donos do partido? Se essa política ainda persistir, posso-lhe garantir e jurar que sempre que haver eleições meu filho sempre virá aqui e nos perguntar os porque de as pessoas não irem votar e sempre a resposta que irei-lhe dar é a mesma” (c.p).

O estudo permitiu detectar três razões para o aumento do absentismo: (i) razões institucionais – os dirigentes municipais bem como os seus agentes (funcionários) são apontados como o principal factor do absentismo eleitoral. Por um lado, durante as campanhas eleitorais os candidatos à presidência do Conselho Municipal assim como à Assembleia Municipal quando almejam alcançar e exercer o poder político fazem muitas promessas e essas não são cumpridas na sua totalidade. Nisso, o eleitor fica na expectativa de ver as promessas concretizadas e quando essas não são satisfeitas na eleição seguinte o mesmo não se dirige a mesa de voto. Por outro, a actuação dos agentes camarárias (Polícia Municipal) na tentativa de manter uma ordem e sensibilizar os munícipes a abandonar actividades informais tem constituído um factor destabilizador do eleitorado; (ii) razões políticas – neste aspecto sente-se haver uma consciência do que o voto consiste. O cidadão apesar de ser membro de um partido político nem sempre concorda com a forma como os dirigentes “superiores” dos partidos indicam os candidatos à eleição, nisto, não querendo “estragar” o seu voto e não havendo um outro partido de eleição abster-se é a única solução encontrada; (iii) psicológicas – aquando da implantação deste processo, muitos ficaram na expectativa de ver e perceber o que o Poder local significa. Quando se falou de aproximar o poder junto do cidadão, este não percebiam de facto como isto iria funcionar.

CONCLUSÃO

A implementação do processo da descentralização político-administrativa tem como elemento principal a consolidação dos preceitos democráticos. As Autarquias Locais são um espaço de manifestação dos processos democráticos a partir do momento em que permitem com que o cidadão formule as suas preferências; são um espaço que possibilita que os cidadãos tenham o mesmo peso na conduta do Governo, isto é, são um espaço que serve para garantir que não haja discriminação consoante as origens das suas preferências; para que possam garantir a prossecução das preferências dos seus cidadãos são necessários que criem condições para a construção da liberdade de expressão; do direito ao voto; do direito de competir pelo apoio e pelos votos; proporcionarem que haja elegibilidade dos cargos políticos; eleições livres e correctas, etc. A manifestação da democracia nas Autarquias Locais também deve ser garantida através da realização frequente dos processos eleitorais. As eleições funcionam como elemento da responsabilização vinculando os principais actores do Governo. Hoje, as democracias não se circunscrevem apenas pelo direito ao voto, mas, também através do reconhecimento de uma série de direitos civis, políticos e sociais. O exercício da democracia nas Autarquias Locais deve implicar o respeito de alguns limites, nomeadamente: (i) legitimação que se encontra ligado ao direito de exprimir as suas ideias e organizar-se; (ii) de incorporação – ligado a capacidade de influenciar as escolhas dos representantes; (iii) da representação – ligado ao ingresso ao parlamento e, (iv) do poder executivo que se relaciona com a capacidade do controlo pelo governo.

A luta pela democracia é uma estrada. Muitas realizações deverão ser levadas a cabo com vista a consolidação do processo da descentralização político em curso no país. Os mecanismos de educação cívica do eleitorado devem ser melhorados e o processo em si deve ser contínuo e permanente. A informação e as realizações dos órgãos que gerem os processos eleitorais deve ser difundida com precisão e de uma forma transparente para

permitir com que o cidadão esteja devidamente actualizado e saiba intervir conscientemente em todo o processo democrático o qual vai para além de depositar na urna o seu voto, isto é, para além de limitar-se a votar os governantes deve estar capacitado na fiscalização das suas acções, tomar decisão sobre os programas e planos de governação, participar em fóruns e debates sobre a sua área de jurisdição e aprovar ou reprovar as actividades desenvolvidas pelos órgãos municipais.

O estudo permitiu notar que, de facto a abstenção nas eleições municipais é uma realidade. No entanto, apesar de o Município em estudo tender a uma redução da abstenção na ordem de 7.1% comparativamente à eleição de 2009, confrontando com as previsões do Censo Populacional (2007), neste Município, estimava-se que até ao período da realização do segundo escrutínio (2013) a população com capacidade activa situaria na ordem de 38.877 habitantes, entretanto, apenas 18.648 cidadãos foram inscritos, o que equivale dizer que 48% dos potenciais eleitores não preencheram o principal requisito (recenseamento) para exercer o seu dever cívico. Dentre as várias razões apontadas para o absentismo nas eleições municipais, avança-se o facto de os governantes imbuídos de poder de autoridade, durante a vigência dos mandatos não honrarem com os manifestos eleitorais. Por outro, alguns simpatizantes dos partidos políticos não se mostram favorável ao método usado para a “nomeação” dos candidatos às eleições municipais.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACC. *Resultados das Eleições Autárquicas 2009*. En Acórdão n° 02/CC/2009 de 15 de Janeiro.

AFRIMAP. *Moçambique: democracia e participação política*. Cambridge: Ed. Open Society Initiative for Southern Africa, 2009.

CNE. *Editais dos Resultados das Eleições Autárquicas*. Maputo, 2013.

- Dahl, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasil: Universidade de Brasília Editora, 2001.
- Dallari, Dalmo de Abreu. *O Que é Participação Política*. 13^a ed. São Paulo: Brasiliense editora, 1994.
- Dias, Reinaldo y Fernanda Matos. *Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas S.A ed; 2012.
- Magode, José. *Moçambique: Etnicidade, Nacionalismo e o Estado - transição inacabada*. Maputo, CEGRAFE, 1996.
- Mbokolo, Elias. *História e Civilizações do Século XIX aos Nossos Dias*. 2^a ed. Lisboa: Colibri Edições, 2011.
- Ministério de Administração Estatal. “Autarquias Locais em Moçambique: Antecedentes e Regime Jurídico”. En: *Documento apresentado pelo Governo de Moçambique à Assembleia da República de Moçambique*. Maputo, 1992.
- República de Moçambique. “Boletim da República. Lei que regula o Quadro Institucional dos Distritos Municipais em Moçambique”. En *Boletim da República*, Lei 3/94 de 13 de Setembro de 1994.
- República de Moçambique. “Boletim da República: Lei das Autarquias Locais”. En *Boletim da República*, Lei 2/97 de 28 de Maio de 1997.
- República de Moçambique. “Constituição da República”. En *Assembleia da República*. Maputo: Imprensa Nacional de Moçambique, 2004.

Paulo Jacob Inguane
Universidade Save. Extensão de Maxixe
Faculdade de Letras e Ciências Sociais. Curso de Direito
Av. A. Boavida, s. n.
CP 12, Maxixe (Mozambique)
plnunes9@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9234-3470>



**MEDIACIÓN DE CONSUMO: UNA PERSPECTIVA
ESPAÑOLA Y EUROPEA***

**CONSUMER MEDIATION: A SPANISH AND EUROPEAN
PERSPECTIVE**

ELVIRA MARUGÁN ESCOBEDO
Universidad de Extremadura

Recibido: 05/05/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

En el presente trabajo comenzamos analizando las generalidades de la mediación como institución, a modo de introducir la cuestión nuclear de nuestro estudio: la mediación de consumo. Posteriormente, estudiaremos en profundidad todos los aspectos de esa mediación en el ámbito del Derecho de consumo, de tal forma que analizaremos la legislación que le afecta, tanto a nivel comunitario, como estatal y autonómico y todos los aspectos que de esa normativa derivan y que se aplican en todo caso a los procedimientos de mediación de consumo. Nos centraremos especialmente en los principios aplicables al procedimiento, prestando una especial atención a la dicotomía que se da entre la voluntariedad y la obligatoriedad de someterse a un procedimiento de mediación como paso previo al acceso a la vía judicial, analizando lo establecido al respecto por las disposiciones legales, pero también por la jurisprudencia y la doctrina.

* El presente trabajo es la culminación del Proyecto de Investigación con el que concurrimos a la convocatoria de Becas de Colaboración en Departamentos del Ministerio de Educación y Formación Profesional del año 2018, habiendo sido beneficiaria de una de dichas becas en el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, bajo la dirección del Profesor Dr. Jesús Conde Fuentes.

Por último, realizaremos un breve estudio sobre los medios online de resolución alternativa de litigios en materia de consumo, haciendo una especial mención a la Plataforma Europea de resolución de litigios en línea.

Palabras clave: Derecho de consumo, acceso a los tribunales, consumidores, mediación; mediación de consumo, mediación obligatoria, resolución alternativa de litigios, resolución de litigios en línea.

ABSTRACT

In our paper, we begin studying the mediation in general, as an institution, in order to introduce the nuclear issue of our study: consumer mediation. Subsequently, every aspect of this type of mediation will be analyzed in depth: the legislation that affects it, both at the European, state and regional level, as well as all the aspects that infer from this regulation, which apply, in any case, to consumer mediation procedures. We will particularly focus in the principles and rules applicable to the procedure, paying special attention to the dichotomy between voluntariness and obligatoriness regarding submit a mediation procedure as a previous step to the Court access, analyzing not only the legal prescripts on this field, but also the jurisprudence and the doctrine. Finally, a brief study will be made about the online dispute resolution methods in the consumption law field, making a special mention to the European Online Dispute Resolution Platform.

Keywords: Consumption Law, Court access, consumers, mediation, consumer mediation, mandatory mediation, alternative dispute resolution, online dispute resolution.

Sumario: 1. Introducción. 2. La mediación: nociones generales: 2.1. Concepto y diferencias con otros medios de resolución de conflictos; 2.2. La Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. 3. La mediación de consumo: 3.1. Ámbito competencial y normativo; 3.2. La Ley 7/2017 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. 4. La resolución de conflictos online en materia de consumo. La Plataforma Europea de resolución de litigios en línea. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Es innegable la importancia del Derecho de Consumo en general y de la resolución extrajudicial de conflictos en particular (como es la mediación), en la vida diaria de cualquier ciudadano. La legislación en materia de protección de consumidores y usuarios es fundamental en la actualidad, pues se observa una evidente disparidad en las relaciones de las empresas y los consumidores, ya que las primeras cada vez son más grandes y tienen más poder, dejando así a los consumidores al arbitrio de lo que ellas dispongan. Por ello, se deben establecer límites y arbitrar mecanismos para hacer efectivos todos los derechos que se les reconocen a los consumidores por el mero hecho de tener ese estatus. Así, la mediación de consumo es uno de esos mecanismos que puede articularse con el fin de aumentar y mejorar la protección de los consumidores, y ello porque en la mayoría de las disputas que se producen en este ámbito no son apropiadas para gestionarlas por vía judicial, ya que suelen consistir en reclamaciones de cantidades muy pequeñas, y al consumidor no le compensa un procedimiento judicial, fundamentalmente por motivos de tiempo y de costes. La mediación, al igual que otros medios alternativos de resolución de litigios, resulta idónea en esta materia, ya que permite disminuir los plazos y ahorrar costes.

Teniendo todo ello en cuenta, a lo largo del presente trabajo se analizará, en primer lugar, todo lo relativo a la institución de la mediación en general, partiendo de la base de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Si bien esta norma no resultaba aplicable a la mediación en consumo porque -de hecho- la prohibía, como ya se verá, ha de tenerse en cuenta, pues sienta las bases de su regulación. También se estudiarán las diferencias que se pueden observar entre la mediación y otros medios de resolución de conflictos, tanto los autocompositivos como los heterocompositivos.

Seguidamente, se tratará en profundidad la mediación de consumo, con lo que lo primero a abordar será el ámbito competencial y normativo

en la materia, pues el Derecho de Consumo y la protección de consumidores y usuarios son competencias compartidas entre la Unión Europea, el Estado español y las Comunidades Autónomas, lo que comporta una gran diversidad normativa en la materia. No obstante, nos referiremos en especial a una norma concreta, cual es la reciente Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución de litigios en materia de consumo, que, trasponiendo la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, se encarga de regular todo lo relativo a la mediación de consumo, en tanto en cuanto es un medio alternativo de resolución de conflictos en este ámbito. La aprobación de esta norma comportó la derogación de la prohibición del uso de la mediación en el ámbito del Derecho de Consumo que hacía la Ley 5/2012.

Con todo, atenderemos especialmente a los principios aplicables a los procedimientos, y más concretamente a la voluntariedad de someterse a los mismos, ya que resulta sumamente trascendente en cuanto a la protección del consumidor por los motivos que más adelante se desarrollarán; así como a las entidades de resolución alternativa de litigios, estudiando los requisitos aplicables para su acreditación y las exigencias impuestas a las personas físicas que se encarguen de resolver los procedimientos gestionados por las primeras.

Por último, se efectuará una referencia a los medios *online* de resolución de litigios con consumidores. Dada la importancia de las nuevas tecnologías en nuestra vida diaria no se puede olvidar la posibilidad que se nos ofrece de tramitar las reclamaciones de consumo por vías electrónicas. Así, se hará referencia a la mediación electrónica, que es, en la actualidad, un proyecto de futuro, y además se estudiará la Plataforma Europea de resolución de litigios en línea.

2. LA MEDIACIÓN: NOCIONES GENERALES

2.1. CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON OTROS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Establecer un concepto de mediación no es sencillo. La ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, da una definición de mediación en su primer artículo. Así, se entiende por mediación, como concepto legal, “*aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”. Sin embargo, a pesar de la claridad y sencillez de la definición expuesta por la ley, la doctrina difiere de esa definición, entendiendo algunos autores que establecer un concepto de mediación es una tarea extremadamente compleja por factores tales como la inexistente tradición de esta figura en nuestro ordenamiento, las distintas regulaciones que se le da dependiendo del ámbito de aplicación a que nos refiramos o incluso dependiendo del territorio en que se quiera emplear¹. Además, otros autores propugnan que la definición legal no es del todo correcta, debido, esencialmente, a dos factores. En primer lugar, porque alude a cualquier método de resolución de conflictos, no diferenciando la mediación de otros medios como la conciliación que pueden ser confundidos con la primera; y, en segundo lugar, porque realmente la mediación no supone la solución de la controversia que a ella se somete, pues con este método no se garantiza esa solución, sino que dependerá de la voluntad de las partes². Por ello, aquellos que defienden esta idea definen la mediación como un “procedimiento confidencial de gestión de conflictos en el que un tercero profesional, neutral e imparcial, que carece de autoridad para imponer una solución, ayuda a las partes a

1 Helena Soletó Muñoz, “La mediación conectada con los tribunales”, en *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*. Coordinado por Emiliano Carretero Morales y Cristina Ruíz López. (Madrid: Tecnos, 2017), 493-510. En el mismo sentido, pero con posterioridad, *vid.* Emiliano Carretero Morales, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia* (Madrid: Dykinson, 2016), 78.

2 Carretero Morales, *La mediación civil y mercantil...*, 78-79.

resolver voluntariamente una disputa o a negociar una transacción adecuada a sus propios intereses y necesidades”.

En cualquier caso, tomaremos para el estudio de la materia el concepto de mediación contenido en la legislación por ser este el vigente e imperativo. Con ello, se establecen claras diferencias entre la mediación y otros medios de resolución de conflictos. La mediación se configura como un método autocompositivo, esto es, en el que son las propias partes en conflicto las que deciden someterse a ella de manera voluntaria. Otros métodos autocompositivos son la negociación y la conciliación. En el caso de la negociación, la diferencia principal con la mediación es que en la primera no hay un tercero que intervenga en la solución del litigio, sino que son las partes por sí mismas las que tratan de llegar a un acuerdo. Por su parte, la conciliación se da con el objetivo de evitar un procedimiento judicial o terminar uno ya iniciado. Es por ello por lo que el tercero interviniente es un Juez de Paz o un Letrado de la Administración de Justicia³, con lo que la diferencia fundamental con la mediación se basa en que en esta última el tercero no es parte del sistema de justicia, sino que el mediador es -simplemente- un tercero imparcial elegido por las partes.

Sin embargo, no solo se diferencia la mediación de otros métodos autocompositivos de resolución de litigios, sino que también pueden destacarse sus diferencias respecto de las vías heterocompositivas, cuales son la jurisdicción y el arbitraje. La diferencia esencial, por su entidad, ya que comporta la naturaleza de unas y otras vías, es la eficacia de la decisión. Así, en el caso de la mediación, la solución no es vinculante para las partes, sino que se atenderán a ella solo de manera voluntaria, mientras que tanto las resoluciones derivadas de procedimientos de arbitraje

³ En la actualidad, la conciliación se regula en los arts. 139 y ss. de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. La conciliación es voluntaria, encontrándose a disposición de las partes para obtener acuerdos de manera amistosa, evitando así posibles contiendas judiciales. Además, no obsta a que las partes puedan llegar a los mismos acuerdos mediante la intervención de otros operadores jurídicos como Notarios o Registradores.

como las sentencias tras un procedimiento jurisdiccional son vinculantes, hasta el punto de constituirse como títulos ejecutivos⁴.

2.2. LA LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

En materia civil y mercantil, la institución de la mediación se regula en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles⁵. El preámbulo de la ley justifica la propia existencia de la institución, en primer lugar, como canalización del derecho a la tutela de los derechos del ciudadano, configurando la mediación como alternativa a la vía jurisdiccional o la arbitral, respecto de las cuales, además, expresa la necesidad de delimitación. Así, como ya se ha mencionado, el artículo 1 de esta norma define la mediación como un medio de resolución de conflictos mediante el cual las partes tratan de, voluntariamente, llegar a un acuerdo con la intervención de un mediador. En su segundo artículo se establece el ámbito de aplicación, refiriéndose a la materia civil y mercantil, pero excluyendo expresamente la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas y la mediación laboral. Mención especial requiere la exclusión realizada en ese mismo artículo referente a la mediación en materia de consumo, pues dicha referencia quedó suprimida mediante la disposición final séptima de la Ley 7/2017 relativa a la Resolución Alterativa de Litigios en Materia de Consumo. Esa exclusión fue considerada por algunos autores como una interpretación errónea que efectuó el legislador español del Considerando número 11 de la Directiva 2008/52, puesto que esta permitía a los Estados estructurar la

4 Con reservas respecto al arbitraje, pues el laudo arbitral deberá ser homologado judicialmente (art. 25 de la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

5 Esta ley es fruto de la trasposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, si bien no se adaptó esta norma a nuestro ordenamiento jurídico en el plazo estipulado, esto es, hasta mayo de 2011 como límite máximo. Como viene siendo costumbre, la trasposición no se produjo hasta la promulgación de urgencia del Real Decreto Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Este texto fue posteriormente convalidado como ley dando lugar a la vigente ley 5/2012.

mediación en cualquier ámbito civil y mercantil, incluida la materia de consumo, como estos considerasen oportuno de acuerdo con su normativa interna siempre que se respetase la base de la propia Directiva⁶.

De acuerdo con esta ley, la mediación ha de sujetarse a una serie de principios, cuales son la voluntariedad, en tanto en cuanto no se podrá obligar a nadie a someterse a ella; la igualdad de partes y la imparcialidad y neutralidad del mediador; y la confidencialidad, ya que ni el mediador ni las partes podrán revelar información relativa al procedimiento.

En cuanto a los sujetos intervinientes en la mediación, básicamente, son dos: las partes en conflicto que deciden someterse al proceso de manera voluntaria y el tercero que ejerce las funciones de mediador. En lo que respecta a las partes, tienen plena libertad en lo que al proceso de mediación se refiere, pues se configurará como estimen conveniente, si bien deberán atender en sus actuaciones a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, no debiendo ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales de ningún tipo en relación con el objeto que se somete a mediación en tanto en cuanto no se sustancie esta, exceptuando las solicitudes de medidas cautelares o urgentes que resulten imprescindibles⁷.

Por su parte, el mediador podrá ser una persona física o bien tomar la forma de las llamadas instituciones mediadoras, que podrán ser públicas o privadas. No obstante, en caso de que se trate de una de estas personas jurídicas, siempre deberá designarse a una persona física que cumpla con los requisitos establecidos en la ley para poder ejercer como mediador. Dichos requisitos, que ha de cumplir cualquier sujeto que pretenda desempeñar las funciones de mediador, se contienen en el artículo 11 de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y son: estar en situación de pleno ejercicio de sus derechos civiles sin que en él

6 A este respecto, Fernando Esteban De La Rosa, "La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo", *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política* 25 (2017): 22.

7 Ignacio Díez-Picazo Giménez, "El arbitraje y la mediación", en *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, dir. por Andrés de la Oliva Santos y Jaime Vegas Torres (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014), 585-612.

concurra ningún impedimento legal por razón del ejercicio de su profesión; contar con un título universitario oficial o con formación profesional superior, y, en cualquier caso, con formación específica en el ámbito de la mediación⁸; y, por último, deberá suscribirse un seguro cuya cobertura comprenda la eventual responsabilidad civil que pueda surgir por su actuación respecto de los conflictos en los que intervenga como mediador. Además de todo ello, el mediador tendrá que observar ciertas reglas y principios en su actuación, que son los contenidos en el artículo 13 de la ya mencionada ley. Así, deberá facilitar en todo momento la comunicación entre las partes, tender, de manera activa, a su acercamiento o manifestarles cualquier circunstancia que pudiera comprometer su imparcialidad. Se contempla la posibilidad de renuncia del mediador, en cuyo caso deberá este entregar a las partes un acta en la que se refleje su deseo de renunciar.

3. LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

3.1. ÁMBITO COMPETENCIAL Y NORMATIVO

Si se habla de Derecho de Consumo, el primer ámbito competencial y normativo que ha de tenerse en cuenta es el comunitario. La Unión Europea tiene, en virtud del artículo 4.2.f) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la competencia compartida con los Estados miembros en materia de protección de los consumidores. Por ello, gran parte de la normativa en la materia proviene de normas comunitarias. En el ámbito concreto de la mediación de consumo encontramos la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Fundamental es también la actividad del Tribunal de Justicia de

8 De acuerdo con el citado artículo, esta formación específica se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos que deberán haber sido impartidos por parte de instituciones acreditadas a tal efecto. Esta formación acreditará al mediador para poder ejercer sus funciones en cualquier parte del territorio nacional.

la Unión Europea en materia de consumo, pues ha modificado en numerosas ocasiones la normativa de protección de consumidores del ordenamiento español, así como la jurisprudencia de nuestros tribunales⁹.

No obstante, como se ha mencionado, esa competencia en protección de los consumidores es compartida con los Estados miembros, con lo que también España tiene competencias legislativas en la materia. En este concreto ámbito, en resolución alternativa de litigios consumidores, ha de mencionarse la reciente Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que traspone esa Directiva 2013/11 de la Unión Europea. Esta ley permitió que la mediación pudiera aplicarse a conflictos en los que intervengan consumidores, pues anteriormente venía específicamente prohibido el uso de este método por la Ley 5/2012, como ya se ha explicado con anterioridad.

Sin embargo, la competencia estatal en el caso de España no está compartida únicamente con la Unión Europea, sino que las Comunidades Autónomas también tienen adquiridas competencias en la materia. De hecho, algunas contemplan la competencia exclusiva en materia de protección de consumidores en sus respectivos estatutos de autonomía. El mejor ejemplo a este respecto es Cataluña, pues en 2010 se aprueba el Código de Consumo de Cataluña, mediante Ley 22/2010, de 20 de julio. Esta Comunidad Autónoma tiene adquiridas competencias exclusivas en materia de consumo en su estatuto de autonomía, concretamente en su artículo 123. Por ello, adoptó esta norma con el objetivo de dotar a los consumidores y usuarios de una mayor protección en su ámbito territorial, siempre, por supuesto, teniendo en cuenta la normativa europea. Por su parte, Extremadura tiene igualmente adquiridas competencias

9 Piénsese en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016\309), referente a la nulidad de las cláusulas suelo. Dicha sentencia fue producto de una serie de cuestiones prejudiciales planteadas ante dicho tribunal tras la sentencia del Tribunal Supremo español 241/2013, de 9 de mayo. Esta última declaraba la nulidad de las cláusulas suelo, y prohibía su uso a las entidades en los contratos de préstamo hipotecario, pero denegaba la retroactividad de su decisión. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sin embargo, entendía, de una manera más coherente, que la nulidad comportaba necesariamente la retroactividad, y, por tanto, la obligación de las entidades de devolver a los consumidores las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas suelo, cuestionando así la protección que el consumidor recibe en España.

exclusivas en materia de consumo y protección de consumidores y usuarios en virtud del artículo 9.1.18 del estatuto de autonomía. En desarrollo de esa previsión, encontramos, por ejemplo, la reciente ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras en Extremadura. A nivel institucional, se puede hablar del Instituto de Consumo de Extremadura, que tiene funciones ejecutivas de las competencias en la materia adquiridas por la Comunidad Autónoma¹⁰, así como la Junta Arbitral de Consumo de Extremadura, que es supervisada por el Instituto y que es la entidad de resolución alternativa de litigios de carácter público que se encarga de conocer de los conflictos en los que intervienen consumidores en el ámbito territorial de nuestra Comunidad Autónoma, siempre y cuando las partes quieran someterse a procedimientos alternativos como la mediación o el arbitraje.

3.2. LA LEY 7/2017 RELATIVA A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO

Con el objetivo de trasponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, se aprueba la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Esta ley comportó que la disposición relativa a la exclusión de la mediación en supuestos de litigios con consumidores y usuarios que contenía la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles dejara de tener virtualidad.

Si se atiende a lo expuesto en el preámbulo de la Ley 7/2017, se entiende la motivación tanto de la propia ley como de la directiva que traspone. Se expone en dicho preámbulo la evolución de la protección de los

10 De acuerdo con el artículo 4 del Decreto 214/2008, de 24 de octubre, mediante el cual se aprueban los estatutos del Instituto de Consumo de Extremadura, estas competencias son, entre otras: asesoramiento al Consejo de Gobierno de Extremadura en materia de consumo; información a los consumidores y usuarios sobre sus derechos, impulsando y promoviendo su formación en la materia; fomento de prácticas de consumo ético, justo y ecológicamente responsable; o potenciar el uso de la mediación y el arbitraje para resolver los conflictos con consumidores.

derechos de los consumidores en el ámbito de la Unión Europea, distinguiéndose dos etapas. Una primera etapa en la que simplemente se reconocieron los derechos de los consumidores por el hecho de serlo, así como los principios rectores de la normativa al respecto; y una segunda etapa en la que, tras constatar que el mero reconocimiento no era suficiente, se comenzaron a integrar mecanismos para hacerlos efectivos. Aun así, se observaban dificultades en el acceso a la justicia ordinaria por parte de los consumidores, constatándose, así, como insuficientes los medios que se habían articulado. Por ello, se empiezan a dictar normas relativas a la resolución extrajudicial de los litigios surgidos entre los consumidores y empresarios. Con todo ello, se llega a la aprobación de la Directiva 2013/11/UE y a la ley que la traspone, cuyo estudio nos ocupa. Ambas normas garantizan, en definitiva, la existencia de una vía alternativa de resolución de conflictos para los consumidores, cual es la de la mediación. Así, podrán los consumidores, en cualquier caso, someterse a la mediación con la garantía de que se llevará a cabo mediante instituciones de resolución alternativa de litigios debidamente acreditadas y bajo la sujeción a una serie de principios que garantizarán en todo momento la defensa de sus intereses.

Con todo, se aprueba en el ámbito nacional la ley 7/2017 que se centra básicamente en dos materias que serán objeto de estudio por este trabajo. En primer lugar, la norma expone los principios rectores a los que deberá sujetarse cualquier procedimiento alternativo de resolución de litigios en materia de consumo, ya sea mediación, arbitraje u otro distinto. Y, en segundo lugar, la ley se encarga de regular todo lo relativo a las denominadas entidades de resolución alternativa de litigios, que serán las que se encarguen de tramitar el procedimiento. De ambas cuestiones se ocupa la ley sin una sistemática clara, pues comienza abordando la acreditación de las entidades de resolución, pasando a tratar los principios rectores en el marco del procedimiento para volver, con posterioridad, a regular los requisitos exigibles a las personas encargadas de la resolución y al procedimiento para la acreditación de las entidades y sus

obligaciones. En nuestra opinión, hubiera sido más coherente regular primero todos los requisitos, tanto los atinentes a las entidades como los que respectan a las personas encargadas de la resolución, así como de los procedimientos de acreditación y, después, pasar a los aspectos concernientes al procedimiento de resolución *per se*, como son los principios aplicables al mismo.

3.2.1. Los principios aplicables a los procedimientos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo

La ley 7/2017, en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I, recoge una serie de principios. En primer lugar, contempla ciertos principios que la propia ley califica como rectores. Lo hace concretamente en el artículo 8 y dichos principios son los de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. Pero, además, la ley recoge otros principios, si bien, de acuerdo con el mismo título de la Sección 2ª, no se consideran principios como tal, sino requisitos que ha de seguir el procedimiento. Sin embargo, estas premisas han de ser consideradas como principios, pues, de hecho, el Anteproyecto de Ley los calificaba como tales y no como requisitos¹¹, y son los siguientes: voluntariedad frente a obligatoriedad, defensa y asesoramiento de las partes, coste y duración del procedimiento, facilidad de acceso al mismo, igualdad y contradicción de las partes y la ineficacia para el consumidor de acuerdos previos.

Los principios rectores: Como ya se ha mencionado, los principios que la ley califica como rectores respecto de los procedimientos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo, se contienen en el artículo 8, y son los principios de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. Este artículo simplemente los enuncia, pero no los desarrolla, sino que se van mencionándose a lo largo de todo el cuerpo normativo. Así, aparecen la independencia e imparcialidad, por

11 En este sentido, Alicia Agüero Ortiz, “La transposición de la Directiva 2013/11/UE al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 7/2017 de 2 noviembre”, en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, dir. por Inmaculada Barrals Viñals (Madrid: Reus, 2018), 41-74.

ejemplo, en el artículo 23 en referencia a los requisitos que han de cumplir las personas encargadas de la resolución del litigio; en cuanto a la transparencia, se contempla en el artículo 35 respecto de las obligaciones de las entidades de resolución acreditadas; respecto de la eficacia, se menciona en cuanto a los pactos previos que puedan darse entre el consumidor y el empresario, diferenciando entre los procedimientos con resultados vinculantes y no vinculantes; y en lo que respecta a la equidad, también se menciona en el marco de las obligaciones de las entidades en el artículo 35¹².

Voluntariedad: A la voluntariedad como principio¹³ se refiere el artículo 9 de la Ley 7/2017, estableciendo que ninguna de las partes en conflicto, ni consumidor ni empresario, podrán ser obligadas a someterse a un procedimiento de resolución alternativa de litigios. No obstante, se contempla una excepción a esta máxima de la voluntariedad, cual es la de que una norma especial establezca la obligatoriedad de sometimiento a estos procedimientos.

Este principio de voluntariedad absoluta es una decisión del legislador español, pues la Directiva 2013/11 que traspone la Ley 7/2017 establecía la posibilidad de que los Estados miembros impusieran la obligatoriedad si así lo consideraban oportuno, siempre y cuando ello no supusiera un impedimento para ninguna de las partes respecto del acceso al sistema judicial. Teniendo esto en cuenta, no se entiende muy bien por qué el legislador nacional ha tomado esta decisión, ya que supone una rémora para la defensa de los derechos del consumidor, sobre todo en cuanto a la mediación¹⁴. La única explicación al respecto es que esa voluntariedad se basa en la previsión que hace en la materia la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues declara,

12 Todo ello se abordará con más profundidad, desarrollándolo, en los apartados posteriores del presente trabajo que correspondan en cada caso.

13 La ley se refiere a la voluntariedad como requisito y no como principio, pero, como ya se ha explicado, sería más adecuado considerar todos esos requisitos de la Sección 2ª como principios.

14 Ello porque la mediación es más económica y rápida, con lo que acudir a ella por parte de los consumidores va a resultar siempre más atractivo que hacerlo al arbitraje y, por supuesto, a la vía judicial.

en su artículo 6, que la mediación es voluntaria, sin perjuicio de los pactos previos al conflicto que se puedan efectuar. Declara la voluntariedad incluso respecto de la permanencia en el procedimiento y de su conclusión con un acuerdo.

Sin embargo, todo lo anterior lo único que supone es una merma en los derechos y garantías del consumidor, que podrá verse obligado a acudir a un proceso más costoso, como es la vía judicial¹⁵, para ver satisfecha su reclamación en el caso en el que el comerciante se niegue a someterse a un procedimiento de mediación. Esta cuestión se solventaría si el legislador le impusiera a la empresa la obligación de intentar, con carácter previo al proceso judicial, la mediación, o, al menos, la asistencia a una sesión informativa previa, en la que ambas partes recibirán toda la información relativa al procedimiento de mediación, pudiendo tras ello decidir sobre la conveniencia de someterse a ella o bien escoger otro medio de resolución, ya sea judicial o no. Incluso en materia de arbitraje, la solución podría venir dada por la obligatoriedad de adherirse al sistema arbitral de consumo. La prueba de que la voluntariedad para ambas partes perjudica enormemente al consumidor la dan los datos estadísticos, pues en aquellos países en los que se ha impuesto la obligatoriedad, como son Italia o Francia, los procedimientos alternativos, y, en concreto, los de mediación, son mucho más numerosos que en aquellos que se instaura la voluntariedad plena.

Estas obligaciones de asistencia a la sesión informativa previa o de adhesión al sistema arbitral de consumo, entre otras que podrían

15 Como ejemplo de esto, podría hablarse del sistema extrajudicial para la reclamación de las cantidades indebidamente abonadas en concepto de cláusulas suelo que articuló el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. Este sistema suponía una vía alternativa de resolución de los litigios ocasionados por el uso de esas cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario. Sin embargo, la voluntariedad se estableció para las dos partes, tanto para el consumidor como para las entidades bancarias, con lo que, al final, la decisión la tomaba en exclusiva esta última, pues, además, se les concedieron muchas prerrogativas en la materia (fijación de plazos, establecimiento de la forma o la posibilidad de no responder a la reclamación, entre otras). Al respecto, *vid.* Jesús Conde Fuentes, "El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo", *Revista de Derecho Civil* 4 (2017): 219-233.

proponerse, deberían tenerse en cuenta no ya por el legislador nacional, sino por los distintos legisladores de las Comunidades Autónomas, ya que juegan un papel fundamental en materia de protección de los consumidores¹⁶. Esto iría en consonancia con lo previsto en la Ley 7/2017 respecto a la voluntariedad, pues la excepciona a que una ley especial establezca la obligatoriedad. El ya mencionado Código de Consumo de Cataluña realizó el primer intento en la materia, al establecer la obligatoriedad de acudir con carácter previo a un procedimiento de mediación como requisito de procedibilidad para admitir a trámite reclamaciones administrativas o demandas en vía judicial sobre créditos y préstamos hipotecarios. Sin embargo, el Tribunal Constitucional¹⁷ anuló por inconstitucionales partes de ese precepto, ya que entendía que violaba el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, en tanto en cuanto la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.6 de la Constitución. Lo positivo de este pronunciamiento es que declara la inconstitucionalidad por la invasión competencial, ya que imponía un requisito de procedibilidad, pero no por declarar la obligatoriedad, con lo que no se cuestiona ya la validez de este aspecto.

De otro lado, no podemos obviar que la dicotomía entre voluntariedad y obligatoriedad respecto de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos no puede referirse en exclusiva al acceso a ellos como

16 Si bien no se contempla expresamente esta posibilidad en el artículo 148 de la Constitución, todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de consumo en sus Estatutos de Autonomía, pues tampoco declara el artículo 149 la competencia exclusiva del Estado en la materia. Ello porque la realidad es que el Derecho de Consumo se encuentra integrado por multitud de materias, con lo que afecta a varios títulos competenciales. A esta imprecisión trató de poner fin la redacción original de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios efectuando en su articulado un reparto competencial en la materia dentro de su articulado entre el Estado, las Comunidades Autónomas e incluso los entes locales. Sin embargo, ese reparto fue recurrido ante el Tribunal Constitucional, resolviéndose mediante la sentencia 15/1989, de 26 de enero. En definitiva, las Comunidades Autónomas pueden, y de hecho así lo han llevado a cabo, asumir competencias en materia de consumo, si bien hay que tener en cuenta ámbitos normativos superiores como son la Unión Europea y el Estado, no pudiendo obviar la necesidad de comunicación y cooperación entre todas estas instituciones para dar una efectiva protección a consumidores y usuarios. En este sentido, Jesús Conde Fuentes, “La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, dir. por Fernando Jiménez Conde (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 307-315.

17 Mediante Sentencia (Pleno) de 24 de mayo de 2018 (RTC 2018/54).

requisito previo al procedimiento judicial. Así, la normativa europea en la materia¹⁸ establece la voluntariedad respecto de la eficacia de la resolución que se obtenga de ese procedimiento alternativo. Esto es, se otorga la posibilidad a las partes de que se atengan al resultado del procedimiento o bien no lo acaten y sometan el litigio a otro procedimiento, bien extrajudicial o judicial. No obstante, aquí también se le da a los Estados miembros cierto margen, puesto que se les permite que en sus legislaciones internas establezcan la obligatoriedad de someterse a la resolución que recaiga en el procedimiento alternativo, si bien esto sólo podrá ser obligatorio para los empresarios, nunca para el consumidor, con lo que dependerá de este, en cualquier caso, que la resolución tenga carácter vinculante o no.

En definitiva, el principio de voluntariedad rige, de acuerdo con la normativa vigente, en cualquier caso y para ambas partes respecto de la mediación y de cualquier otro procedimiento alternativo de resolución de conflictos en materia de consumo. Sin embargo, en aras de una mayor y mejor protección de los derechos de consumidores y usuarios, esa voluntariedad debería regir solamente para los consumidores, pero no para los comerciantes o empresas, que deberían venir obligados legalmente a someterse a ellos si ese es el deseo del consumidor, pues es la parte débil. Todo ello sin perjuicio, por supuesto, del derecho de ambas partes a acudir con posterioridad a la vía judicial, pues de lo contrario se estaría conculcando el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del artículo 24, pero sin olvidar que este no es el método más adecuado para satisfacer los intereses del consumidor.

Defensa y asesoramiento de las partes: Siguiendo con el orden del articulado de la Ley 7/2017, el artículo 10 regula los principios relativos a la defensa y asesoramiento de las partes en el marco de un procedimiento de resolución alternativa de litigios¹⁹. De acuerdo con este

¹⁸ Fundamentalmente la Directiva 2013/11 UE, y en concreto su artículo 9.2.a).

¹⁹ Esta postura viene avalada, además, por la jurisprudencia europea, ya que en este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017 (Sala

artículo, las partes no podrán ser obligadas a acudir al procedimiento asistidas de abogado y procurador, de lo cual serán informados ambos litigantes por parte de la entidad de resolución alternativa de conflictos de que se trate en cada caso.

No obstante, esto no supone una prohibición, sino que cualquiera de las partes, ya sea el consumidor o ya sea el empresario, podrá actuar en el proceso con abogado y procurador, en cuyo caso tendrá que comunicarlo a la entidad en el plazo de los tres días siguientes a la presentación de la reclamación en el supuesto de que sea el consumidor quien haga uso de estas figuras o bien en ese mismo plazo de tres días desde la recepción de la reclamación en el caso del empresario.

Además, el segundo inciso del artículo reconoce a las partes el derecho de acceso a cualquiera de las fases del procedimiento, ya sea compareciendo por sí mismas o asistidas por un tercero, así como el derecho de solicitar asesoramiento independiente sobre el proceso cuando así lo estimen necesario.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2017 (Sala Primera): Si bien venimos centrándonos en el estudio de la normativa nacional en materia de resolución alternativa de litigios en los que intervienen consumidores, es necesario hacer un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto a la Directiva 2013/11. En concreto, nos centraremos en la Sentencia de 14 de junio de 2017 de la Sala Primera, puesto que este pronunciamiento se dirigía a analizar los principios de voluntariedad y de defensa y asesoramiento anteriormente explicados.

La mencionada sentencia se dicta en el marco de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano, en concreto, el *Tribunale Ordinario di Verona*, en relación con un procedimiento que enfrentaba al Banco Popolare Società Cooperativa contra los señores Livio Menini y

Primera), Asunto *Livio Menini y María Antonia Rampanelli contra Banco Popolare Società Cooperativa* (TJCE 2017\95).

María Antonia Rampanelli. El asunto versaba sobre la reclamación que efectuaba el banco contra sus clientes por importe de 991.848'21 euros, cuantía que adeudaban en virtud de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria. Ante el requerimiento de pago del banco, los clientes presentaron oposición y solicitud de suspensión de las medidas de ejecución provisional que se les habían impuesto. La cuestión prejudicial que el Tribunal Ordinario de Verona remite al Tribunal de Justicia de la Unión Europea deriva precisamente de esa oposición al requerimiento de pago, puesto que entiende, que, en aplicación del Derecho italiano, esa oposición solo podría darse si se hubiera incoado con anterioridad un procedimiento de mediación.

Aun teniendo en cuenta que el fondo del asunto es importante para determinar ciertas cuestiones, como la condición de consumidores de las partes enfrentadas contra el banco, nos interesa más en este ámbito el contenido de la cuestión prejudicial planteada y, por supuesto, el de la sentencia que sobre ella se pronuncia.

Así, el Tribunal Ordinario de Verona plantea dos cuestiones prejudiciales. Una de ellas se desestima por entender el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sobre ello debe pronunciarse el órgano jurisdiccional nacional; sobre la segunda de las cuestiones, que es la que tiene importancia en nuestro estudio, se plantea un problema interpretativo de la Directiva 2013/11. Con ello, se cuestionan tres circunstancias que contempla el Derecho italiano. En primer lugar, si la Directiva 2013/11 se opone a que las legislaciones nacionales establezcan la obligatoriedad de someterse a un procedimiento de mediación hasta tal punto de constituirse como requisito de admisibilidad de la demanda judicial; en segundo lugar, si, además, se puede establecer, de acuerdo igualmente con la Directiva, la obligatoriedad para el consumidor de acudir a ese procedimiento de mediación bajo asistencia letrada; y, por último, si de nuevo la Directiva se opone a que el consumidor solo pueda decidir no someterse a la mediación en caso de que concurra alguna causa justificada.

En cuanto a la primera cuestión, de si se puede predicar la obligatoriedad de la mediación como requisito previo a la vía judicial, el Tribunal italiano se pregunta si la posibilidad de que los Estados miembros así lo establezcan se refiere solo a aquellos conflictos que queden al margen de la aplicación de la Directiva, pues entiende que es esta la interpretación que puede efectuarse del tenor literal del artículo 1 de la Directiva 2013/11²⁰. Ante este argumento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde que no solo hay que tener en cuenta la interpretación literal de los preceptos, sino que, tal y como acredita su propia y reiterada jurisprudencia, ha de tenerse en cuenta también el contexto y los objetivos que pretende alcanzar la normativa en cuestión. Así, teniendo en cuenta el tenor del precepto, pero también lo dispuesto en la Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entiende que la voluntariedad en cuanto a la mediación no reside en el sometimiento del litigio a este sistema antes que al judicial, sino en que son las propias partes las que podrán estructurar, como deseen, el proceso, así como abandonarlo en cualquier momento, de tal modo que la cuestión importante en este ámbito es preservar el derecho de las partes a acceder al sistema judicial,

20 Artículo 1 de la Directiva 2013/11 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo: *“El objetivo de la presente Directiva es contribuir, a través de un alto nivel de protección del consumidor, al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando que los consumidores puedan, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, «procedimientos de resolución alternativa») que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial”*.

21 En su artículo 5.2 establece que: *“La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial”*. Así como el considerando número 13 de la misma norma: *“La mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento. No obstante, el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación; por otra parte, también deben poder señalar a las partes la posibilidad de la mediación, cuando resulte oportuno”*.

que por otra parte se erige en derecho fundamental. Es por esto por lo que, si bien no se observa en modo alguno que esa obligatoriedad no compromete el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 2013/11, sí que podría plantearse la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, en tanto en cuanto es requisito previo para la admisión a trámite de una ulterior demanda. Sin embargo, a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esto no supone más que una limitación del derecho, pero en ningún caso la conculcación de este, con lo que, de acuerdo con su propia jurisprudencia, es perfectamente admisible, puesto que se considera una restricción proporcional al objetivo perseguido por ella. De hecho, no puede apreciarse de ningún modo una violación del derecho a la tutela judicial efectiva si se tiene en cuenta que las partes pueden retirarse en cualquier momento del procedimiento, que su resolución no es vinculante para las partes²², y que, además, los plazos de prescripción o caducidad de las acciones se suspenden en el transcurso del procedimiento de mediación, con el fin de no obstaculizar un posterior acceso a un procedimiento judicial.

En lo que respecta a la obligación impuesta por el Derecho italiano al consumidor de ser asistido por un abogado en los procedimientos de mediación, entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, de conformidad con los artículos 8.b) y 9.1.b) de la Directiva, no es válida. Ello porque la norma comunitaria establece que los Estados deben velar por que el acceso a los procedimientos de resolución alternativa en materia de consumo sea sencillo, sin necesidad de asistencia letrada ni ningún otro tipo de asesoría jurídica, debiendo, de hecho, informarse a los consumidores de esta cuestión, no pudiendo ningún legislador nacional ir en contra de este principio.

22 No obstante, hay que tener en cuenta que el artículo 9.3 de la Directiva 2013/11 establece la posibilidad de que los Estados miembros, en sus legislaciones propias, dispongan que las resoluciones de los procedimientos de mediación tengan carácter vinculante para los comerciantes, si bien para ello el consumidor tendrá que estar de acuerdo con la resolución, puesto que para ellos en ningún caso podría ser vinculante.

Por último, la tercera cuestión que planteaba el Tribunal Ordinario de Verona versaba sobre la posibilidad o no de los Estados miembros para obligar a los consumidores a someterse al procedimiento de mediación con carácter previo al acceso a la vía judicial y sin posibilidad de retirarse del mismo sin concurrencia de causa justificada para ello. Respecto a esta cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estipula que no cabe la posibilidad de contemplar esta obligatoriedad de mantenerse en el procedimiento de mediación a excepción de causa que justifique retirarse del mismo, puesto que, además, se contemplaban sanciones por ello en el procedimiento judicial que pudiera abrirse con posterioridad. Ello porque contraría el artículo 1 de la Directiva 2013/11, cuyo contenido ya se ha mencionado. Incluso en las legislaciones que obligan a los empresarios a someterse a estos procedimientos, no se puede contener este tipo de prescripciones, puesto que para el consumidor nunca podría ser obligatorio mantenerse en el procedimiento de mediación en ningún caso, puesto que de lo contrario sí se vería mermado el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

En conclusión, y en lo que en nuestro estudio más nos interesa, queda claro en este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la obligatoriedad de sometimiento a procedimientos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo es perfectamente válida. Es más, a nuestro juicio, no es solo válida, sino beneficiosa para el sistema y, sobre todo, para los consumidores.

Ahora bien, a modo de reflexión, entendemos que la obligatoriedad no debe predicarse de ningún modo en el caso de los consumidores, sino solo de los comerciantes o empresarios, pues son la parte dominante de las relaciones de las que surgen este tipo de litigios, con lo que no puede crearse la situación de que sigan siendo ellos quienes, en definitiva, tienen más opciones dentro del procedimiento, bien sea alternativo como la mediación o bien sea judicial. De esta forma se estaría desvirtuando un sistema que en principio se articula para otorgar una mayor protección al consumidor, ya que es quien la necesita, y no el empresario, que

normalmente es quien impone su criterio y condiciones en todas las fases de la relación con el consumidor.

Coste y duración del procedimiento: Las cuestiones más relevantes en cuanto a los procedimientos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo, desde el punto de vista del consumidor, son precisamente el coste y la duración de estos²³. Y ello porque son estos aspectos los que disuaden, en su mayoría, a los consumidores de efectuar reclamaciones en vía judicial, ya que normalmente se trata de asuntos de escasa cuantía e importancia²⁴. Es por esta razón por la que los artículos 11 y 20 de la Ley 7/2017 establecen que el proceso será gratuito en cualquier caso para el consumidor y que no excederá su resolución del plazo de noventa días naturales, respectivamente.

Profundizando en el aspecto del coste del procedimiento, la Directiva 2013/11, en su considerando 41 y en su artículo 8.c), propugna la gratuidad de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, si bien abre la puerta a que se cobren costas. En todo caso, esas costas no deberán suponer impedimento alguno a la accesibilidad de los procedimientos, debiendo estos mantener su atractivo y seguir siendo asequibles, con lo que el coste no deberá exceder de una cuota mínima, simbólica. En este sentido, el proyecto de ley fijaba una cuantía máxima de treinta euros, que se reintegrarían al consumidor en caso de que su pretensión fuera totalmente satisfecha. Finalmente, esta previsión fue excluida y la vigente Ley 7/2017 establece la total gratuidad del procedimiento.

Como reflexión, el pago de una cuantía, aunque esta sea simbólica, en concepto de costas del procedimiento presenta tanto ventajas como

23 Esther Pillado González, "La mediación en materia de consumo", en *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, dir. por Ester Pillado González (Madrid: Tecnos, 2012), 159 y 160.

24 Ello si se observa desde el punto de vista individualizado de cada consumidor, pues si ampliamos la perspectiva, pueden ser muchos los consumidores afectados por una práctica concreta de una o varias empresas que, finalmente, comporten que el asunto a tratar es de una magnitud mucho mayor. Sin embargo, lo que se trata, en definitiva, es de que los consumidores individualmente no se abstengan de reclamar por cuestiones como el coste o la duración del procedimiento, y es por estas razones por las que se articulan estos mecanismos.

inconvenientes. Así, el abono de un precio, por bajo que fuera, impediría en cierto modo que se abusara del sistema. Además, señala la doctrina que su gratuidad podría comportar que las entidades de carácter privado que se plantearan solicitar su acreditación como entidades de resolución alternativa de litigios no lo hicieran por resultar el negocio poco o nada rentable, lo cual se evitaría con la imposición de una cantidad a las partes. Sin embargo, estas ventajas que supondría el cobro de una cuantía no compensan los inconvenientes que presenta, ya que ese gravamen comportaría un elemento disuasorio al consumidor a la hora de presentar una reclamación, puesto que, además, no se está teniendo en cuenta que la reclamación puede ser por una cuantía inferior a la que se pretende cobrar por el procedimiento. Además, en cuanto a las entidades, ese servicio puede ser ofrecido por entidades públicas, con lo que no se presentaría, a la postre, ningún problema al respecto.

Por último, en lo que respecta a la duración de los procedimientos, ese plazo de noventa días naturales que se ha referido anteriormente se contará desde la fecha de presentación de la reclamación, o bien desde la recepción de toda la documentación que se precise para la tramitación del procedimiento. Sin embargo, el propio artículo 20, en su segundo inciso, contempla la posibilidad de prórroga de ese plazo, sin que pueda ser superior al previsto para la resolución del litigio, cuando esté presente una especial complejidad.

Facilidad de acceso: La facilidad de acceso a los procedimientos de resolución alternativa de conflictos viene recogida, como principio, en el artículo 12 de la Ley 7/2017. A este respecto, se establece que el acceso a los procedimientos deberá ser sencillo, con independencia del lugar donde se encuentren las partes²⁵ y también indistintamente del proceso de que se trate, contemplando incluso que pueda ser en línea. Además, el apartado segundo del artículo dispone que las oficinas y servicios de información y atención de las entidades de resolución alternativa,

²⁵ Se refiere en concreto a los consumidores, pues serán quienes accedan al procedimiento, al menos con carácter general y mayoritario.

deberán, en cualquier caso, diseñarse de tal modo que garanticen la accesibilidad universal a ellos, con la posibilidad de habilitar medios alternativos que aseguren el acceso a ellos por parte de personas con discapacidad o edad avanzada. Se entiende con esto que las entidades podrán habilitar medios electrónicos, pero que también tendrán que articular otros distintos para garantizar el acceso a los procedimientos de resolución alternativa a cualquier consumidor²⁶.

Igualdad y contradicción: El artículo 19 de la Ley 7/2017 consagra los principios de igualdad y contradicción de las partes en los procesos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo. En cuanto a la igualdad, se refiere el precepto a que se debe garantizar en el seno del procedimiento que se respeten las manifestaciones que las partes efectúen y que sus posiciones se mantengan equilibradas. Para hacer este principio efectivo, el artículo contempla la obligación de concederles a las partes un plazo suficiente para que formulen alegaciones, poniéndoselas en conocimiento a la otra parte mediante la documentación y demás pruebas, que podrán ser en formato electrónico, con que se hayan efectuado dichas alegaciones. Este intercambio de información entre las partes deberá garantizarse en todo momento, pudiendo hacerse por medios electrónicos o por cualquier otro método, y, además, deberá igualmente garantizarse el acceso al estado de la tramitación del procedimiento.

Eficacia de los acuerdos previos de sumisión a procedimientos de resolución alternativa de conflictos: Por último, respecto a los principios recogidos en la Ley 7/2017, es necesario analizar lo dispuesto en su artículo 15 referente a la validez y eficacia de los eventuales pactos a los que puedan llegar las partes con carácter previo al surgimiento del litigio relativos a la sumisión de estos a procedimientos de resolución alternativa

26 A este respecto, Iuliana Raluca Stroeie, "Análisis de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo", *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 2 (2017): 7, DOI <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/index>.

de conflictos. Así, dicho artículo sostiene que, en cuanto al consumidor, este tipo de pactos no tendrá eficacia, no serán vinculantes para él, cuando el acuerdo declare su sumisión a un procedimiento con resultado vinculante. De ello podría desprenderse que, si ese pacto se refiere a la mediación de consumo, sí sería válido y eficaz, puesto que no se trata de un procedimiento con resultado. Sin embargo, el artículo 13 de la misma norma, se refiere precisamente a aquellos pactos de sumisión cuyo objeto sea un procedimiento de resolución alternativa con resultado no vinculante, estipulando lo mismo que el artículo 15, es decir, que estos no serán eficaces para el consumidor. Por otra parte, en lo que respecta al empresario, esos pactos previos de sumisión sí serán vinculantes, en tanto en cuanto cumplan con los requisitos que en cada caso se contemplen para cada acuerdo concreto, o, en su caso, cuando el empresario venga obligado legalmente a someterse al procedimiento o se haya adherido voluntariamente²⁷, independientemente de que el pacto se refiera a un procedimiento con resultado vinculante o no.

Tanto el artículo 15 como el 13 de la Ley 7/2017 se basan en el artículo 10 de la Directiva 2013/11, que se refiere al principio de libertad. En virtud de este principio, el consumidor no podrá quedar en ningún caso vinculado por un pacto previo de sumisión a sistemas alternativos de resolución de conflictos cuando dicho pacto tenga como objetivo conculcar, de algún modo, el derecho que le ampara de acudir a la justicia ordinaria.

3.2.2. Las entidades de resolución alternativa de litigios

De acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2013/11, las entidades acreditadas van a ser las instituciones competentes para la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Es por ello por lo que todos los Estados miembros deberán garantizar la existencia de dichas entidades en un número suficiente como para hacer frente a todas las reclamaciones que puedan presentárseles, así como asegurar que cumplen con ciertos requisitos, que se establecen tanto en la normativa comunitaria

²⁷ Como ocurre con la adhesión al sistema arbitral en materia de consumo.

como en las diferentes legislaciones nacionales de cada Estado. Además de esos requisitos para las entidades, también se desarrollan una serie de exigencias que han de cumplir aquellas personas que vayan a ser las encargadas de la resolución de los procedimientos.

Requisitos exigibles para la acreditación de las entidades de resolución alternativa de litigios: Los requisitos relativos a la acreditación de las entidades de resolución alternativa de litigios se contienen en los artículos 5 a 7 de la Ley 7/2017 y el procedimiento a seguir por dichas entidades para lograr la acreditación se regula en los artículos 26 a 34. Toda esta regulación se basa en lo expuesto por la Directiva 2013/11 de la Unión Europea, que exige unas obligaciones y estándares de calidad para que las entidades puedan adquirir la acreditación europea²⁸.

Volviendo a la regulación española en la materia, se parte de la base de que podrán ser objeto de acreditación para llevar a cabo procedimientos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo entidades tanto públicas como privadas, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Ley 7/2017, cuando estas entidades “propongan, impongan o faciliten una solución entre las partes en el ámbito de la resolución alternativa de litigios de consumo, nacionales o transfronterizos, relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios, y que voluntariamente soliciten su acreditación para ser incluidas en el listado nacional de entidades acreditadas que elabore la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición”. Todas ellas deberán cumplir, en cualquier caso, con los requisitos exigidos. En primer lugar, deberán localizarse en el territorio español, entendiéndose por tal cuando la entidad en cuestión esté gestionada por una persona física o jurídica o por un ente público, debiendo tener todos ellos su centro de actividad o domicilio social en España. Igualmente, deberán

28 Dichas obligaciones, contenidas en los artículos 6 a 11 de la ya citada Directiva 2013/11, se refieren a: conocimientos especializados, independencia e imparcialidad de las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de los litigios (artículo 6); transparencia de las entidades (artículo 7); eficacia y equidad de los procedimientos (artículos 8 y 9); libertad para someterse a ellos (artículo 10); y el cumplimiento del principio de legalidad (artículo 11).

contar las entidades que quieran obtener acreditación con un estatuto o reglamento de funcionamiento, que además deberá contenerse en soporte duradero y estar accesible a los ciudadanos, con un contenido específico (información sobre su organización, financiación, tipo de litigios que resuelve, causas de inadmisión de reclamaciones y la relativa al procedimiento). Además, si la entidad en cuestión se va a encargar de procedimientos de resolución alternativa de litigios con resultado vinculante para el consumidor, su constitución deberá llevarse a cabo mediante ley o reglamento. Por último, las entidades deberán ofrecer procedimientos que tengan el fin de resolver litigios en materia de consumo, con carácter nacional o transfronterizo, ya sea en línea o no.

Requisitos exigibles a las personas encargadas de la resolución de los procedimientos gestionados por las entidades de resolución alternativa: Al igual que se le impone el cumplimiento de ciertos requisitos a la entidad para que pueda ser acreditada, también se le aplican una serie de exigencias que han de cumplir aquellas personas físicas que vayan a ser las encargadas de resolver los procedimientos gestionados por la entidad. Estas exigencias se regulan en los artículos 22 a 25 de la Ley 7/2017, y se refieren a su cualificación, imparcialidad y a los posibles conflictos de intereses que se puedan dar.

Así, en primer lugar, la persona encargada de resolver los procedimientos de resolución alternativa de litigios deberá estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin que pueda existir una sentencia que la inhabilite para el ejercicio de su profesión, ni incurrir en ningún tipo de incompatibilidad con respecto a su profesión habitual. Asimismo, deberán estas personas tener los conocimientos suficientes en la materia, esto es, en Derecho de Consumo y en concreto en la resolución alternativa o judicial de conflictos en los que intervengan consumidores, pero también deberán tener competencias suficientes en el Derecho en general. Por otra parte, deberán contar con un seguro que cubra la responsabilidad civil que pudiera surgir por su actuación en los procedimientos,

pudiendo suscribirlo bien por sí mismas o bien, en su nombre, la entidad en la que actúen²⁹.

Por otra parte, la ley trata de garantizar la imparcialidad de las personas encargadas de la resolución del conflicto en cualquier momento. Por ello, en el artículo 23 establece una serie de requisitos al respecto, como que no podrán ser nombradas por un período inferior a dos años y la imposibilidad de su remoción sin una causa plenamente justificada. Tampoco podrán, en ningún caso, recibir instrucciones de las partes, ni de sus representantes, con lo que se prevé también la prohibición de que la persona que vaya a intervenir en la resolución del conflicto haya mantenido una relación personal, profesional o comercial con ninguna de las partes en los tres años anteriores. Igualmente, para mantener esa imparcialidad se establece que las retribuciones por el ejercicio de sus funciones en el seno de la entidad de resolución alternativa de conflictos no podrán tener en cuenta el resultado de los procedimientos. No obstante, se prevé la posibilidad de que la resolución el litigio se le encargue a un órgano colegiado, en cuyo caso deberá constituirse mediante una representación paritaria de asociaciones de consumidores y usuarios y de asociaciones independientes, y también por una persona independiente, garantizándose de este modo la imparcialidad en estos supuestos.

Seguidamente, en el artículo 24, se regulan las circunstancias relativas a los casos en que surja un conflicto de intereses en la persona encargada de la resolución con respecto a las partes en conflicto. En primer lugar, la persona interviniente en el litigio deberá comunicar inmediatamente y en cualquier momento a lo largo de todo el procedimiento toda aquella circunstancia que pudiera provocar un conflicto de intereses o que pudiera cuestionar de algún modo su independencia o imparcialidad. Si se comprobara que realmente la circunstancia comunicada da lugar a un conflicto de intereses o pone en peligro la imparcialidad de la persona

²⁹ No obstante, no se les aplicará esta última obligación a aquellas entidades de resolución alternativa de litigios que tengan carácter público, ni tampoco a las personas que resuelvan los procedimientos que ellas gestionen.

que va a resolver el procedimiento, esta deberá abstenerse de proseguir con la tramitación de este y se nombrará a un sustituto. Si esa sustitución resultara imposible, la entidad pondrá en conocimiento de las partes estas circunstancias, pudiendo continuar con el procedimiento dirigido por la persona que presenta el conflicto de intereses siempre que ninguna de ellas se oponga. En caso contrario, es decir, si alguna de las partes se opone, deberán ser informadas ambas de que pueden iniciar otro procedimiento de resolución alternativa ante otra entidad acreditada competente para el conocimiento del supuesto³⁰.

Finalmente, se prevén, tal y como expone la rúbrica del artículo 25, garantías adicionales referentes a la imparcialidad cuando las personas encargadas de la resolución del litigio sean empleadas por asociaciones empresariales u organizaciones profesionales de las cuales sea miembro el empresario reclamado. En este supuesto, se deberá probar que hay “un presupuesto independiente, específico y suficiente para el cumplimiento de sus funciones”. No obstante, esta garantía adicional no se exigirá cuando de la resolución del conflicto se encargue un órgano colegiado cuyos miembros sean representantes de esa organización o asociación empresarial que los haya empleado y los retribuya y de la organización de consumidores elegida por la entidad, pues se entiende que en este caso se garantiza la imparcialidad del órgano de manera suficiente.

30 A pesar de esta posibilidad de plantear el conflicto ante otra entidad competente, se contempla también que la falta de imparcialidad o independencia de la persona encargada de resolver el litigio pueda derivar o ser consecuencia de una mala práctica por parte de la entidad. Si alguna de las partes entendiera que es este el caso, podrá presentar ante la propia entidad una reclamación al respecto, y esta deberá trasladarla a la autoridad competente. Además, todo ello es independiente del hecho de que las partes podrán retirarse del procedimiento si no están conformes respecto a su funcionamiento o tramitación, de acuerdo con lo expuesto en el artículo 14.1.a) de la Ley 7/2017.

4. LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ONLINE EN MATERIA DE CONSUMO. LA PLATAFORMA EUROPEA DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN LÍNEA

La resolución de litigios online se ha venido desarrollando en los últimos tiempos y cuenta con una legislación propia en la materia, lo cual ha venido obviamente motivado por los numerosos avances tecnológicos que se han dado desde finales del siglo XX, los cuales han comportado numerosos problemas para los cuales se han tenido que articular nuevos sistemas de resolución. Sin embargo, a la mediación en concreto no se le han aplicado esos avances en la técnica. El porqué de esta cuestión se encuentra, de acuerdo con la doctrina más autorizada³¹, en la reticencia a dejar de un lado la base de las humanidades y las ciencias sociales para dejarle paso a la tecnología y, además, el miedo a que la aplicación de esa tecnología pueda resultar heterodoxa y perjudique a lo ya logrado en el campo de la resolución alternativa de litigios. Sin embargo, no se puede olvidar que, pese a estos eventuales inconvenientes, son numerosas las ventajas que presentaría una adecuación de la tecnología a los medios de resolución de litigios y, en concreto, a la mediación, por ser este el método que mejores resultados presenta en la práctica.

Teniendo en cuenta todo ello, también es cierto que la mediación electrónica obtuvo un reconocimiento legal ya con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles³², si bien, como ya se ha explicado, no resultaba aplicable a los conflictos con consumidores. Esta norma permitía que las partes, voluntariamente, acordasen que todas o algunas de las actuaciones del procedimiento de mediación se desarrollaran por medios electrónicos, estableciendo la preferencia de que se realizara así cuando las reclamaciones fueran sobre una cantidad inferior

31 Carlos Vázquez De Castro, "La mediación electrónica y los medios disponibles aún a explorar: estado de la cuestión" en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, dir. por Inmaculada Barrals Viñals (Madrid: Reus, 2018), 133.

32 De hecho, en el proyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 8 de abril de 2011, en su artículo 25.2, se establecía la mediación electrónica como obligatoria. Sin embargo, nunca llegó a promulgarse efectivamente la ley.

a 600 euros. Sin embargo, las estadísticas muestran que estas previsiones legales no han sido aplicadas efectivamente en la práctica.

Por otra parte, igualmente la Ley 5/2012 mencionaba el concepto de mediación simplificada, quedando definida en su Disposición Final Séptima. Así, se entiende por mediación simplificada aquella que, siendo promovida por el Gobierno a iniciativa del Ministerio de Justicia, se desarrolla íntegramente por procedimientos electrónicos, debiendo consistir, necesariamente, en una reclamación de una cantidad. A pesar de ese mandato a los poderes públicos que hace la ley, en la práctica se dejó la promoción de este método a la iniciativa privada, con lo que su implantación no ha sido eficaz, ya que, sin la iniciativa y apoyo públicos, el ciudadano no confía en el sistema³³.

En lo que respecta a la materia de resolución de litigios por estos medios en materia de consumo, no hay una regulación sustantiva de la mediación electrónica, y encontramos la problemática de no poder aplicar lo dispuesto en la Ley 5/2012 en este ámbito. Sin embargo, no se presentaría en la práctica ningún problema a la hora de aplicar la tecnología prevista en dicha ley a los litigios con consumidores, más allá de la necesaria protección a sus derechos. La cuestión es que, doctrinal y legalmente, se separan la resolución de conflictos online y la resolución alternativa de los mismos. Si bien conceptualmente es necesario diferenciarlos porque presentan características propias, no trasciende a la práctica esa diferencia, puesto que son sustantivamente lo mismo³⁴. Teniendo esto presente, cabe preguntarse por qué no se aplican los conceptos de mediación electrónica y mediación simplificada de la Ley 5/2012 a la materia de consumo, puesto que ambas instituciones se aplican a reclamaciones de cantidad que, usualmente, son de escasa cuantía, lo cual encaja

33 Al respecto, Vázquez De Castro, "La mediación electrónica...", 139.

34 En este sentido, Vázquez de Castro, "La mediación electrónica...", 143. El autor señala que "mantener esto -que los sistemas electrónicos de resolución de conflictos son una nueva categoría *sui generis*- es tanto como afirmar que la naturaleza de los contratos muta por el hecho de utilizar la tecnología para su perfección o para su consumación. La compraventa o el arrendamiento son contratos que no quedan desnaturalizados con independencia de que se realicen presencialmente o por comunicaciones electrónicas".

perfectamente en las reclamaciones que los consumidores habitúan a interponer, con lo que el empleo de estos métodos es idóneo.

De hecho, el uso de la mediación electrónica o la mediación simplificada presentaría ventajas en el campo del Derecho de Consumo. En primer lugar, se puede dar una valoración positiva al hecho de la interacción asíncrona, esto es, las partes no interactúan simultáneamente como ocurre en la mediación presencial, y, además, lo hacen por escrito. Ambas cuestiones, la asincronía y la forma escrita, sumadas a la intervención del mediador, comportan que el conflicto pueda resolverse de una manera mucho más calmada, con menos posibilidades de que se generen reacciones excesivas de alguna de las partes y se agrave aún más la situación. Por otra parte, el hecho de llevar a cabo el procedimiento por medios electrónicos posibilita tener todas las comunicaciones que se efectúan registradas y delimitadas, puesto que se realiza mediante formularios online, con lo que no caben reformulaciones de las partes que aumenten la complejidad del litigio en cuanto a su resolución. Esto facilita enormemente la labor del mediador, que, por estos métodos, además, le resulta más sencillo saber en qué punto está cada una de las partes y si realmente puede lograrse un acuerdo, puesto que las comunicaciones privadas siempre van a ser más sinceras que si se efectúan en público con la contraparte presente. Por último, se observaría una disminución en los costes, ya de por sí bajos, del procedimiento de mediación, pues no serían necesarios gastos en tramitación y convocatoria a las partes, ya que todo ello se llevaría a cabo por medios electrónicos.

Prueba de que la mediación electrónica funciona la encontramos en Estados Unidos, donde, a pesar de tener una legislación bastante pobre en cuanto a la protección de consumidores se refiere si la comparamos con la de la Unión Europea, el empleo de estos métodos es muy común. Las empresas los usan, a nivel interno, tanto en sus disputas de carácter mercantil con otras empresas, como con los conflictos que puedan surgir con los consumidores. De hecho, se emplea incluso como ventaja competitiva frente a aquellas empresas que no hacen uso de la mediación

electrónica, pues los consumidores suelen quedar satisfechos y no vetan a la empresa con la que han tenido el conflicto por haberlo resuelto de una manera sencilla, rápida y sin coste para ellos.

Puede concluirse, por tanto, que la adopción de sistemas de mediación electrónica en los litigios con consumidores es verdaderamente útil y debería desarrollarse, ya que se trata normalmente de reclamaciones de cuantías muy pequeñas y el asunto suele estar muy bien delimitado. No obstante, ello no supone que no debieran ejercerse controles, sino que los consumidores deberían estar en todo momento informados sobre el procedimiento, al igual que sucede en la mediación tradicional, y, además, no podrá dejarse todo el proceso al libre arbitrio de las empresas, puesto que esto pondría en peligro la protección de los derechos del consumidor. Igualmente, en este ámbito se plantean las mismas cuestiones de las que ya se ha hablado con anterioridad, como el problema de la voluntariedad frente a la obligatoriedad o la necesidad de que el mediador sea imparcial.

Por último, es destacable que, a pesar de la inacción por parte de los poderes públicos en la materia, es cierto que las entidades privadas sí han ido desarrollando sistemas que se pueden definir como de mediación electrónica. En España encontramos algunos ejemplos, como *Ejustic*, *Solvo* o *Youstice*³⁵; y también en el ámbito de empresas privadas que articulan sistemas internos de mediación, como el que tiene *eBay*.

La Plataforma Europea de resolución de litigios en línea: Dado que los principales motivos por los que se articulan los sistemas de resolución alternativa de litigios en materia de consumo son la rapidez del procedimiento y su bajo coste frente a la vía judicial, es lógico que hayan surgido y estén desarrollándose estos medios de resolución de conflictos en el ámbito electrónico con el fin de llevarlos a cabo online. La Directiva 2013/11, así como la norma española que la traspone, la Ley 7/2017,

35 Disponibles en internet; respectivamente: <http://www.ejustic.com/> [acceso el 2 de abril de 2020]; <http://www.odrsolvo.com/> [acceso el 2 de abril de 2020]; y <https://www.youstice.com/es/> [acceso el 2 de abril de 2020].

contemplan, a lo largo de todo su articulado, la posibilidad de que las entidades acreditadas presten sus servicios de manera electrónica, de tal modo que los plazos de resolución se agilizan y disminuyen de manera notable los costes que se derivan del procedimiento, pues las partes no necesitan estar físicamente presentes y, además, se transmite toda la información por medios electrónicos.

Como ejemplo de esta tendencia a la digitalización del procedimiento por las facilidades y ventajas que presenta, encontramos la Plataforma Europea de resolución en línea de litigios, que se refiere a aquellos conflictos con carácter transfronterizo que se hayan producido en el marco del comercio electrónico. Esta plataforma se arbitra con el fin de poner a disposición de los consumidores un medio de resolución alternativa de los conflictos que puedan tener con empresarios, ya sea para tramitar procedimientos con resultados vinculantes, como es el arbitraje, o procedimientos con resultado no vinculante, como la mediación, pero en ningún caso podrá emplearse la Plataforma Europea de resolución en línea de litigios para tramitar procedimientos jurisdiccionales³⁶.

El sistema de la Plataforma Europea se adopta a raíz de la promulgación del Reglamento 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, por lo que para delimitar el ámbito de actuación de la Plataforma se deberá tener en cuenta el ámbito de aplicación de esta norma, que es más restrictivo que el de la Directiva 2013/11. Así, el Reglamento 524/2013 se limita a las reclamaciones que deriven de relaciones de comercio electrónico o *e-commerce*, de lo cual se deduce que solo podrá emplearse la Plataforma para aquellos litigios surgidos por contratos celebrados en línea. Además, en el caso de España, el ámbito de actuación de la plataforma se condiciona por lo dispuesto en la Ley 7/2017. En este sentido, no se admite en nuestro ordenamiento la posibilidad de que el

³⁶ En este sentido se pronuncia Félix Valbuena González, "La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 52 (2015): 1003.

empresario pueda ser quien presente la reclamación³⁷, y, además, el litigio deberá ser transfronterizo^{38, 39}.

La Plataforma Europea de resolución de litigios en línea en materia de consumo tiene una función canalizadora de las reclamaciones efectuadas por consumidores con domicilio en la Unión Europea con respecto a comerciantes igualmente domiciliados en la Unión Europea. Así, el consumidor podrá presentar su reclamación en la web de la Plataforma, que es gestionada por la Comisión Europea, y esta la remitirá tanto al empresario⁴⁰ a quien se dirige la reclamación como a la entidad de resolución alternativa de litigios que resulte competente en el caso concreto. Esto significa, esencialmente, que la Plataforma no gestiona ni resuelve los procedimientos derivados de las reclamaciones que se le presentan, sino que solo se encarga de transmitir esas reclamaciones a las entidades competentes para su resolución⁴¹. Por ello, sus funciones son las de facilitar formularios de reclamación online en todas las lenguas oficiales de la Unión Europea y el traslado de las reclamaciones a la parte reclamada y a la entidad que determine competente. Sin embargo, también se le atribuyen⁴² a la Plataforma otras funciones, cuales son las de ofrecer a las entidades, de manera gratuita, un sistema electrónico para la

37 Esta bidireccionalidad del conflicto sí se permite en el Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, concretamente en su artículo 2.2, pero lo condiciona a lo que disponga al respecto la legislación de cada Estado miembro. Además, sólo se permite esa bidireccionalidad en los casos de Alemania, Bélgica, Luxemburgo y Polonia.

38 A nuestro juicio, esta previsión no es coherente con el espíritu de la ley y de la normativa en materia de protección al consumidor en general, en tanto en cuanto el objetivo es, en esencia, facilitar medios rápidos, efectivos y que presenten un menor coste para el consumidor, dado que de lo contrario se observa una reticencia a reclamar. El hecho de que no se permita el acceso a la Plataforma Europea a litigios de carácter nacional es un obstáculo para los consumidores, que tienen que buscar otros medios para efectuar sus reclamaciones. Este es el caso español y el de la mayoría de Estados miembros, pues solo se permite el acceso de reclamaciones por litigios nacionales a la Plataforma en Alemania y Bélgica.

39 En relación con esta cuestión, Lorenzo Bujosa Vadell y Diego Palomo Vélez, “Mediación electrónica: perspectiva europea”, *Revista Ius et Praxis* 2 (2017): 62.

40 Los comerciantes europeos que estén adheridos a una entidad de resolución alternativa de litigios tienen la obligación de incluir en sus sitios web un enlace a la Plataforma Europea de resolución de litigios en línea. En el ordenamiento jurídico español, esta obligación se contiene en el artículo 40 de la Ley 7/2017.

41 En este sentido, Jesús Conde Fuentes, “La plataforma europea de resolución de litigios en línea ¿alternativa efectiva para los consumidores?”, *Revista General de Derecho Procesal* 50 (2020): 7.

42 Mediante el artículo 6 del Reglamento 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo.

tramitación online del procedimiento, si bien dichas entidades no están obligadas a emplearlo; facilitar a las partes en conflicto la traducción de la información que ambas faciliten a lo largo del procedimiento cuando esta sea necesaria para su resolución; articular mecanismos que permitan a las partes y a las entidades valorar el funcionamiento de la Plataforma; y proporcionar datos estadísticos de los resultados de los litigios sometidos a la Plataforma, así como información de los procedimientos de resolución alternativa, de las entidades y del modo de presentación de las reclamaciones.

En definitiva, la Plataforma Europea simplemente gestiona la transmisión de la reclamación al empresario y a la entidad que designe ella misma competente, pero no el procedimiento en sí. De ello se encargará la entidad de resolución alternativa de litigios acreditada, rigiéndose por tanto el procedimiento de acuerdo con las normas en la materia del Estado miembro en que radique dicha entidad⁴³. Por ello, la mayoría de reclamaciones que se presentan por vía de la Plataforma Europea en las que la entidad competente se encuentra en España, se solventan mediante el arbitraje de consumo, dado que el uso de la mediación en la materia no está aún asentado. Sin embargo, la doctrina⁴⁴ apunta a que, si bien es evidente la utilidad que presenta la posibilidad de tramitar las reclamaciones de consumidores por vía electrónica, especialmente en los supuestos de conflictos transfronterizos, la Plataforma no aplica todos los avances técnicos de los que se dispone actualmente, con lo que el sistema pierde en calidad y eficacia por no desarrollarse con el correcto nivel técnico.

43 Conde Fuentes, “La plataforma europea de resolución de litigios...”, 8.

44 A este respecto, Inmaculada Barrals Viñals, “La plataforma de resolución de litigios en línea de la UE y las entidades de resolución/mediación acreditadas: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*. Dirigido por Inmaculada Barrals Viñals (Madrid: Reus, 2018), 97-130.

5. CONCLUSIONES

Primera. La mediación es un medio de resolución de litigios en el que dos o más partes tratan de alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador, sometiéndose al procedimiento de manera voluntaria. Si bien el concepto es discutible, es el que empleamos en nuestro estudio por ser el concepto que ofrece la ley de mediación.

Segunda. La mediación se diferencia claramente de otros medios de resolución de litigios, ya sean heterocompositivos (jurisdicción o arbitraje) o autocompositivos. La diferencia de la mediación con respecto a los primeros radica en la eficacia de la decisión, pues el resultado de la mediación no es vinculante, mientras que en los sistemas heterocompositivos sí lo es. En cuanto a los medios autocompositivos, encontramos la conciliación, cuya diferencia con la mediación es que en este caso se produce en el marco de un procedimiento judicial, para evitarlo o para finalizarlo; y la negociación, que se diferencia porque en esta última no interviene un tercero como sí lo hace en la mediación.

Tercera. La Ley 5/2012 regula todo lo relativo a la mediación en asuntos civiles y mercantiles (principios rectores, sujetos intervinientes, la figura del mediador, el procedimiento, etcétera). Sin embargo, en un primer momento, esta norma excluía de manera expresa la mediación de consumo de su ámbito de aplicación. En otras palabras, se prohibía mediante esta ley la mediación en aquellos litigios en los que intervinieran consumidores.

Cuarta. Teniendo en cuenta esa prohibición, la evolución legislativa en la materia nos lleva a hablar de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, pero más concretamente de la norma que la traspone a nuestro ordenamiento, cual es la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Ambas normas contemplan la posibilidad

de seguir un procedimiento de mediación cuando se trate de litigios en materia de consumo.

Quinta. En cualquier caso, la mediación de consumo, así como cualquier otro medio de resolución alternativa de litigios en la materia, deberá llevarse a cabo sujetándose a una serie de principios que se contienen a partir del artículo 8 de la Ley 7/2017. Estos principios, que se recogen en la norma como requisitos del procedimiento, son relativos a: la voluntariedad, la defensa y asesoramiento de las partes, el coste y la duración del procedimiento, la facilidad de acceso, la igualdad y la contradicción de las partes y la ineficacia para el consumidor de los acuerdos previos de sumisión a procedimientos de resolución alternativa de conflictos.

Si bien todos esos principios, sumados a los generales de independencia, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad, son absolutamente indispensables en cualquier procedimiento de mediación de consumo, es de especial trascendencia el referente a la voluntariedad.

Sexta. En España se optó por mantener un sistema de absoluta voluntariedad en cuanto al sometimiento al proceso de mediación, a pesar de que la Directiva 2013/11 daba la opción de que los Estados miembros pudieran establecer la obligatoriedad para las empresas (nunca para los consumidores). Ello supone una disminución en la protección al consumidor, pues, en definitiva, se está dejando en manos de la empresa, que es la parte preponderante de la relación, la decisión de someterse a un procedimiento alternativo para la resolución del litigio (que es más beneficioso para el consumidor) o bien seguir los trámites de un procedimiento jurisdiccional.

Séptima. Creemos firmemente que imponer al empresario la obligación de someterse al procedimiento de mediación antes de poder acudir a la vía judicial es sumamente favorable a la protección del consumidor, pues de hecho así lo prueban los datos estadísticos de los países que sí lo han establecido. La solución en el ordenamiento jurídico español podría

venir dada por las competencias que en la materia han adquirido las Comunidades Autónomas.

De este modo, apostamos por la aprobación de leyes autonómicas que establezcan la obligatoriedad para el empresario de someter el litigio a un procedimiento de mediación, o, al menos, la obligación de asistencia a una sesión informativa previa, siempre que el consumidor así lo desee. Ejemplo de esta cuestión lo encontramos en el Código de Consumo de Cataluña, que aprobó una reforma que incluía la obligatoriedad de sometimiento a la mediación como requisito de procedibilidad para el empresario en los casos de reclamaciones por créditos hipotecarios.

Octava. La Ley 7/2017 prevé que la gestión de los procedimientos de resolución alternativa de conflictos en materia de consumo se lleve a cabo a través de las entidades de resolución alternativa de litigios que se acrediten conforme a los requisitos que la propia ley establece. A este respecto, podrán acreditarse como entidades de resolución alternativa de litigios en materia de consumo entidades públicas o privadas, que estén localizadas en España y que cuenten con un estatuto o reglamento de funcionamiento. La competencia para la acreditación corresponde a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición.

Novena. Al igual que los requisitos que se les exigen a las entidades para poder ser acreditadas, también se contemplan una serie de requisitos para las personas que vayan a encargarse de la resolución de los litigios que gestionen esas entidades. Igualmente, se recogen en la Ley 7/2017, y se refieren a su cualificación profesional, su imparcialidad y a las actuaciones que deberán llevar a cabo en caso de que se plantee un conflicto de intereses en el transcurso de un procedimiento.

Décima. A pesar de que la resolución alternativa de conflictos a través de medios electrónicos es una realidad desde hace tiempo, no se le han aplicado los avances tecnológicos pertinentes a la mediación. La mediación electrónica se contempla en la Ley 5/2012 respecto a asuntos

civiles y mercantiles, pero no se desarrolla este aspecto en la Ley 7/2017, con lo que no existe como tal una mediación electrónica de consumo.

La práctica en países como Estados Unidos demuestra que el empleo de estas técnicas de resolución de conflictos resulta muy beneficiosa y útil en cuanto a protección de los consumidores, con lo que tanto el ordenamiento jurídico europeo como, por consecuencia, el español, deberían comenzar a introducir los medios necesarios para institucionalizar la mediación electrónica en materia de consumo, puesto que en el ámbito privado sí se ha desarrollado.

Undécima. Como primeros atisbos de un desarrollo real de un sistema de mediación electrónica institucionalizado, encontramos la Plataforma Europea de resolución de litigios en línea, que funciona como transmisora de las reclamaciones que se le presenten. Así, cuando un consumidor efectúa una reclamación a través de la Plataforma, esta se la comunica al empresario a quien se reclama y también a la entidad de resolución alternativa de litigios que resulte competente en cada caso.

En el caso de España, para poder presentar una reclamación por esta Plataforma, deberá tratarse de un conflicto transfronterizo, lo cual supone una merma en la protección del consumidor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agüero Ortiz, Alicia. “La transposición de la Directiva 2013/11/UE al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 7/2017 de 2 noviembre”. En *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, dirigido por Inmaculada Barrals Viñals, 41-74. Madrid: Reus, 2018.

Barrals Viñals, Inmaculada. “La plataforma de resolución de litigios en línea de la UE y las entidades de resolución/mediación acreditadas: ¿mucho ruido y pocas nueces?”. En *La resolución de conflictos con*

- consumidores: de la mediación a las ODR*, dirigido por Inmaculada Barrals Viñals, 97-130. Madrid: Reus, 2018.
- Bujosa Vadell, Lorenzo y Diego Palomo Vélez, “Mediación electrónica: perspectiva europea”, *Revista Ius et Praxis* 2 (2017): 51-78.
- Carretero Morales, Emiliano. *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*. Madrid: Dykinson, 2016.
- Conde Fuentes, Jesús. “El procedimiento extrajudicial para la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil* 4 (2017): 219-233.
- Conde Fuentes, Jesús. “La adaptación del derecho español al marco europeo de resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, en *Adaptación del Derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, dirigido por Fernando Jiménez Conde, 307-315. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Conde Fuentes, Jesús. “La plataforma europea de resolución de litigios en línea ¿alternativa efectiva para los consumidores?”. *Revista General de Derecho Procesal* 50 (2020): 1-21.
- Díez-Picazo Giménez, Ignacio. “El arbitraje y la mediación”. En *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, dirigido por Andrés de la Oliva Santos y Jaime Vegas Torres, 585-612. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014.
- Esteban De La Rosa, Fernando. “La vertebración del régimen español de la mediación de consumo en el marco del Derecho europeo”, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política* 25 (2017): 1-28.
- Pillado González, Esther. “La mediación en materia de consumo”. En *Arbitraje y mediación en materia de consumo*, dirigido por Ester Pillado González. Madrid: Tecnos, 2012.
- Raluca Stroie, Iuliana. “Análisis de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva

2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 2 (2017): 1-27,

Soletto Muñoz, Helena. “La mediación conectada con los tribunales”. En *Mediación y resolución de conflictos. Técnicas y ámbitos*, coordinado por Emiliano Carretero Morales y Cristina Ruíz López, 493-510. Madrid: Tecnos, 2017.

Valbuena González, Félix. “La plataforma europea de resolución de litigios en línea (ODR) en materia de consumo”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 52 (2015): 987-1016.

Vázquez De Castro, Carlos. “La mediación electrónica y los medios disponibles aún a explorar: estado de la cuestión” en *La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR*, dirigido por Inmaculada Barrals Viñals, 131-158. Madrid: Reus, 2018.

Elvira Marugán Escobedo
elvira.marugan@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-3905-093X>



**ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA
CONFORMIDAD EN EL PROCESO PENAL**

***SOME CRITICAL REFLECTIONS ON CONFORMITY
IN THE CRIMINAL PROCESS***

ANTONIO MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS
Fiscalía provincial de Badajoz

Recibido: 08/06/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

Es un hecho que la figura de la conformidad se ha instalado con fuerza en nuestro proceso penal generando indudables ventajas, pero también dudas respecto a la posible vulneración de derechos como los del acusado a un juicio público con todas las garantías, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, además de generar un desplazamiento del juez como eje básico del procedimiento en favor del ministerio fiscal. El presente trabajo aborda el sistema de conformidad, su plasmación en el derecho español y los problemas que conlleva, al tiempo que se formulan algunas propuestas de mejora.

Palabras clave: Principios de legalidad y oportunidad, conformidad, poderes del ministerio fiscal, derechos del acusado.

ABSTRACT

It is a fact that the figure of conformity has been installed with force in our criminal proceeding generating undoubted advantages, but also doubts regarding the possible rights violation such as the accused right to a public trial with all the guarantees, not to confess guilt and the presumption of innocence, as well as generating a displacement of the Judge as the basic axis of the procedure in

favor of the Public Prosecutor. The present work deals the conformity system, its embodiment in Spanish law and the problems it entails, while at the same time formulating some proposals for improvement.

Keywords: Legality and opportunity principles, conformity, the public prosecutor powers, rights of the accused.

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *El principio de legalidad.* 3. *El principio de oportunidad.* 3.1. *Concepto y fundamento;* 3.2. *Sus manifestaciones en el proceso penal español.* 4. *La conformidad:* 4.1. *Concepto y naturaleza jurídica;* 4.2. *El procedimiento ordinario;* 4.3. *El procedimiento abreviado;* 4.4. *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos,* 4.5. *El procedimiento por aceptación de decreto;* 4.6. *El procedimiento ante el tribunal del jurado;* 4.7. *Las posibilidades de actuación del ministerio fiscal.* 5. *Juicio crítico.*

1. INTRODUCCIÓN

El indudable éxito de la institución de la conformidad en España, que no es más que una manifestación del principio de oportunidad, no la más importante desde el punto de vista cualitativo, pero sí desde el cuantitativo, no se ha debido tanto a las previsiones legales como a la implicación de las partes para potenciarla. De hecho, no es exagerado afirmar que tal éxito¹, no solo ha superado las expectativas del legislador, sino que incluso ha desbordado sus propios límites normativos.

Respecto al ministerio fiscal, ha sido la propia Fiscalía General del Estado la que ha instado a los fiscales a indagar todas las vías posibles para lograr el acuerdo, así, la Circular 1/1989, elaborada con motivo de la aprobación del procedimiento abreviado por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, señaló que esta reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) conllevaba “...un notable cambio en los modos de actuación del Ministerio Público, que por imperativo de la obligación impuesta en el artículo 781 de procurar la simplificación del procedimiento,

¹ En el año 2018 más del 70 % de las sentencias pronunciadas por los juzgados de lo penal lo fueron de conformidad, a las que hay que añadir las dictadas, también de conformidad, por los juzgados de instrucción de guardia y los juzgados de violencia sobre la mujer.

deberá promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso...”.

Las defensas también buscan con interés la conformidad, siendo escasas las ocasiones en que no exploran esta posibilidad. Y, por último, entre los jueces y tribunales, pese a que no pueden adoptar ningún papel activo en la negociación, siendo su única actuación la del control de la legalidad del acuerdo alcanzado, tampoco es infrecuente que adopten posiciones que tienden a favorecerlo. Esta situación supone dotar de mayor protagonismo al ministerio fiscal, que se nos presenta como auténtico dueño del proceso, frente al órgano de enjuiciamiento, que se limita a dictar sentencia respetando lo pactado y a vigilar la legalidad del proceso.

Es cierto que las conformidades han aportado importantes ventajas a nuestro sistema procesal penal, como la economía procesal, la potenciación de la justicia restaurativa y la rehabilitación del delincuente, pero también ha generado un claro desplazamiento del eje del proceso penal desde el juzgador hacia la parte acusadora, al tiempo que algunas prácticas suponen la puesta en peligro de los derechos constitucionales del acusado.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Antes de referirnos al principio de oportunidad, es preciso hacerlo al de legalidad que inspira el proceso penal español, en virtud del cual de todo delito nace acción para el castigo del culpable (artículo 100 LECrim), por lo que los miembros del ministerio fiscal están obligados a ejercitar todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal (CP) reserva exclusivamente a la querrela privada (artículo 105. 1 LECrim).

Además, este principio de legalidad afecta especialmente al ministerio fiscal. Sin duda, todos los órganos constitucionales están vinculados

por este principio, reconocido como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 de la Constitución (CE), el cual, añade el artículo 9 CE, vincula a los ciudadanos y a todos los poderes públicos. Esta declaración general de vinculación no es óbice para que el artículo 124. 2 CE haga una declaración expresa de la sujeción del fiscal al principio de legalidad, como si quisiera recalcarla y reforzarla². Pero la Constitución no se conforma con esa declaración, sino que va más allá, y no solo somete al ministerio fiscal a la legalidad, sino que le impone uno de los cometidos constitucionales más relevantes, cual es la defensa de la misma. El párrafo 1º del mismo artículo 124 CE, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, impone al ministerio fiscal la misión de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad”, a lo que añade la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Así pues, mientras para otros órganos la legalidad es un límite, para el ministerio fiscal, además de un límite, es un fin, un objetivo en sí mismo, que se le impone al más alto nivel, en la norma fundamental del ordenamiento jurídico³.

Lo anterior no es óbice para que se vaya abriendo paso la idea de que la vigencia del principio de legalidad no impide la introducción del de oportunidad, en su modalidad reglada y no discrecional⁴. A ello contribuye lo que se ha calificado como crisis del principio de legalidad. Ciertamente, la vigencia de este principio, en virtud del cual el fiscal, como titular de la acción penal, debe intervenir siempre que existan indicios de la comisión de un hecho delictivo, es un requisito para la salvaguarda del principio de igualdad ante la ley, ya que es la garantía de que todos los que transgredan la ley penal serán perseguidos y que ningún delito

2 El artículo 6 del Estatuto orgánico del ministerio fiscal, subraya también la sujeción a este principio: “Por el principio de legalidad el ministerio fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente ...”

3 Vid. Antonio Mateos Rodríguez-Arias: “La autonomía del Ministerio Fiscal a la luz de la Constitución”, en *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, coord. por Carlos Gómez-Jara Díez (Madrid: Aranzadi, 2018), 993-1015.

4 En tal sentido, Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, en *La reforma del proceso penal* (Madrid: Ministerio de Justicia, 1989), 287-308.

permanecerá impune, lo que, al mismo tiempo, lo convierte en un requisito para que los ciudadanos confíen en sus instituciones, y de forma específica en su administración de justicia⁵. Nos obstante, ello no impide reconocer que nuestro sistema penal, fruto de la sobrecarga de trabajo, sufre una congestión que impide que se desarrolle en plazos razonables y, en numerosas ocasiones, caiga en dilaciones que afectan a los derechos de las partes, tanto víctimas como investigados⁶.

3. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

3.1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Siguiendo a Gimeno Sendra podemos entender el principio de oportunidad como “la facultad que el ordenamiento procesal confiere al ministerio fiscal para, no obstante, la sospecha de la comisión de un delito público, dejar de ejercitar la acción penal o solicitar de la autoridad judicial un sobreseimiento o una reducción sustancial de la pena a imponer al encausado en los casos expresamente previstos por la norma y siempre y cuando hayan de tutelarse intereses constitucionalmente protegidos”.

Con esta definición nos situamos dentro del llamado principio de oportunidad tasado o reglado, frente al libre o discrecional, ya que se admite su aplicación solo en los casos expresamente previstos y fundado en un interés constitucionalmente protegido, que, para este autor son: la obtención de una mayor y mejor aplicación del *ius puniendi*, la pronta reparación de la víctima y la rehabilitación del encausado⁷.

3.2. SUS MANIFESTACIONES EN EL PROCESO PENAL

El proceso penal de menores

5 Vid. Miguel Ángel Lamadrid Luengas, *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal* (Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2015), 45.

6 En tal sentido, Fernando Velásquez Velásquez, *La justicia penal: legalidad y oportunidad* (Valencia Tirant lo Blanch, 2018), 23.

7 Vicente Gimeno Sendra, “El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal”, *Diario La Ley* 8.746 (2016): 3.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (LORPM) contiene dos manifestaciones del principio de oportunidad reglada, que tienen su razón de ser en el hecho de que el principio que inspira este procedimiento es siempre el interés del menor.

En primer lugar, el ministerio fiscal, que es el que ostenta la competencia para la instrucción del procedimiento (artículo 16. 1), y conforme a lo dispuesto en el artículo 18 LORPM, puede desistir de la incoación del expediente siempre que los hechos denunciados constituyan delitos leves o menos graves sin violencia o intimidación en las personas, y que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de igual naturaleza. De acuerdo con la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado este desistimiento sólo debe ser aplicado a menores que hubieren cometido un delito aislado, de forma ocasional, y que no se encuentren en un proceso delincencial, de manera que no debe aplicarse ante hechos que, por su propia naturaleza, evidencien desempeño de papeles o asunción de valores propios del mundo de la delincuencia.

En segundo lugar, el artículo 19 LORPM regula el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, convirtiéndose en el único supuesto de regulación legal expresa de la mediación penal⁸. Este precepto recoge la posibilidad del desistimiento del ejercicio de la acción penal por parte del ministerio fiscal, siempre que el hecho consista en un delito leve o menos grave y concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) que el menor haya conciliado con la víctima; b) que el menor se comprometa a reparar el daño causado a la víctima o perjudicado por el delito; c) que el menor se comprometa a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

Así pues, este precepto, como especifica su apartado segundo, prevé que el menor y la víctima puedan llegar a dos tipos de acuerdos, bien la conciliación, que requiere que el menor reconozca el daño y se disculpe

8 Vid. Mar Jimeno Bulnes, “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”, *Diario La Ley* 8.624 (2015): 7.

ante la víctima, bien el de reparación, cuando el menor asuma el compromiso con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquél o de la comunidad. En ambos casos actúa como mediador el equipo técnico, cuyo papel para el éxito de la mediación resulta fundamental.

El juicio por delitos leves

En el proceso penal de adultos son tres las manifestaciones del principio de oportunidad, una afecta a los delitos leves, otra a los delincuentes arrepentidos, en el seno de los delitos contra la salud pública y de terrorismo, y, por último, la posibilidad de alcanzar una conformidad entre acusación y defensa.

En los juicios por delitos leves, la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP, introdujo de forma expresa el principio de oportunidad al establecer en el artículo 963. 1. 1ª LECrim que el juez de instrucción podrá acordar el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias seguidas por delito leve cuando lo solicite el ministerio fiscal y concurran las siguientes circunstancias: a) que el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado⁹.

9 La Circular 1/2015 de la FGE ha establecido las siguientes pautas para los fiscales a la hora de aplicar este artículo.

En los delitos leves públicos patrimoniales y en los que por afectar a bienes jurídicos personales tienen una o varias víctimas individualizadas:

- El archivo por razones de oportunidad, sólo se solicitará si ninguna víctima denuncia o manifiesta un interés explícito en la persecución del hecho, salvo en aquellos casos en que su postura se pueda estimar infundada, irracional o arbitraria. La mera afirmación de “quedar enterado” del ofrecimiento de acciones no será impedimento para solicitar el archivo.

- Cuando la víctima manifieste en el atestado policial o en el juzgado su deseo de no ser citada a juicio o su voluntad de que el procedimiento no siga adelante, se interesará el archivo por motivos de oportunidad, salvo que subsista un interés público necesitado de tutela conforme a los criterios apuntados en esta Circular.

Nos encontramos ante una manifestación del principio de oportunidad con todas sus consecuencias, ya que permite, pese a lo dispuesto en los artículos 100 y 105. 1 LECrim, la renuncia al ejercicio de la acción penal nacida de un delito, y, aunque se reserva al campo de los delitos leves, y aunque su aplicación práctica es escasa ya que los juzgados tienden a señalar la celebración del juicio sin explorar la posibilidad del sobreseimiento por razones de oportunidad, es sin duda un significativo paso dentro de nuestra ajada ley procesal, aunque solo sea por el hecho de que la exposición de motivos de la LO 1/2015 mencione expresamente la introducción del principio de oportunidad en los términos siguientes:

“Para estos casos se introduce, con una orientación que es habitual en el derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del ministerio fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos”.

El delincuente arrepentido

En segundo lugar, el Código Penal permite la imposición de la pena inferior en uno o dos grados en delitos contra salud pública (artículo 376. 1 CP) y delitos de terrorismo (artículo 579 bis. 3 CP) a los sujetos que hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y hayan

- No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad en los procedimientos incoados por actos de violencia física y psíquica cometidos en el núcleo de convivencia familiar, salvo casos excepcionales.

- No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad de los procedimientos incoados por delitos leves de detención ilegal (artículo 163.4 CP), contra el patrimonio histórico (artículo 124 CP), de falsedad documental (artículos 397, 399 y 400 CP), contra la administración pública (art. 406 CP) y contra la administración de justicia (artículos 456.1.3, 456.2 y 470.3 CP), salvo casos excepcionales. Tampoco en los delitos leves patrimoniales previstos en los artículos 236, 246, 247, 254, 255 y 256 CP cuando el valor del objeto, ventaja o provecho obtenido por el culpable haya rebasado los 400 euros, ni en los delitos de ocupación de inmueble, edificio o vivienda que no constituya morada del artículo 245.2 CP.

En los delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales, los fiscales, a efectos de decidir sobre el ejercicio de las facultades derivadas del principio de oportunidad, ponderarán los criterios establecidos en esta Circular, atendiendo especialmente a las circunstancias concurrentes en el autor del hecho, como su edad juvenil, ocasionalidad de la conducta, arrepentimiento mostrado o disposición a reparar el mal causado.

Los fiscales tendrán a la vista la hoja histórico penal del denunciado antes de emitir el informe de oportunidad.

colaborado activamente con las autoridades para impedir la producción del delito o para la identificación o captura de otros responsables.

Se trata de dos supuestos de tipos privilegiados, no circunstancias atenuantes, que, como recuerda el Tribunal Supremo (SSTS 115/2014, de 25 de febrero y 541/2015, de 18 de septiembre), al analizar la previsión del artículo 376. 1 CP, obedecen a razones de política criminal, orientadas a favorecer la lucha contra el tráfico de drogas, especialmente el ejecutado por delincuentes organizados, mediante una especie de arrepentimiento activo que, comenzando por el abandono voluntario de la actividad delictiva, continúe con la confesión de los hechos y finalice con una colaboración eficaz con las autoridades. En cualquier caso, se trata de previsiones que pueden resultar ineficaces, ya que solo tras el desarrollo completo del proceso penal y la sentencia firme se obtiene el beneficio, lo que genera el riesgo de que el inicialmente arrepentido no ratifique sus declaraciones en el juicio oral¹⁰.

4. LA CONFORMIDAD

Pese a todo lo anterior, es la conformidad, y su regulación en los procesos penales más recientes, lo que verdaderamente ha supuesto la irrupción del principio de oportunidad dentro nuestro proceso penal, ya que, si bien esta figura está prevista en el artículo 655 LECrim desde el año 1882, nada menos que hace 137 años, fue la aprobación del procedimiento abreviado con la reforma de la LECrim de 1988 lo que significó su implantación práctica.

4.1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Siguiendo a Gómez Colomer podemos definir la conformidad del acusado en el proceso penal como “una institución de naturaleza compleja, en virtud de la cual la parte pasiva, es decir, tanto el acusado como

10 En tal sentido, Gimeno Sendra, “El principio de oportunidad...”, 4.

su defensor técnico, aceptan con ciertos límites la pena solicitada por la acusación, o la más grave de las solicitadas, si hubiera varios acusadores, procediéndose a dictar sentencia inmediatamente, al hacerse innecesaria la vista”¹¹.

En cuanto a su naturaleza jurídica, sin exponer las distintas concepciones doctrinales¹², y siguiendo al mismo autor, afirmaremos que se trata de un acto dispositivo que trae causa del principio de oportunidad, y que tiene naturaleza material y procesal, ya que, por una parte, se fija la pena a imponer, y, por otra, se aceleran los trámites procedimentales, pasándose directamente a dictar sentencia. Se trata, en definitiva, de una renuncia por parte del acusado al ejercicio de sus derechos fundamentales a la presunción de inocencia, a no confesarse culpable y a un proceso con todas las garantías¹³.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, desde su sentencia de 17/06/1991 ha hecho referencia a las distintas concepciones doctrinales de la conformidad, la considera una transacción penal que no opera sobre el objeto del proceso, sino sobre el desarrollo del procedimiento, dado que el objeto del proceso penal es indisponible: “la conformidad constituye una clara consecuencia de la admisión del principio de oportunidad que podrá reportar al acusado sustanciales ventajas materiales derivadas de una transacción penal. Entendiéndose por ello que no debe hablarse de la existencia de un pacto subyacente entre las partes -dada la indisponibilidad del objeto del proceso penal- y lo que hay es una concurrencia de voluntades coincidentes. En definitiva, la conformidad no sería una institución que operase sobre el objeto del proceso, sino sobre el

11 José Luis Gómez Colomer, “La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España”, *Revue Internationale de Droit Pénal* 83 (2012): 7.

12 Para un análisis de las posturas doctrinales, vid. Jacobo Vigil Levi, “La institución de la conformidad en el proceso penal español”, disponible en [www.julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/2 ss.](http://www.julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/2%20ss.pdf)

13 Para profundizar sobre esta idea, vid. Juan Córdoba Roda, “Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho”, *Diario La Ley* 7898 (2012).

desarrollo del procedimiento, posibilitando obviar el trámite del juicio oral” (STS 422/2017, de 13 de junio, con cita de otras anteriores).

Veremos a continuación cómo regula la LECrim la conformidad en los distintos tipos de procedimientos penales: procedimiento ordinario, procedimiento abreviado, procedimiento para enjuiciamiento rápido de determinados delitos, proceso por aceptación de decreto y procedimiento ante el tribunal del jurado.

La mera enumeración de estos procedimientos da idea de la necesidad de simplificar la regulación contenida en la LECrim.

4.2. EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

En el procedimiento ordinario la conformidad puede tener lugar en dos momentos procesales: al elaborar la defensa su calificación provisional (artículo 655 LECrim) y en el juicio oral al comienzo del interrogatorio del procesado (artículo 688.2 LECrim).

Según el artículo 655 LECrim, si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional, al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado y con la pena que se le pida; es además necesario que el letrado defensor exprese que no conceptúa necesaria la continuación del juicio y que lo ratifique el procesado, en cuyo caso el tribunal dictará sentencia según la calificación mutuamente aceptada.

Al comienzo de las sesiones del juicio oral, si la causa fuese por delito para cuyo castigo se solicite la imposición de pena correccional, preguntará el presidente a cada uno de los procesados si se confiesa reo del delito y responsable civilmente (artículo 688. 2 LECrim). Si el procesado o procesados contestasen afirmativamente, el presidente preguntará al defensor si considera necesaria la continuación del juicio oral, y si

contestase negativamente, el tribunal procederá a dictar sentencia en los términos expresados en el artículo 655 (artículo 694 LECrim)

Teniendo en cuenta el límite penológico establecido en este artículo, esto es, que la pena sea de carácter correccional, es decir, no superior a seis años de prisión, la conformidad en la práctica ha desaparecido del procedimiento ordinario, ya que éste está reservado para el enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad superior a nueve años, de manera que solo cabrá la conformidad en el caso de la petición de la acusación no supere los seis años de prisión como consecuencia de la rebaja de grado de la pena prevista en el Código Penal por tratarse de un delito en grado de tentativa, por tratarse de cómplices o encubridores y no autores, y por aplicación de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal¹⁴.

4.3. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Frente a estas previsiones, en las cuales la conformidad se reduce a la adhesión del procesado a la petición punitiva de la acusación, la introducción del procedimiento abreviado, operada por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, cambió el marco jurídico de la conformidad pasando a ser el eje central de la misma la negociación entre acusación y defensa. Las conformidades se alcanzan tras un cambio de la acusación en sus peticiones iniciales, cambio que responde a una negociación previa entre las partes de naturaleza extraprocésal¹⁵, que, como recuerda el Tribunal Supremo, carece de toda relevancia procesal hasta que se plasman en el proceso con todas las garantías¹⁶.

14 Vid. José Martínez Jiménez, *Derecho Procesal Penal* (Madrid: Tecnos, 2015): 250.

15 Vigil Levi, "La institución de la conformidad ...", 7.

16 STS 1094/2002, de 14 de noviembre. "... estos acuerdos carecen de efectos para el tribunal hasta que, en su caso, se manifiesten ante él con todas las garantías (...) Hasta ese momento se trata de relaciones extraprocésales, debiendo atenderse acusación y defensa a sus manifestaciones y actuaciones en el proceso y no a lo que haya podido ocurrir fuera de él".

En el procedimiento abreviado la LECrim prevé tres momentos procesales en que puede alcanzarse la conformidad: en fase de diligencias previas (artículo 779. 1. 5^a), en fase intermedia (artículo 784. 3) y en fase de juicio oral (artículo 787. 1).

Según el artículo 779. 1. 5^a LECrim, el juez de instrucción pueda adoptar la resolución de transformar el procedimiento abreviado en diligencias urgentes de juicio rápido, conforme a los artículos 800 y 801, para lo que se requiere que, tras haber reconocido los hechos el investigado, asistido de su abogado y a presencia judicial, hubiere mostrado además su conformidad con el escrito de acusación formulado por las partes acusadoras, y que se trate de delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, multa de cualquier cuantía o pena de otra naturaleza de duración no superior a diez años. En este caso el procedimiento termina con sentencia dictada por el juez de instrucción, en trámite de conformidad, y con la rebaja de un tercio de las penas solicitadas.

El artículo 784. 3 LECrim, que regula la elaboración del escrito de la defensa, recoge la posibilidad de que ésta manifieste su conformidad con la acusación formulada, o con la que contenga pena de mayor gravedad si fueren varias las formuladas, siendo necesario que el escrito lo firme también el acusado. Esta conformidad podrá ser también prestada, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, con un nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado y su defensa.

En tercer lugar, y ya en la fase de juicio oral, al inicio de las sesiones y antes de la práctica de las pruebas, el artículo 787 LECrim regula la conformidad del acusado, la cual no podrá referirse a hecho distinto ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior, requiere la presencia del acusado, quedando excluidos de la conformidad los juicios celebrados en ausencia de éste, y que la pena no exceda los seis años de prisión.

Esta conformidad alcanzada al comienzo del juicio oral es, con gran diferencia, la más frecuente en nuestros tribunales reduciendo a las demás a la categoría de anecdóticas, excepto las que se alcanzan en los juicios rápidos, con lo cual se pierde el efecto benéfico de economía procesal que se atribuye a las conformidades, al tiempo que sufren algunos principios del proceso penal que pueden afectar a derechos básicos del acusado¹⁷. Para evitar estos inconvenientes, el 1 de abril de 2009, se firmó un protocolo de actuación entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía con el objetivo de potenciar las conformidades previas al juicio oral¹⁸.

Un aspecto clave para que la institución de la conformidad no vulnere principios básicos del proceso penal, como los derechos constitucionales a los cuales renuncia el acusado, e incluso el principio de legalidad, es el control judicial de la conformidad alcanzada por las partes¹⁹, control que está previsto en el artículo 787. 3 y 4 LECrim. Siguiendo a VIGIL LEVI podemos diferenciar entre el control del contenido del acuerdo y el control del consentimiento prestado²⁰.

El control del contenido del acuerdo está regulado en el artículo 787. 3 LECrim, según el cual, si el juez considera que la calificación es incorrecta o la pena solicitada no procediere legalmente, requerirá a la parte para que manifieste si se ratifica o no en su calificación, y, en caso de ratificación, el juez ordenará la continuación del juicio²¹. De este

17 Vid. infra, V. Juicio crítico.

18 La Instrucción 2/2009 de la FGE, dictada en desarrollo de dicho Protocolo, señala como objetivo a conseguir “que el juicio oral previamente conformado se señale prescindiendo en principio de la citación de los testigos y peritos, y de todas aquellas otras actuaciones cuyo objeto sea preparar la práctica de la prueba (...); descargar al órgano judicial de una laboriosa y a veces complicada tarea, y sobre todo evitar a los ciudadanos afectados por el delito y a los profesionales colaboradores con la administración de justicia el inútil desplazamiento y la frustrante pérdida de tiempo que hoy por hoy suponen las conformidades al inicio del juicio”.

19 Por todos, Córdoba Roda, “Las conformidades entre acusación y defensa ...”; Javier Hernández García, “Rapidez y reforma del proceso penal”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate* 44 (2002): 30.

20 Vigil Levi, “La institución de la conformidad ...”, 23 ss.

21 La STS 188/2015, de 9 de abril, recuerda la necesidad de proceder como señala este precepto para respetar uno de los principios que integran las garantías constitucionales del proceso penal, como es el de contradicción: “... si la Sala considera incorrecta la calificación formulada, no puede aceptar sin más la conformidad entre las partes, prescindiendo de la celebración del juicio, y modificar posteriormente

precepto deriva que el juez puede controlar la calificación de los hechos y la procedencia de la pena, pero no los hechos aceptados por las partes, ya que no se ha practicado ninguna prueba y carece de elementos de juicio para valorarlos. Respecto a la pena, su control ha de limitarse a si es procedente, lo que implica el control de su legalidad, quedando fuera del control judicial el ámbito discrecional de la penalidad en el que se materializa su individualización²².

En cuanto al control del consentimiento prestado, el párrafo segundo del artículo 787 LECrim exige que el juzgador oiga al acusado “acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias”, añadiendo el párrafo 4º que, tras informar al acusado de las consecuencias del acuerdo, le requerirá para que preste su conformidad, y, si pese a prestarla, el juez albergara dudas sobre si la conformidad ha sido prestada libremente, ordenará la continuación del juicio. Así pues, el legislador ha querido rodear la manifestación de voluntad del acusado de suficientes garantías, siendo preguntando en dos ocasiones acerca de su conformidad, de si conoce el alcance de la misma y si la presta libremente, y, aún en el caso de que su respuesta sea afirmativa, el juez podría ordenar la continuación del juicio cuando tenga dudas sobre estos extremos. No obstante, como se verá más adelante, y pese a estas garantías, es aquí donde radica uno de los principales motivos de preocupación respecto a la conformidad, pues no siempre es fácil garantizar que el acusado otorga su consentimiento con pleno conocimiento de lo que hace y libre de todo tipo de presión²³.

dicha calificación en la sentencia, inaudita parte, sino que debe trasladar su discrepancia a la acusación para que esta pueda modificar su escrito de casación en términos tales que la calificación sea correcta. Y, en otro caso, deber ordenar la continuación del juicio”.

22 En tal sentido, Antonio del Moral García, “La conformidad en el proceso penal, reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español”, *Revista Auctoritas Prudentium* 8 (2008): 15, <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/conformidad-proceso-penal.pdf>.

23 Vid. infra, V. Juicio crítico.

4.4. EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DETERMINADOS DELITOS

El tercer procedimiento al que hay que hacer referencia es el llamado procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, introducido en la LECrim por LO 8/2002, de 24 de octubre, dentro del cual el artículo 801 LECrim regula la llamada conformidad “premier”, cuya principal característica es que en la sentencia dictada por el juez de guardia se impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal.

Es el único supuesto en el que el beneficio que conlleva la conformidad para el acusado está expresamente previsto en la ley, con lo que supone de mejora de la seguridad jurídica de esta institución, y su importancia ha sido destacada por el Tribunal Supremo (SSTS 752/2014, de 11 de noviembre y 422/2017, de 13 de junio), al señalar que la reforma de la LECrim supuso una auténtica modificación por vía indirecta del Código Penal, al permitir a modo de atenuante privilegiada con una eficacia especial la reducción de un tercio de la pena a la fijada por la acusación, lo que determinó la necesidad de conferir al artículo 801 LECrim el rango de ley orgánica del que carecía el original proyecto legislativo.

Para que quepa la conformidad en este tipo de juicios es necesario que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera sea su cuantía, o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años, y que la pena solicita o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión. De alcanzarse la conformidad será el juez de guardia el que, tras controlar que se ajusta a la ley en los términos del artículo 787 LECrim, dicte sentencia de conformidad, debiendo también pronunciarse, una vez que declare su firmeza, sobre la concesión del beneficio de suspensión de la pena privativa de libertad.

4.5. EL PROCESO POR ACEPTACIÓN DE DECRETO

El novedoso proceso por aceptación de decreto, introducido en la LECrim por Ley 41/2015, de 5 de octubre, y desarrollado en los artículos 803 bis a) a bis i), contiene otra regulación de la conformidad, con la peculiaridad de que en este caso la conformidad es consustancial al proceso, de manera que, si no se alcanza el acuerdo, la causa se transformará en otro tipo de proceso. Para que pueda incoarse este proceso es necesario que el delito esté castigado con pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con el artículo 80 CP, con o sin privación del derecho a conducir vehículos y ciclomotores. El fiscal elaborará un decreto en el que propondrá la pena a imponer, que, de ser aceptado por el investigado devendrá en resolución judicial firme, en caso contrario, el ministerio fiscal no se encontrará vinculado por el contenido de su decreto y proseguirá la causa por el cauce que corresponda.

Se trata de una modalidad de muy escasa aplicación frente al exitoso juicio rápido, entre otras razones porque al acusado le resultará más conveniente acogerse a la conformidad del artículo 801 LECrim. que está premiada con una reducción de un tercio de la pena.

4.6. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO

Por último, hay que referirse a la posibilidad de conformidad en el procedimiento ante el tribunal del jurado, regulado por Ley Orgánica 5/95, de 22 de mayo, cuyo artículo 50. 1 prevé que se disolverá el jurado si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, sin que la pena pueda exceder de seis años de privación de libertad, matizando el párrafo segundo que si el magistrado-presidente entendiese que el hecho no se ha perpetrado, o que no lo fue por el acusado, no disolverá el jurado y mandará continuar el juicio, lo cual supone una importante especialidad

respecto al procedimiento abreviado y al juicio rápido, ya que permite al magistrado-presidente controlar los hechos aceptados por las partes, especialidad que se justifica en que en este procedimiento, al contrario que los otros, cuando se alcanza la conformidad y se disuelve el jurado ya se ha practicado la prueba, por lo que el magistrado-presidente sí tiene elementos de juicio que le permiten valorar el acuerdo alcanzado desde el punto de vista de los hechos.

No obstante, el Tribunal Supremo (STS 482/2012, de 5 de junio) ha matizado que la excepción del artículo 50. 3 LOTJ no permite que la no aceptación de la conformidad y la no disolución del jurado se justifique por el magistrado-presidente en la eventual evaluación diferente que podría hacer el jurado tras la prueba practicada, pues, “...en definitiva, no se trababa de efectuar una valoración subjetiva de los hechos, un juicio probabilístico de la prueba para rechazar la conformidad, sino de determinar si existían motivos para estimar, en este caso, que el hecho descrito en el escrito de conformidad no había sido perpetrado (...) y si de esos hechos aceptados no resultaba la concurrencia de una causa de exención o de preceptiva atenuación”.

4.7. LAS POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Desde hace algunos años las numerosas reformas que ha venido sufriendo la LECrim han supuesto un fortalecimiento del papel del ministerio fiscal dentro del proceso penal, que se manifiesta en distintos aspectos, como son la cada vez mayor implicación del fiscal en la investigación de los delitos, la potenciación del principio acusatorio, y, especialmente, la introducción del principio de oportunidad a través de la figura de las conformidades, lo que nos permite hablar del poder de disposición

del ministerio fiscal sobre la pretensión penal, presentándose el fiscal como dueño del objeto procesal²⁴.

La esencia de la conformidad es la plena aceptación por parte del acusado, sin pruebas ni debates, del escrito de acusación de mayor gravedad a cambio de una reducción de la pena. Para conseguir esa reducción, en un sistema procesal como el español fuertemente inspirado en el principio de legalidad, el fiscal, obviamente, no podrá omitir en su acusación hechos penalmente relevantes, ni sustituir los hechos probados por otros distintos, ni calificarlos contra ley, ni solicitar penas no previstas en el precepto penal, pero sí cuenta con numerosos mecanismos para buscar un acuerdo que haga innecesario el juicio oral²⁵.

La primera y más lógica posibilidad es rebajar la pena inicialmente pedida dentro de los límites penológicos que recoge cada tipo penal que frecuentemente son muy amplios. Si ello no fuera suficiente, y manteniéndose dentro de la concreta figura delictiva, en ocasiones el Código Penal recoge figuras atenuadas cuya apreciación depende de la valoración del hecho, así, en el delito de lesiones del artículo 147 CP, el párrafo 2º permite disminuir la pena cuando el hecho sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido. En la misma línea, el artículo 242. 4 CP posibilita rebajar la pena prevista para el delito de robo con violencia atendiendo a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando las restantes circunstancias del hecho. Otro ejemplo lo constituye el delito de tráfico de drogas, dentro del cual el segundo párrafo del art. 368 CP permite también disminuir la pena en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

Por último, si el tipo penal no contuviera ninguna figura atenuada y el mínimo del marco penal no fuera suficiente para conseguir la

24 Argumento recogido por Nicolás Cabezudo Rodríguez, "Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y justicia negociada: las claves del nuevo modelo procesal español", en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, coord. por Cristina Ruiz López y Raquel López Jiménez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 836.

25 Vid. Vigil Levi, "La institución de la conformidad ...", 6-7.

conformidad del acusado el fiscal puede acudir a las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, especialmente aquellas que están vinculadas al reconocimiento de la participación en el delito y a la reparación del daño. Esta última está expresamente recogida en el n.º 5 del artículo 21 CP y su aplicación en las conformidades no plantea mayores problemas; sin embargo, la atenuante de confesión, prevista en el n.º 4 del mismo precepto, exige que la confesión del culpable se produzca antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, lo cual representa un límite temporal que hace casi imposible su aplicación al acusado que confiesa para acogerse a los beneficios de la conformidad, ante lo cual los jueces y tribunales, en ocasiones, la aplican como atenuante analógica cuando la confesión se produce durante la declaración del acusado en juicio oral, amparándose en el artículo 21. 7 CP²⁶.

Sin embargo, esta práctica no parece acertada, ya que obvia un requisito temporal expresamente impuesto por el legislador, por lo que tiene difícil encaje dentro de la figura de la analogía. Así se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, en sus sentencias 505/2016, de 9 de junio y 643/2016, de 14 de julio, señala que la atenuante de análoga significación no puede alcanzar al supuesto en que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, si bien tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello supondría hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de la analogía. En concreto, respecto a la llamada atenuante de confesión tardía, la STS 784/2017, de 30 de noviembre (con cita de otras anteriores), afirma que es aplicable en todos aquellos supuestos en los que no concurra el elemento cronológico exigido en la expresa previsión atenuatoria, pero aparezca una actuación colaboradora del investigado que sea reflejo de la asunción de su responsabilidad y que facilite la depuración del reproche que legalmente merecen los hechos en los que participó,

²⁶ En tal sentido, Vigil Levi, “La institución de la conformidad ...”, 6-7.

exigiéndose por ello, así como por razones pragmáticas de política criminal, que el comportamiento del encausado en el seno de la investigación -si bien de manera tardía- favorezca de forma eficaz al esclarecimiento de los hechos y de los responsables, denegándose cuando los datos aportados sean conocidos o evidentes para la investigación. Obviamente el reconocimiento de culpabilidad que tiene lugar en las conformidades no tiene encaje en estas exigencias jurisprudenciales.

Son estas manifestaciones del principio de oportunidad, y particularmente la institución de la conformidad, las que han fortalecido los poderes del ministerio fiscal, no siendo exagerado afirmar que en estos casos se produce un desplazamiento del eje central del proceso penal desde el juez o tribunal hacia la acusación²⁷.

5. JUICIO CRÍTICO

El sistema de conformidades ha alcanzado tal nivel de éxito en nuestras salas de justicia que se ha situado en primera línea del enjuiciamiento penal, algo impensable hasta la aprobación del procedimiento abreviado en 1988 y del procedimiento para enjuiciamiento rápido de determinados delitos en 2002, aún más, posiblemente impensable para el propio legislador. Y es que parece que todas las trabas puestas al principio de oportunidad, tanto desde el punto de vista doctrinal como legislativo, aun en su modalidad reglada o tasada, que es la admitida en países de nuestro entorno, se flexibilizan, o abiertamente desaparecen, ante una de sus manifestaciones más frecuentes, cuya inconcreta y asistemática regulación, unida a la clara apuesta de acusaciones, defensas y órganos jurisdiccionales, por la negociación como forma de poner término al proceso, está generando un porcentaje de conformidades que contrasta con principios como los de indisponibilidad del objeto del proceso, búsqueda

27 Para profundizar sobre esta idea, vid. Velásquez, *La justicia penal...*, 1527 ss.

de la verdad material²⁸, oralidad, contradicción, inmediación y valoración de la prueba por el órgano jurisdiccional²⁹, principios que siguen inspirando nuestro proceso penal.

Sin duda, la conformidad es una institución útil cuyos beneficios (economía procesal, rápida reparación de la víctima y resocialización del acusado a través de la asunción de su responsabilidad y de la consecución de una disminución de la intensidad punitiva), justifican su existencia, pero también entraña deficiencias incompatibles con el entusiasmo con que todas las partes intentan llegar a un acuerdo que evite el juicio oral.

Así, respecto al acusado, frente al pretendido beneficio antes señalado, puede ser víctima del propio sistema de conformidades, especialmente cuando ésta se usa con el principal fin de aliviar la carga de trabajo de los órganos de enjuiciamiento y del ministerio fiscal, de manera que llegan a ponerse en peligro sus derechos constitucionales a un juicio público con todas las garantías, con posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (artículo 24, 2 CE), y ello pese a que el Tribunal Supremo (SSTS 291/2014, de 7 de abril, 73/2017, de 2 de febrero y 422/2017, de 13 de junio) se ha encargado de recalcar que la conformidad “no es un acto de prueba, sino un medio de poner fin al proceso”, de manera que “la conformidad es un declaración de voluntad de la defensa, que no constituye confesión”³⁰, confesión del acusado que, por otra parte, tanto el Tribunal Constitucional como el

28 El Tribunal Supremo (SSTS 778/2006, de 12 de julio, 260/2006, de 9 de marzo y 422/2017, de 13 de junio) hace hincapié en que, frente al proceso civil que se rige que por el principio dispositivo y de verdad formal, en el proceso penal prepondera el principio de legalidad y el de indisponibilidad del objeto del proceso, siendo la búsqueda de la verdad material a la que se orienta este proceso.

29 Significativa es la STS 8/2011, de 11 de febrero que se expresa en los siguientes términos: “Es lógico, pues, el recelo hacia una forma de administrar justicia que se rinde ante exigencias pragmáticas y que entroniza el principio del consenso, desplazando otras ideas clave como el principio de contradicción, con la consiguiente estructura dialógica del proceso penal, y la necesidad de que el reproche penal sea el resultado de una apreciación probatoria verificada por un órgano jurisdiccional que ha de valorar los elementos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes.”

30 Estas sentencias aclaran que “debe distinguirse entre una declaración detallada y minuciosa sobre los hechos, propia del interrogatorio del acusado practicado en el juicio oral, con la mera conformidad y el reconocimiento de los hechos respecto de la acusación contra él formulada”.

Tribunal Supremo admiten que puede suponer por sí la destrucción de esta presunción³¹. O, aún peor, se puede llegar a condenar a un inocente, pues no es exagerado afirmar, y así lo demuestran estudios empíricos³², que buena parte de los acusados, incluso entre los que se consideran inocentes, están dispuestos a confesar su culpabilidad y alcanzar una conformidad para evitar los riesgos de sufrir una sentencia condenatoria más severa.

Además, este riesgo de quiebra del derecho del acusado a que se celebre el juicio y se practiquen todas las pruebas de cargo y descargo se ve incrementado por algunas actitudes que se dan en nuestra práctica procesal.

En primer lugar, no es infrecuente que los fiscales, como estrategia ante la más que segura negociación para la conformidad, en los escritos de acusación soliciten penas más elevadas de las que en realidad consideran procedentes, para poder rebajarlas en el caso de acuerdo, lo cual sitúa al acusado en posición favorable a la conformidad a la vista de la generosa rebaja que se le ofrece.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, se penaliza a los acusados que no alcanzan la conformidad, ya que se mantienen las peticiones de penas elevadas frente a las rebajas de las que se benefician los que llegan a un acuerdo, sin que ello responda a las circunstancias personales del sujeto, sino exclusivamente al hecho de si ha existido o no conformidad.

El Tribunal Supremo admite que la negativa a la conformidad de un coacusado frente a la admisión de las imputaciones por parte de los demás sirva de motivación para fundamentar la distinta entidad de las penas impuestas a uno y a otros, si bien matizando que con ello "... no se

31 La STS 512/2017, de 5 de julio, con cita de las SSTC 86/95, 49/99, 161/99, 136/2000, 299/2000, 14/2001, 138/2001 y las SSTS 550/2001, 676/2001 y 998/2002, afirma que la confesión del imputado es apta para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia cuando tal confesión se ha efectuado comprobadamente, con respeto a las garantías del proceso, y, por tanto, con independencia de los motivos internos que tuviera el confesante para tal proceder.

32 Una referencia a los mismos se encuentra en Velásquez, La justicia penal ..., 64.

está penalizando la no conformidad, sino recompensando la conformidad de los coacusados que aceptaron sus responsabilidades” (STS 487/2007, de 29 de mayo). La STS 457/2013, de 30 de abril insiste en la necesidad de diferenciar entre atenuar la pena a quien se conforma y agravar la pena a quien no se ha conformado³³. En realidad, dejando al margen el supuesto del artículo 801 LECrim., en el que el beneficio para el acusado está expresamente previsto en la ley, en el resto de casos depende de si en la diferencia de penalidad vemos una recompensa al acusado que reconoció su culpabilidad o una penalización a aquél que solo ejerció su derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, práctica esta última que el Tribunal Constitucional (sentencias 75 y 76/2007, de 16 de abril) ha considerado constitucionalmente inadmisibles, por lesiva para los citados derechos fundamentales.

Una manera de evitar esta problemática sería extender el sistema establecido para las conformidades en los juicios rápidos al resto de los procedimientos, esto es, que el beneficio de la reducción en la pena al acusado que reconoce su culpabilidad venga establecido en la propia ley y aplicado por el juez.

En tercer lugar, el control jurisdiccional del acuerdo previsto en la LECrim, raramente culmina con el rechazo de la conformidad por el órgano jurisdiccional, ello se debe, sin duda, a que no es fácil rechazar un acuerdo beneficioso para el acusado y al que éste, aunque no con la contundencia que fuera deseable, ha prestado su consentimiento, máxime

33 Fundamento de derecho décimo primero: “La rebaja de la pena cuando existe conformidad es algo aceptable. Es un factor de individualización penológica (...) Ahora bien, aunque la línea es muy tenue, por cuanto toda atenuante en cierta medida se convierte en una agravante (una “no-atenuante”) para quien no se encuentra inmerso en el supuesto base de la atenuación, hay que diferenciar claramente entre lo que significa atenuar la pena a quien se conforma, o a quien confiesa los hechos; de lo que supondría agravar la pena a quien no se ha conformado, a quien no ha confesado los hechos sencillamente por hacer uso de sus derechos a un proceso con todas las garantías y a no autoincriminarse. Lo expuesto puede dar cierta impresión de juego de palabras que escapa al raciocinio. Pero no es así: es plausible una rebaja de pena a quien se declara culpable por lo que comporta, de asunción de responsabilidades, de primer paso para la rehabilitación; pero ha de repudiarse la agravación para quien no asume ese comportamiento procesal legítimamente. No atenuar la pena no es lo mismo que agravarla”.

desde la posición de imparcialidad que debe adoptar el juzgador³⁴, pero también influye la actitud de los jueces y tribunales de beneficiar los acuerdos como mejor forma de terminar el proceso penal³⁵.

En cuarto lugar, hay que hacer referencia a las llamadas “conformidades encubiertas”, esto es, cuando la conformidad no es formal, sino oficiosa, de manera que se celebra el juicio, pero el fiscal anuncia modificación de sus conclusiones con reducción de la pena según lo pactado y todas las partes renuncian a las pruebas, excepto la confesión del acusado, mecanismo que se suele utilizar para alcanzar acuerdos por encima de las penas máximas legalmente previstas para la conformidad, y que han merecido en repetidas veces el rechazo del Tribunal Supremo, así la sentencia 291/2016, de 7 de abril, según la cual: “la conformidad no puede ser clandestina o fraudulenta, encubierta tras un supuesto juicio, puramente ficticio, vacío de contenido y que solo pretende eludir las limitaciones legales. Ha de ser transparente y legal, porque con independencia del criterio más o menos favorable que se sostenga respecto de los beneficios que puede aportar el principio de consenso aplicado al proceso penal, este objetivo no puede obtenerse a través de procedimientos imaginativos o voluntaristas, sino que exige en todo caso el estricto respeto de los cauces y limitaciones legales”. La STS 808/2016, de 27 de octubre, reitera la ilegalidad de este tipo de conformidades.

Por último, respecto a la crítica de que las conformidades suponen un excesivo fortalecimiento de los poderes del ministerio fiscal en detrimento de los órganos jurisdiccionales³⁶, tiene su fundamento en el hecho de el control jurisdiccional es uno de los aspectos claramente mejorable de nuestro sistema de conformidades.

Sobre este punto se han apuntado interesantes propuestas tendentes, por una parte, a asegurar que la adopción de la conformidad no

34 En tal sentido, Vigil Levi, “La institución de la conformidad...”, 28.

35 Argumento recogido por Juan Carlos, “El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20, nº 6 (2018): 16. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>.

36 Vid. Velásquez, *La justicia penal...*, 55.

comprometa la imparcialidad del juzgador, y, por otra, que éste ejerza un mayor control sobre el acuerdo para garantizar su legalidad. Así, en primer lugar, la regulación contenida en el Anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2011 que encomendaba el control de la conformidad a un órgano distinto al de enjuiciamiento, con lo cual se obtienen varios beneficios, se descontamina al juzgador y la decisión sobre la validez de la conformidad, y se evita la actitud de potenciarla por parte del primero³⁷. En segundo lugar, se propone que el juez pueda controlar que los hechos aceptados por las partes cuentan con indicios suficientes que justifiquen que se declaren probados³⁸. Y, en tercer lugar, y en la misma línea, que el juez pueda controlar la individualización de la pena y su proporcionalidad a la gravedad del hecho y reprochabilidad concreto del autor no limitándose a la legalidad de la misma³⁹.

En definitiva, la mejora de la institución de la conformidad ha de pasar necesariamente por superar el criterio utilitarista del ahorro de trámites procesales que conlleva, viendo en ella una forma de terminación del proceso con reproche penal, pero sin contradicción entre las partes ni práctica de la prueba, lo que requiere, para garantizar los derechos del acusado, incrementar el control judicial del acuerdo, ejercitado por un órgano distinto del de enjuiciamiento, y establecer por ley los beneficios para el acusado que se conforma, imposibilitando así castigar al acusado que no lo hace.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Cabezudo Rodríguez, Nicolás. “Hegemonía del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y justicia negociada: las claves del nuevo modelo

37 En tal sentido, Antonio del Moral García, “Otra vez sobre la conformidad y conformidades en el proceso penal”, *Fernando Herrero Tejedor Algar – Liber Amicorum*, dir. por Antonio Del Moral García y Jaime Moreno Verdejo (Madrid: Colex, 2015): 503.

38 Vid. Moral García, “Otra vez sobre la conformidad...”.

39 Vid. Nicolás Cabezudo Rodríguez, “Justicia negociada y nueva reforma procesal penal”, *Diario La Ley* 5815 (2003).

- procesal español”. En *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal: Jornadas sobre el borrador del nuevo Código Procesal Penal*, coordinado por Cristina Ruiz López y Raquel López Jiménez, 829-847. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- . “Justicia negociada y nueva reforma procesal penal”. *Diario La Ley*, 5.815 (2003).
- Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido. “El principio de oportunidad regulada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”. En *La reforma del proceso penal*, 287-308. Madrid: Ministerio de Justicia, 1989.
- Córdoba Roda, Juan. “Las conformidades entre acusación y defensa en los procedimientos penales y el problema de la renuncia al derecho”. *La Ley*, n.º 7898 (2012).
- Del Moral García, Antonio. “La conformidad en el proceso penal, reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español”, *Revista Auctoritas Prudentium* 1 (2008). <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/conformidad-proceso-penal.pdf>
- . “Otra vez sobre la conformidad y conformidades en el proceso penal”, *Fernando Herrero Tejedor Algar – Liber Amicorum*, dirigido por Antonio Del Moral García y Jaime Moreno Verdejo, 481-508. Madrid: Colex, 2015.
- Ferré Olive, Juan Carlos. “El *Plea Bargaining*, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades *low cost*”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20, nº 6 (2018). <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-06.pdf>.
- Gimeno Sendra, Vicente. “El principio de oportunidad y el Ministerio Fiscal”. *Diario La Ley* 8.746 (2016).

- Gómez Colomer, Juan Luis. “La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España”. *Revue Internationale de Droit Pénal* 83 (2012): 15-41.
- Hernández García, Javier. “Rapidez y reforma del proceso penal”. *Jueces para la Democracia, Información y Debate* 44 (2002): 27-32.
- Jimeno Bulnes, Mar. “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”. *Diario La Ley* 8.624 (2015).
- Lamadrid Luengas, Miguel Ángel. *El principio de oportunidad como una herramienta de política criminal*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2015.
- Martínez Jiménez, José. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Tecnos, 2015.
- Mateos Rodríguez-Arias, Antonio. “La autonomía del Ministerio Fiscal a la luz de la Constitución”. En *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, coordinado por Carlos Gómez-Jara Díez, 993-1015. Madrid: Aranzadi, 2018,
- Velásquez Velásquez, Fernando, *La justicia penal: legalidad y oportunidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Vigil Levi, Jacobo, “La institución de la conformidad en el proceso penal español”, www.julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07

Antonio Mateos Rodríguez-Arias
Fiscal. Fiscalía provincial de Badajoz
Avd. Colón, 8
06005 Badajoz (España)
amatrod@unex.es



EL PRINCIPIO MONÁRQUICO. FACTOR AGLUTINADOR DE LA IDENTIDAD NACIONAL DE UKRANIA

THE MONARCHIC PRINCIPLE. BINDING FACTOR OF THE NATIONAL IDENTITY OF UKRANIA

RODOLFO ORANTOS MARTÍN

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Recibido: 03/12/2019 Aceptado: 18/12/2019

RESUMEN

Cuando un Rey dejó de ejercer sus prerrogativas y los avatares de la historia así lo provocaron muchas veces, sucediéndose renunciaciones de eventuales derechos sucesorios y otras cuestiones dinásticas, la salud de la Real Familia muchas veces no sólo no se ha debilitado, sino que se ha reforzado. Es por este motivo que en el supuesto de una restauración contribuye a la fijación y consolidación de la identidad, mayor si cabe en aquellos casos en la que la independencia ha sido recuperada recientemente. Afirmado ese supuesto, y una vez se dote de personalidad institucional a la Real Familia, se produce automáticamente una consolidación de la identidad nacional y una notable similitud con algunos de los países más desarrollados y de mayor tradición democrática de la Unión Europea.

Palabras clave: Real Familia, identidad, monarquía, valor, Unión Europea, Ucrania.

ABSTRACT

When a King stopped exercising his prerogatives, and the vicissitudes of History provoked it many times, leading to renunciations of eventual succession

rights and other dynastic issues; the health of the Royal Family has not only not weakened, but reinforced. That is why; the case of a restoration contributes to the fixation and consolidation of identity, even more so in those cases in which independence has been recently recovered. Once this assumption is affirmed and the Royal Family is endowed with institutional personality; a consolidation of national identity, as well as a remarkable similarity with some of the most developed and with a long democratic tradition country in the European Union, automatically take place.

Keywords: Royal Family, identity, monarchy, courage, European Union, Ukraine.

Sumario: 1. Introducción. 2. El valor simbólico y representativo. 3. La Real Casa y Familia de Gagarin. Los Príncipes de Gagarin. 4. Árboles genealógicos. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando un Rey dejó de ejercer sus prerrogativas y los avatares de la historia así lo provocaron muchas veces, sucediéndose renunciaciones de eventuales derechos sucesorios y otras cuestiones dinásticas, la salud de la Real Familia no sólo no se ha debilitado, sino que se ha reforzado. Así no es extraño que en las Reales Familias no reinantes se mantengan unas normas dinásticas, propias de épocas pasadas, pero que la han configurado decisivamente y en muchos casos se prefiere no tocar aquello heredado de sus últimos miembros reinantes, cuando era Derecho Dinástico Público, que tiene el absoluto viso de legitimidad y legalidad institucional, aun cuando es sabido a ciencia cierta su posible descolocación en el tiempo. Ocurre así, en uno de los mejores ejemplos que tenemos en Europa, con la Real y Gran Principesca Familia de Ucrania, Grandes Príncipes de Kiev.

Es por ello que, el caso de una restauración contribuye a la fijación y consolidación de la identidad, mayor si cabe en aquellos casos en la que la independencia ha sido recuperada recientemente. Afirmado ese su-

puesto, y una vez se dote de personalidad institucional a la Real Familia, se produce automáticamente una consolidación de la identidad nacional y una notable similitud con algunos de los países más desarrollados y de mayor tradición democrática de la Unión Europea.

Las Reales Casas y Reales Familias no reinantes han sabido preservar su condición en la mayoría de los casos, siendo notable el supuesto ucraniano, donde se perdió el trono y la independencia nacional en el año 1324 y sin embargo se ha mantenido la línea dinástica hasta la fecha. Ello es un patrimonio cultural y social inmaterial de los ciudadanos de Ucrania. Su Real Familia no ha perdido la esencia de su ser, basándose en el escrupuloso respeto de una norma y una tradición, que ahora puede servir para dotar a la nación de un elemento singular y diferenciador, un valor simbólico y representativo del que carecen sus vecinos y que puede contribuir a superar las diferencias habidas desde su independencia de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

2. EL VALOR SIMBÓLICO Y REPRESENTATIVO

Empecemos manifestando que estamos ante un proyecto de monarquía constitucional en su nivel máximo de evolución, desde las monarquías constitucionales absolutas, a través de las monarquías constitucionales limitadas y parlamentarias, para llegar, como última evolución del concepto a la monarquía constitucional simbólica y representativa, consecuencia del efecto expansivo del principio democrático hacia libertad y la defensa de los Derechos Humanos.

Este posicionamiento ha puesto de manifiesto la ruptura de la idea tradicional que monarquía y democracia eran términos antagónicos entre sí y por eso debía apostarse por la república. Es por ello que en las monarquías constitucionales parlamentarias y en las simbólica representativas, *“el Rey puede ser la imagen de un sistema de estado democrático pluralista muy avanzado socialmente y unido por encima*

*de etnias o identidades culturales, siendo sólo el límite para el Soberano su imposibilidad de expresar opinión o liderazgo político alguno*¹. Por tanto, la posibilidad de creación y desarrollo del valor simbólico y representativo en Ucrania, la restauración de la Corona perdida con la independencia en el siglo XIV, puede ayudar a consolidar la libertad recuperada en el siglo XX.

Pero solo podrá cobrar sentido “*en la medida que cumpla una función neutral*”² y sea conceptualmente el tipo de monarquía avanzada que propugnamos: la constitucional simbólica y representativa, evolución de la monarquía constitucional parlamentaria. Entendemos que es este el verdadero y definitivo encaje de una restauración monárquica en el siglo XXI, por lo que significa de identidad con los instrumentos de gobierno, democráticos y significados socialmente propios de los países de la Unión Europea y con otros que configuran el denominado mundo occidental, junto con una permanente preocupación por la defensa y atención a los más desfavorecidos; es lo que ya ocurre en el Reino de Suecia o en el Imperio del Japón y también viene a ser la circunstancia del “*Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, monarquía parlamentaria*”³. En la misma el Rey conserva determinados elementos que le dan apariencia de poder, o poder en concreto⁴, lo que ya no ocurre en los dos primeros ejemplos citados de Suecia y Japón.

En ocasiones se ha planteado la similitud entre la jefatura del estado de una monarquía en las democracias actuales y la jefatura del estado de una república parlamentaria en la que el presidente carece de poderes políticos efectivos y solo asume funciones simbólicas y representativas.

1 María José Cando Somoano, *El Rey como símbolo de unidad y permanencia del Estado en la Constitución Española de 1978* (Madrid: Departamento de Publicaciones de la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General del Congreso de los Diputados, 2003), 31.

2 Juan Antonio Hurtado Martínez, “Reflexión Jurídica sobre la monarquía española en el horizonte de la Unión Europea”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* 17 (2001): 149.

3 María José Cando Somoano, “La posición de la Corona en el modelo jurídico anglosajón”, *Revista de Estudios Políticos* 109 (2000): 103-132.

4 Cf. Teresa Freixes Sanjuán, “La Jefatura Monárquica del Estado”, *Revista de Estudios Políticos* número 73 (1991): 83-118.

“En realidad ¿Qué diferencia existe entre un Rey y un presidente vitalicio? ¿Qué diferencia existe entre un Rey electivo y un presidente? Todos esos modelos han sido investigados y están reseñados, pero la diferencia radica en que sobre o detrás del Rey, está la Corona y su valor como instituto integrador de la nación”⁵.

Ya lo referenciaba acertadamente la Constitución Imperial del Brasil de 25 de marzo de 1824:

“El poder moderador es la clave de toda la organización política y se delega en el Emperador como Jefe Supremo de la Nación y su representación”. “El carácter simbólico de la monarquía no es algo pasivo e inerte. El símbolo es tan poderoso como una ley o incluso más, porque actúa en los niveles afectivos y sentimentales de las personas. El símbolo de la Corona es uno de los que más ha contribuido a la formación de la cultura europea, la Corona ha dotado a sus naciones de unas determinadas señas de identidad que persisten el tiempo”⁶.

Si Thiers manifestaba en 1829: “le Roi régne, mais ne gouverne pas” la pregunta es obvia: ¿Qué le queda al Rey si no gobierna? La respuesta también se la daba a sí mismo el que le inquiría al respecto, Max von Seydel: “le queda el poder neutro y moderador”⁷. Efectivamente el valor neutral y moderador del monarca, aun despojado del poder ejecutivo, su valor como símbolo, es enorme cuando atesora el prestigio del ejercicio bien sostenido, aun cuando en un solo acto pueda dar al traste de años de acumulación de éxito. Así Leopoldo III de Bélgica, con todo su valor simbólico ordena al ejército la rendición en mayo de 1940 frente a los nazis, y lo hace no sólo sin el refrendo del gobierno, sino con su oposición. Sin embargo, los militares le obedecen, obedecen al Rey por encima de cualquier otra consideración, el prestigio, la “auctoritas”, el valor del símbolo en un momento decisivo y trascendente, se impone su liderazgo

5 Javier Alvarado Planas, Introducción en *La monarquía parlamentaria: Familia Real y Sucesión a la Corona*, de Yolanda Gómez Sánchez (Madrid: Ediciones Hidalguía, 2004), XXIV.

6 Alvarado Planas, Introducción en *La monarquía parlamentaria: Familia Real y Sucesión a la Corona...*, XXV.

7 Manuel Fernández-Fontecha y Alfredo Pérez de Armiñán y de la Serna, *La Monarquía y la Constitución* (Madrid: Civitas, 1987), 69.

a cualquier otra circunstancia, si bien supone la ruina política del Rey. De igual manera Juan Carlos I de España, con todo su valor simbólico ordena al ejército mantenerse en el orden constitucional en febrero de 1981 frente al golpe de estado, y lo hace sin refrendo del gobierno, secuestrado en el parlamento⁸. Sin embargo los militares le obedecen, obedecen al Rey por encima de cualquier otra consideración, el prestigio, la “auctoritas”, el valor del símbolo en un momento decisivo y trascendente se impone su liderazgo a cualquier otra circunstancia, en este caso supone el máximo prestigio político del Rey.⁹ Autoridad mítica, símbolo común, referencia identitaria, valor refugio, es en verdad el término auctoritas de difícil traducción a una palabra castellana, de las que “autoridad” se queda en una mera aproximación. Acudimos así al Derecho de Roma para buscar la precisión, “se entiende por auctoritas una cierta legitimación socialmente reconocida, que se otorga a una serie de ciudadanos. Ostenta la *auctoritas* aquella personalidad o institución, que tiene capacidad moral para emitir una opinión cualificada sobre una decisión. Si bien dicha decisión no es vinculante legalmente, ni puede ser impuesta, tiene un valor de índole moral muy fuerte”.¹⁰ “La evolución de la patria potestas en el Derecho Romano presenta como hitos inicial y final dos concepciones opuestas. La patria potestad comienza como un poder despótico concebido en provecho de quien lo ejerce, y termina considerándose como una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella. Más la transformación es lenta”.¹¹ Es complicado encontrar mejor definición para la función del Rey hoy en día, así como es insuperable la similitud entre la evolución de la “patria potestas” romana y la Corona desde la monarquía feudal o medieval, pasando por la absoluta, limitada y parlamentaria, para llegar a la

8 Jesús Palacios, *23 F, el Rey y su Secreto* (Madrid: Libros Libres, 2011), 54.

9 José Ramón Pin Arboledas, “El liderazgo de Juan Carlos I y Felipe VI”, *Capital Humano* número 289 (2014): 37-38.

10 Haroldo Ramón Gavernet y Mario Antonio Mojer, *El romano, la tierra, las armas. Evolución histórica de las Instituciones del Derecho Romano* (Buenos Aires: Editorial Lex, 1992).

11 José Arias Ramos y Juan Antonio Arias Bonet, *Derecho Romano* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Romano. Editoriales de Derecho Reunidas, 1981), 704.

monarquía simbólica y representativa; no olvidemos nunca que el Principio Monárquico es consustancial a la familia, el clan, la tribu, el pueblo y la nación, en sucesivas extensiones del conceptos a colectivos humanos más amplios, desarrollados y complejos.¹²

Es lo que Max Weber denomina: “*la legitimidad carismática*”¹³ o Eduardo García de Enterría establece en su análisis de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1983 que condena a los militares Golpistas; que sanciona en el plano jurídico y que considera delito punible la desobediencia a las órdenes de Su Majestad el Rey; como: “*la residencia de un cierto reservorio potencial y excepcional de autoridad en la posición constitucional del Rey*”¹⁴ Pero el ejemplo más destacado del valor del símbolo no es europeo. La responsabilidad personal de Emperador Hiro Hito en la espiral militarista que desencadenó la implicación japonesa en la segunda guerra mundial se encuentra, históricamente fuera de toda discusión. Sin embargo, es un hecho incontrovertido que los oficiales del mando de ocupación de los Estados Unidos desecharon la opción de sentarlo en el banquillo y en su caso ajusticiarlo, desde la percepción social y culturalmente fundada, que una medida de tal calibre hubiese dificultado en modo tal vez insuperable el desafío de la reconstrucción y normalización japonesa en el largo recorrido. Desde un punto de vista militar, la evaluación de Mc Arthur concluyó que, en ese caso, hubieran sido necesarios, “*más de un millón de efectivos de ocupación americanos para garantizar el statu quo de la ocupación*”.¹⁵

12 Rodolfo Orantos Martín, “A falta de Ley Orgánica, un Reglamento de la Real Familia Española. El Principio Monárquico”, *Anuario de la Facultad de Derecho* 33 (2017): 2-3. URL: <http://www.anuarioderecho.es/articulo.php?a=33>

13 Juan Ferrando Badía, “La Monarquía Parlamentaria actual española”, *Revista de Estudios Políticos* 13 (1980): 14.

14 Eduardo García de Enterría, “Fundamentos Constitucionales del Estado”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 18/52(1998): 11-32.

15 Max Hastings, *Se desataron todos los infiernos. Historia de la Segunda Guerra Mundial* (Barcelona: Crítica, 2011), 721.

La renuncia a la depuración de la responsabilidad personal del Emperador, al que tampoco se solicitó la renuncia en el príncipe heredero por ser inusual en el Imperio del Japón, se acompañó, sin embargo, de una profunda purga de los más variados estamentos, altamente militarizados, de la estructura social japonesa.¹⁶ El Emperador Hiro Hito, que lo fue hasta 1989, perdió su carácter divino, pasando la soberanía nacional al pueblo Japonés y no hubo problema en la promulgación de la Constitución de 1947 por Su Majestad Imperial, símbolo del mismo pueblo y del Estado Japonés. Así el artículo primero de la Constitución Japonesa de 1947, mantenido en la reforma de 1978, dice: *“El Emperador es el símbolo del Estado y de la unidad del pueblo, en quien reside el poder soberano de la que emanan todos los poderes del estado”*¹⁷.

Decimos símbolo y decimos bien, dado incluso antes de terminar la guerra, en agosto de 1945, en Japón ninguna persona, incluido el Emperador, poseía una autoridad ni remotamente similar a la del Presidente de los Estados Unidos de América. El Emperador estaba obligado a actuar con arreglo a la Constitución de 1890 que se fundaba en el principio sustentado en que la soberanía residía en la persona del emperador, en virtud de su ascendencia divina, intacto para la edad eterna, y estipulaba que el Emperador es la cabeza del Imperio, combinando en sí mismo los derechos de soberanía. Pero también la Constitución de 1890 establecía que debía el Emperador asentir a los deseos del gobierno, del ejército y de la armada imperial. Constitucionalmente sólo podía adoptar la decisión de poner fin a la guerra cuando estas fuerzas lo hubiesen autorizado a hacerlo así, pero no ocurrió eso.

El Emperador, en una situación límite para su nación, recurrió a la auctoritas que indudablemente le reconocían los japoneses para poner fin al conflicto, frente a la oposición de los estamentos gubernamentales

16 Juan Fernando López Aguilar, *Japón, Constitución, Parlamentarismo, Poder Judicial. Una mirada Española* (Madrid: Departamento de Publicaciones de la Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones del Congreso de los Diputados, 2009), 43.

17 López Aguilar, *Japón, Constitución, Parlamentarismo...*, 47-51.

y militares partidarios de la resistencia toda costa.¹⁸ *El Prestigio e independencia obligan al monarca por el carácter hereditario de la dignidad a una mayor posición de neutralidad, al acierto permanente y un rigor detallado, obligaciones más exigidas que en caso de ser una autoridad electa. Una vez conseguido le permiten una mayor representación simbólica y una aceptación muy mayoritaria.*¹⁹ *El Rey es el representante por tanto de la unidad política, titular del poder neutro y moderador, pero el Monarca tiene que obtener el reconocimiento de su "status" como garantía de la unidad consiguiendo el equilibrio de todas las fuerzas que afianza su capacidad para arbitrar.*²⁰ Así, de entre los modelos de Monarquías se impone en el siglo XXI el único posible, ni la monarquía absoluta, ni la limitada, aun constitucionales, siquiera la monarquía constitucional parlamentaria donde no es titular de ningún poder pero conserva resortes de intervención.

El modelo es la monarquía constitucional simbólica y representativa inspirada en el modelo de las actuales monarquías de Suecia y del Japón, representa un caso matizado, evolucionado y distinto del modelo de monarquía constitucional parlamentaria antes aludido. En este caso se produce una notable disminución de los actos y funciones del monarca que conservan sus homólogos europeos reinantes. La evolución constitucional lo es en el caso del Emperador del Japón conforme a la Constitución del Imperio, primero la de 1947 luego la de 1978. En el caso del Rey de Suecia, conforme a la Constitución tras la reforma de 1974. No hablamos por tanto de un modelo nuevo o inexperto, sino con años de ejercicio exitoso que consagra un grado de participación del Rey en los actos estatales cuantitativa y cualitativamente menor que el que viene siendo habitual en una monarquía constitucional parlamentaria. El monarca representa

18 Hastings, *Se desataron todos los infiernos...*, 720.

19 Fernández-Fontecha Torres y Pérez de Armiñán y de la Serna, *La Monarquía y la Constitución...*, 9.

20 Fernández-Fontecha Torres y Pérez de Armiñán y de la Serna, *La Monarquía y la Constitución...*, 62-63.

la unidad del reino o del imperio, pero no participa en los actos que son atribuidos exclusivamente a poderes responsables.²¹

Ni el Rey, ni el Emperador, mantienen costumbres interpretativas o introductivas, salvo las meramente protocolarias de carácter nominal o utilizando el calificativo: Imperial, como forma y no como fondo en materia de estilo y publicación de las normas, de los acuerdos de nombramiento o cese y en relación con la concesión de honores, dignidades y títulos.²² En el Imperio del Japón, el Emperador Aki Hito, es el primero que está desprovisto de cualquier misticismo religiosos (su padre fue un Dios hasta 1947) sin tintes sacrales y de revestimiento como suprema encarnadura de influjos espirituales y animistas.

Con todo sigue siendo cierto que el acceso al trono imperial se acompaña de un rito sintoísta Daijosai cuya compatibilidad con la Constitución, artículos 20 y 89, ha resistido el test de control jurisdiccional. Es claro que el derecho japonés no reconoce hoy ningún Dios o religión alguna en particular, pero todo el protocolo y ceremonial imperial se acompaña de reminiscencias de una prolongada historia de interacciones entre el mito de la divinidad y la virtualidad de este mito como fuente legitimadora de autoridad política.²³ Es un modelo perfectamente aplicable a un monarca católico apostólico ortodoxo en el contexto de un reino aconfesional que mantiene esa tradición religiosa mayoritaria entre sus ciudadanos. Si podrá el Soberano actuar, manifestar o expresar la voluntad del Gobierno o del Parlamento, en situaciones de especial gravedad y/o importancia, aunque el contenido de la misma haya sido adoptado por esos órganos en virtud de sus poderes constitucionales, puede ser por tanto *auctor*, pero nunca autor de esa voluntad, aunque pueda mantener autoridad en momentos excepcionales, que como hemos visto necesita

21 Yolanda Gómez Sánchez, *La monarquía parlamentaria: Familia Real y Sucesión a la Corona* (Madrid: Ediciones Hidalguía, 2004), 31-35.

22 Fernández-Fontecha Torres y Pérez de Armiñán y de la Serna, *La Monarquía y la Constitución* (Madrid: Civitas, 1987), 84.

23 López Aguilar, Japón, Constitución, Parlamentarismo..., 61.

ser refrendada, sino de derecho, sí de hecho, gubernativa y democráticamente.

Acudimos así a la doctrina creada por Benjamín Constant que define al Rey como poder neutro para justificar la posición del monarca en el estado posrevolucionario, configurado como un valor neutral entre los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial configurándose como un elemento moderador entre los mismos, como señala Díaz del Corral al respecto: *“la concepción del cuarto poder es hasta cierto punto consecuencia del principio monárquico, cuando de él se quiere partir para asentar un régimen Constitucional desarrollando el principio de división de poderes, ello no sólo consecuencia de un posición teórica, sino de la realidad política”*.²⁴

Pero el esquema que planteamos en el supuesto ucraniano sólo será posible si el monarca procede de una monarquía legítima, *“dado que la monarquía si no es legítima, está ya, sólo por eso, política e institucionalmente muerta”*.²⁵ Es por ello que hemos estudiado todos los antecedentes de su Real y Gran Principesca Familia, que como veremos cumple los requisitos.

El monarca queda así establecido como valor simbólico y representativo, estático de la idea de la propia nación ucraniana, en cuanto a su aparato organizativo con carácter permanente, entendido como imagen física que refleja a su vez la unidad del pueblo ucraniano.²⁶

Es por tanto que clasificándose los símbolos en corpóreos, tangibles, lingüísticos, fantásticos y personales, es el Rey, un símbolo corpóreo y tangible, por tratarse de un objeto visible y dentro de esta categoría sería una cosa natural. Es por tanto un símbolo personal.²⁷

24 Fernández-Fontecha Torres y Pérez de Armiñán y de la Serna, *La Monarquía y la Constitución...*, 35.

25 Carl Schmitt C, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 1982), 211.

26 Fernández Fontecha-Torres y Pérez de Armiñán y de la Serna, *La Monarquía y la Constitución...*, 78.

27 Cando Somoano, *El Rey como símbolo de unidad...*, 50.

El Rey del Rus de Ucrania y Gran Príncipe de Kiev configuran, por tanto, más que una jefatura de estado tradicional, una representación viva de la nación sin poder ejecutivo alguno.²⁸ Pero sin embargo y sin duda alguna podrá ser el más alto valor simbólico y representativo de Ucrania.²⁹

3. LA REAL CASA Y FAMILIA DE GAGARIN. LOS PRÍNCIPES DE GAGARIN

La Real y Princesca Familia de Gagarin es la Casa Real de Ucrania, su apellido es el de Gagarin. El título es el de Gran Príncipe de Kiev con tratamiento de Alteza Real, si bien es una dignidad soberana (como el Su Alteza Real el Gran Duque de Luxemburgo), otro título posible es de Rey de Lodomeria (la Ucrania austriaca hasta 1918). Ley de Sucesión: Sálica. Último texto legal aplicable, Derecho Privado Dinástico o Familiar: Decreto Sálico de la Princesca Familia de Gagarin. Tratamiento del Príncipe Heredero: Alteza Real. Título del Heredero: Príncipe de Kiev, Príncipe de Lodomeria. Título del resto de los miembros de la Real Familia y Real Casa: Altezas Reales, Príncipes de Gagarin. Otras cuestiones dinásticas: Son la única línea agnada verificada descendiente de Riurik I. Tienen un condicionante religioso, deben ser creyentes en la Fe Católica Apostólica Ortodoxa en el ámbito de la Iglesia Ortodoxa Nacional de Ucrania.³⁰

La independencia nacional de Ucrania data del año 842; es una monarquía desde ese año hasta el de 1324, a partir de esa fecha concurren las ocupaciones polaca, rusa, austriaca y soviética hasta 1991, momento en el que recupera su independencia con la República como forma de Estado. Los Gagarin han cuidado celosamente su derecho dinástico al

²⁸ Fernández-Fontecha Torres y Pérez de Armiñán y de la Serna, *La Monarquía y la Constitución...*, 91.

²⁹ Cando Somoano, *El Rey como símbolo de unidad...*, 121-124.

³⁰ www.gagarin.com, acceso el 18 de noviembre de 2020.

trono de Kiev desde su pérdida en 1324 hasta la actualidad, respetando cuidadosamente el derecho sálico de sucesión. La dinastía de Riurik, tiene origen escandinavo. Riurik I en 842 dio forma al Rus de Kiev que estaba formado por varios principados gobernados por príncipes Riurik, relacionados entre sí por parentesco. El Gran Principado de Kiev era el más prestigioso e influyente de todos ellos. Con el reinado de Vladimiro I se inicia el periodo de máximo poder de Kiev que coincidió con la conversión de sus súbditos al Catolicismo Ortodoxo. Continuó durante el reinado de su hijo, Yaroslav I donde el Gran Principado de Kiev alcanzó el mayor desarrollo cultural y su máximo poder militar.

Se mantiene unido hasta los reinados de Vladimiro II y su hijo Mstislav I entrando en un periodo de disgregación tras su muerte, que fue agravado por las constantes incursiones de las tribus nómadas, los pechenegos y los kipchak que provocaron una migración masiva de la población a zonas más seguras del norte. Por último, la invasión mongola devastó el Gran Principado de Kiev y la ciudad fue totalmente destruida en 1240. A partir de esa fecha se convierte en un estado vasallo de los mongoles en el que los últimos Grandes Príncipes importantes: Román II, Daniel I y León I consiguen territorios más occidentales abandonando sus intereses orientales. Así Román II es el primer Príncipe de Lodomeria, Daniel I el primer Rey del Rus de Ucrania y León I el primer Rey de Galitzia, pero con todo ello acabaron los lituanos entre 1320 y 1370. En 1320 tras la batalla del río Irpin, Teodoro, hermano de Gediminas I de Lituania depone a Estanislao I, que muere en 1324 sin que se asuma ya la sucesión por ningún miembro de la familia Rurika. Teodoro toma Kiev y es nombrado Duque de la ciudad y su territorio.

La última batalla por la independencia se da en 1361, la batalla de las Aguas Azules donde los ucranianos, desorganizados y sin monarca, son derrotados. Kiev y sus territorios fueron incorporados a su Reino por Algirdas I, Gran Duque de Lituania, hijo de Gediminas I. En 1590 un estado militar llamado Zaporozhie, fue establecido por los cosacos del Dniéper y los campesinos ucranianos que huían de la servidumbre lituana y

polaca. Los cosacos se consideraban herederos de los Grandes Príncipes de Kiev y expulsaron a los tártaros consiguiendo una independencia real en 1648. El Coronel Cosaco Bohdan Jmelnytsky ganó la guerra a la República de las Dos Naciones, el Reino de Polonia y el Gran Ducado de Lituania y a su Gran Duque Rey Juan II Casimiro Vasa. Los Zares de Rusia intervinieron en el conflicto y se aseguraron, tras la firma del Tratado de Pereyáslav de 1654 el control de la Ucrania oriental, comenzando su rusificación, mientras lituanos y polacos, luego los austriacos, mantienen la Ucrania occidental; dándose lugar a la división identitaria que persiste hasta hoy en día.

Después de las tres particiones de Polonia, el Imperio de Austria tomó el control de esta parte occidental de Ucrania, constituyendo el Reino de Lodomeria. Lodomeria pasó a Polonia en 1918 con el Reino de Galitzia, el primero de población ucraniana y el segundo de población polaca. Después de la segunda guerra mundial quedó toda Ucrania unificada en la República Socialista Soviética de Ucrania a la que se incorporó Krimea en 1954, aunque con población mayoritaria rusa. Ucrania declaró su independencia, 630 años después de perderla, el 2 de diciembre de 1991. Cincuenta y seis han sido los Grandes Príncipes de Kiev desde Riurik I (862-882) hasta Estanislao I (1315/1324).

4. CONCLUSIONES

El actual Jefe de la Real y Principesca Casa de Gagarin es Nicolás Gagarin, PhD. PE y Presidente Starodub, Inc. Fundó la mercantil Starodub en septiembre de 1993 en Maryland, USA. Su negocio está en la investigación del transporte y el desarrollo logístico, incluyendo el trabajo pontonero, el procesamiento de señales, reconocimiento de patrones, la fusión de datos y la minería. Además de su trabajo en la investigación de transporte el Doctor Gagarin está prestando asistencia a la NASA en el área de procesamiento de señal e imagen y consultoría para problemas

relacionados con las ciencias de la tierra, la astrofísica y la exploración espacial³¹.

1. La monarquía puede ser un factor de consolidación de la identidad nacional de un pueblo, sobre todo cuando esta se ve amenazada por factores internos y externos, así como por la existencia de minorías étnicas o culturales de complicada integración.

2. La supervivencia y mantenimiento de una Real Familia en el tiempo, sirve de nexo de unión entre la independencia perdida y la independencia recuperada de una nación, así como para superar sistemas gubernamentales ajenos a su tradición y cultura o a los principios democráticos y de libertad vigentes en la actualidad en la Unión Europea.

3. Los estadios más avanzados de configuración de un sistema monárquico son los de la monarquía constitucional simbólica y representativa, vigentes en el Reino de Suecia y en el Imperio del Japón, en el mismo el monarca es el símbolo vivo de la nación, pero carece de todo poder, siquiera de residuo de poder alguno, si bien su valor como representación del pueblo es muy potente en todos los aspectos posibles.

4. Todos estos supuestos, incluido el muy valioso de contar con la dinastía, que se ha mantenido de forma ininterrumpida desde el año 842 hasta el día de hoy se dan en Ucrania, por lo que la restauración de la monarquía puede ser un factor muy importante para la consolidación de su independencia e identidad nacional, dado que cuenta con un recurso que no tienen el del resto de Estados independizados de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, salvando los casos de las naciones bálticas y Georgia, lo que supone un notable afianzamiento de su posición europea y occidental.

³¹ www.starodub.com, acceso el 28 de marzo de 2020.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvarado Planas, Javier. Introducción en *La monarquía parlamentaria: Familia Real y Sucesión a la Corona* de Yolanda Gómez Sánchez Y. XV. Madrid: Ediciones Hidalguía, 2004.
- Cando Somoano, María José. *El Rey como símbolo de unidad y permanencia del Estado en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Departamento de Publicaciones de la Dirección de Estudios y Documentación de la Secretaría General del Congreso de los Diputados, 2003.
- Cando Somoano, María José. “La posición de la Corona en el modelo jurídico anglosajón”. *Revista de Estudios Políticos* 109 (2000): 103-132.
- Fernández Fontecha-Torres, Manuel y Pérez de Armiñán y de la Serna, Alfredo. *La Monarquía y la Constitución* (Madrid: Civitas, 1987).
- Ferrando Badía, Juan. “La Monarquía Parlamentaria actual española”. *Revista de Estudios Políticos* 13 (1980): 7-44.
- Freixes Sanjuán, Teresa. “La Jefatura Monárquica del Estado”. *Revista de Estudios Políticos* 73 (1991): 83-118.
- García de Enterría, Eduardo. “Los fundamentos Constitucionales del Estado”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 18/52 (1998): 11-32.
- Gavernet, Haroldo Ramón y Mario Antonio Mojer. *El romano, la tierra, las armas. Evolución histórica de las Instituciones del Derecho Romano*. Buenos Aires: Editorial Lex, 1992.
- Gómez Sánchez, Yolanda. *La monarquía parlamentaria: Familia Real y Sucesión a la Corona*. Madrid: Ediciones Hidalguía, 2004.
- Hastings Max, *Se desataron todos los infiernos. Historia de la Segunda Guerra Mundial*. Barcelona: Crítica, 2011.

Hurtado Martínez, Juan. Antonio. “Reflexión Jurídica sobre la monarquía española en el horizonte de la Unión Europea”. *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* 17 (2001): 107-150.

López Aguilar, Juan Fernando. *Japón, Constitución, Parlamentarismo, Poder Judicial. Una mirada Española*. Madrid: Departamento de Publicaciones de la Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones del Congreso de los Diputados, 2009.

Palacios, Jesús. *23 F, el Rey y su Secreto*. Madrid: Libros Libres, 2011.

Pin Arboledas, José Ramón. “El liderazgo de Juan Carlos I y Felipe VI”, *Capital Humano* número 27/289 (2014): 36-39.

Orantos Martín, Rodolfo. “A falta de Ley Orgánica, un Reglamento de la Real Familia Española. El Principio Monárquico”. *Anuario de la Facultad de Derecho* 33 (2017): URL: <http://www.anuarioderecho.es/articulo.php?a=33>.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

Rodolfo Orantos Martín, PhD. PE
<https://gonzalezblancoabogados.com/derecho-nobiliario/>



**PREDICTORES INDIVIDUALES DE LA PARTICIPACIÓN EN
EL “FENÓMENO DEL BOTELLÓN” EN GUADALAJARA**

***INDIVIDUAL PREDICTORS OF PARTICIPATION IN THE
"BOTELLÓN PHENOMENON" IN GUADALAJARA***

JORDI ORTIZ GARCÍA

Universidad de Extremadura

Recibido: 25/08/2019 Aceptado: 12/09/2019

RESUMEN

El objeto de este trabajo es analizar las variables personales y temporales de las personas que han sido sancionadas por consumir bebidas en la vía pública en la ciudad de Guadalajara. Para ello, se han analizado un total de 2.068 sanciones interpuestas por la policía local de Guadalajara por conductas reguladas en su ordenanza de convivencia relacionadas al consumo de bebidas en la vía pública. El periodo de la investigación abarca ocho años, entre el año 2008 al año 2016. Las conductas sancionadas vienen reguladas en la ordenanza de convivencia de Guadalajara, que fue elaborada por un aumento de la “inseguridad”, asociado a problemas de civismo. La ciudad de Guadalajara fue una de las primeras ciudades que aprobó estos nuevos modelos de gobernabilidad, que numerosos ayuntamientos de nuestro país han ido incorporando a sus normativas en estos últimos años, con el objetivo de proteger el espacio público de conductas incívicas como el conocido fenómeno del botellón.

Palabras clave: Botellón, Civismo, Ordenanzas, Alcohol y Jóvenes.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the personal and temporal variables of the people who have been sanctioned for drinking in public in the city of Guadalajara. To this end, a total of 2,068 sanctions imposed by the local police of Guadalajara for conduct regulated in their ordinance of coexistence related to the consumption of beverages in public have been analyzed. The investigation period covers eight years, from 2008 to 2016. The conduct sanctioned is regulated by the Guadalajara ordinance on coexistence, which was drafted due to an increase in "insecurity" associated with civic problems. The city of Guadalajara was one of the first cities to approve these new models of governance, which numerous city councils in our country have been incorporating into their regulations in recent years, with the aim of protecting public space from uncivic behaviour such as the well-known phenomenon of the botellón.

Keywords: Bottle meeting (Boltellón), Citizenship, Orders, Alcohol, Youth.

Sumario: 1. Planteamiento del problema. 2. Civismo, alcohol y jóvenes. 3. El fenómeno del botellón desde una perspectiva criminológica. 4. Metodología: 4.1. Objeto de la investigación; 4.2. Muestra; 4.3. Método estadístico utilizado; 4.4. Ámbito Temporal; 4.5. Marco Espacial; 4.6. Infracciones objeto de estudio; 4.7. Operacionalización de las variables. 5. Resultados de la investigación: 5.1. Datos Globales: Evolución, Gravedad de los hechos, Proporcionalidad y distribución; 5.2. Perfil persona: Sexo y edad; 5.3. Regularidad y Temporalidad de las sanciones. 6. Conclusiones. 7. Limitaciones.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El botellón se ha convertido no solo en un problema de salud pública, sino también en un problema de orden público, donde miles de jóvenes, algunos de ellos menores de edad, se concentran en los espacios públicos de las ciudades, produciendo graves problemas de civismo. Este hecho obligó a que numerosas administraciones locales tomaran medidas para reducir o erradicar el consumo de alcohol en la calle, elaborando normas reguladoras para prohibir el consumo de alcohol en la vía pública, y de este modo, terminar, entre otras cosas, con las quejas vecinales y el deterioro de los espacios públicos. La aprobación de ordenanzas

municipales para prohibir el consumo de alcohol en la vía pública se ha convertido en un modelo normativo que tiene entre sus objetivos, acabar con este fenómeno en el espacio público. Este artículo pretende analizar las características sociodemográficas y temporales de las personas sancionadas por consumo de alcohol en la vía pública en la ciudad de Guadalajara durante un periodo de ocho años, desde su entrada en vigor en el 2009 hasta el año 2016. Unos resultados que muestran además los efectos de una política de tolerancia cero frente al consumo de alcohol en la calle, y de una reducción en términos estadísticos del consumo de alcohol en el espacio público, erradicándolo prácticamente de las calles.

2. CIVISMO, ALCOHOL Y JÓVENES

El consumo de alcohol entre los jóvenes es un problema que afecta a numerosos países de nuestro entorno, cada uno ellos, con características socioculturales propias, que han obligado a sus instituciones a tomar medidas que permitan reducir el consumo de alcohol entre los jóvenes¹. Estas medidas han sido elaboradas a partir de diferentes modelos de políticas públicas que se encuentran entre aquellos que apostaron por medidas reeducativas y de prevención como fue el caso de Islandia², a países como España, con políticas más severas, conocidas en nuestra bibliografía como políticas de “mano dura”³. Este nuevo modelo normativo de “tolerancia cero”, aparece en nuestro país a principios del siglo XXI con la elaboración y aprobación de numerosas normativas estatales, regionales

1 P. Anderson, B. Baumberg, “El Alcohol en Europa. Una perspectiva de salud pública”, 2006, consultado el 10 de julio de 2018, <https://www.msssi.gob.es/alcoholJovenes/docs/alcoholEuropaEspañol.pdf>.

2 A modo de ejemplo, Islandia se encuentra actualmente en el número uno en el ranking de los países donde mejores estilos de vida saludable tiene sus jóvenes. Después de unos años donde el consumo de alcohol entre los jóvenes era muy elevado, a finales de los años 90. A través de informes y programas específicos han logrado reducir las tasas del consumo de alcohol entre adolescentes a tasas muy bajas. I. Sigfusdottir et al., “Substance use prevention for adolescents: The Iceland Model”, *Health Promotion International* 24 (2008): 16-25, consultado el 15 de julio de 2018, doi: 10.1093/heapro/dano38.

3 E. Larrauri Pijoan, “Ayuntamiento de izquierdas y control del delito. Conferencia de Clausura del IV Congreso Español de Criminología”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 3 (2007), consultado el 15 de julio de 2018, http://www.indret.com/pdf/449_es.pdf.

o locales, con el objeto de el consumo de bebidas en la vía pública⁴. Algunas de ellas, fruto de la presión vecinal, y motivadas por el deterioro físico y social que generaban en las ciudades el fenómeno del botellón.

Una de las administraciones que más ha sufrido el problema del consumo de bebidas en la calle han sido nuestros ayuntamientos, que se han visto obligados a elaborar las conocidas ordenanzas de convivencia para erradicar el consumo de bebidas en calles, plazas y parques, y poner freno al conocido “fenómeno del botellón”⁵.

La ciudad de Guadalajara fue una de estas primeras ciudades que elaboró una norma que prohibía el consumo de bebidas en la vía pública. Guadalajara es la capital de una de las cinco provincias que forman la Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha. Una ciudad situada en el centro de la península, con ciertas peculiaridades geográficas y administrativas que debemos tener en cuenta a la hora de analizar la problemática del consumo de bebidas en la vía pública o el “fenómeno del botellón”. Guadalajara tiene un clima mediterráneo continental, que influye a la hora del consumo de bebidas en la vía pública, a diferencia de poblaciones situadas más al sur del país⁶. Su climatología destaca por cambios de estaciones muy evidentes, con temperaturas bajas en invierno, y unas temperaturas no excesivamente elevadas en verano. Además, la ciudad cuenta con un campus universitario pequeño, muy alejado del tamaño

4 En este sentido, junto a la aprobación de numerosas ordenanzas de convivencia en nuestro país que prohíben el consumo de alcohol en la vía pública como las ciudades de Barcelona, Valladolid, Mataró, Guadalajara o Albacete, entre otras muchas. Debemos tener en cuenta, la última reforma de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana 4/2015, de 30 de marzo, que sancionan de forma leve el consumo de alcohol en la vía pública, art. 37.17: “El consumo de bebidas alcohólicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos cuando perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana. El consumo de bebidas alcohólicas en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos cuando perturbe gravemente la tranquilidad ciudadana”, consultado el 20 de mayo de 2019, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3442.

5 El botellón es definido como una reunión masiva de jóvenes de entre 16 y 24 años fundamentalmente, en espacios abiertos de libre acceso, para beber la bebida que han adquirido previamente en comercios, escuchar música y hablar. Puede verse: A. Baigorri, R. Fernández, *Botellón. Un conflicto postmoderno* (Barcelona: Icaria Editorial, 2004).

6 Las variables climatológicas juegan un papel fundamental a la hora del consumo de alcohol en la vía pública. Sin embargo, pocas ciudades de nuestro país no se han visto afectada por este comportamiento. La temperatura anual de Guadalajara según la Agencia Estatal de Meteorología oscila entre 12,9 grados y la precipitación es de 416 mm al año. Consultado el 10 de noviembre de 2018, <http://www.aemet.es/es/portada>.

de ciudades universitarias como Salamanca, Cáceres o Badajoz, donde algunos medios de comunicación señalaban como las ciudades donde nace el fenómeno del botellón⁷. La ciudad de Guadalajara se encuentra a menos de 70 kilómetros de Madrid, lo que permite que la población que reside en esta ciudad pueda desplazarse relativamente rápido a la capital de España, donde existe una mayor oferta cultural o de ocio nocturno, aspecto importante para nuestro estudio.

En definitiva, una ciudad con ciertas peculiaridades, que nos invitaba a pensar que se trataba de una ciudad con pocos problemas de convivencia vinculados al consumo de bebidas en la vía pública o de botellón. Desafortunadamente no fue así, la ciudad sufrió en los primeros años del siglo XXI, la llegada de miles de jóvenes procedentes de localidades próximas a Guadalajara como: Cabanillas del Campo; Marchámallo; Alovera; Azuqueca o Alcalá de Henares, que se concentraban los fines de semana para participar en el conocido “fenómeno del botellón”⁸. Este hecho provocó al igual que en otras ciudades de nuestro país, una enorme alarma social, que desembocaría en la elaboración de una ordenanza municipal.

El botellón en la ciudad de Guadalajara se convertiría no sólo en un problema de salud pública,⁹ sino también en un problema de orden público, como indicábamos al inicio del artículo. Debido que a la problemática del botellón se unió otros problemas asociados al consumo del alcohol en la calle como: *Vandalismo; ruidos; inseguridad o deterioro del paisaje urbano*¹⁰. En este sentido, el Ayuntamiento de Guadalajara tuvo

7 Sobre el inicio del botellón en nuestro país, A. González, “20 años de botellón”, *Público*, 4 de diciembre de 2011, consultado el 10 de noviembre de 2018, <https://www.publico.es/espana/20-anos-botellon.html>.

8 Según datos ofrecidos por el Ayuntamiento de Guadalajara. El presupuesto anual destinado al botellón era aproximadamente entorno a unos 250.000 euros al año.

9 Algunos estudios muestran que la edad con la que comienzan los adolescentes a consumir alcohol es entre los 13 y 15 años edad. Una forma de hacerlo es el botellón. Sobre este asunto, se abordará en las conclusiones de este trabajo.

10 La ocupación del espacio público por el “botellón” trae asociados impactos socio-ambientales molestos para el resto de usuarios/as de los espacios públicos y vecindario de las calles colindantes. Los más destacados son: a) Residuos del consumo de bebidas y alimentos; b) Ruido ambiental (en horario nocturno); c) Actuaciones que atentan contra la salubridad de la zona (orines o vómitos); c) Percepción de inseguridad ciudadana; d) Degradación del paisaje urbano y f) Huida de segmentos de usuarios/as de los mismos espacios públicos.

que poner freno a este fenómeno del consumo de alcohol en la vía pública. La aprobación de la ordenanza de convivencia de Guadalajara¹¹ cambió un modelo de cierta permisibilidad, o de mirar hacia otro lado, mientras miles de jóvenes consumían alcohol en la calle –un modelo político aplicado por muchas administraciones en nuestro país– a un modelo de gobernabilidad de tolerancia cero en el consumo de bebidas –alcohólicas y no alcohólicas– en la vía pública¹².

3. EL FENÓMENO DEL BOTELLÓN DESDE UNA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

El consumo de alcohol y su relación con la delincuencia es un tema sobradamente analizado por la criminología. Su relación con el delito ha sido estudiada desde diferentes puntos de vista a lo largo de la historia. Diferentes investigaciones llevadas a cabo desde la criminología han analizado la relación del alcohol con el comportamiento del ser humano, al objeto de conocer su relación sobre conductas agresivas; delictivas o comportamientos desviados. A modo de ejemplo, podemos encontrar numerosas investigaciones sobre el consumo de alcohol y drogas por

11 Desde el año 2000 podemos encontrar numerosas ordenanzas de Convivencia que prohíben el consumo de alcohol en la vía pública en numerosas ciudades de nuestro país. Así, además de la ordenanza municipal de Guadalajara podemos encontrar ordenanzas de convivencia en: Valencia, Santander, Vic, Martorell, Mataró, Leganés, Santiago de Compostela, Lleida, Castelló, Sevilla, Huesca, Ávila, Granada, Guadalajara, Alcalá de Henares, Bilbao, Palma de Mallorca, Málaga, A Coruña, Teruel, Zamora y Puerto de Santa María. Este hecho, provocó que incluso se elaborará una ordenanza tipo de seguridad y convivencia ciudadana por la Comisión de Seguridad y Convivencia Ciudadana de la Federación Española de Municipios y Provincias. Puede verse en: http://femp.femp.es/Microsites/Front/PaginasLayout2/Layout2_Personalizables/MS_Maestra_2/_k6sjJ7QfK2bAXnzzwDKDBpl7gtxuuvKzVF6aaLZWDiI6FzsK9VQRyg, consultado el 20 de noviembre de 2018.

12 Un ejemplo de políticas públicas en nuestro país sobre la permisibilidad del botellón, lo encontramos en la Comunidad Autónoma de Extremadura. La Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la Convivencia y el Ocio de Extremadura. BOE nº87, 11 de abril de 2003, numerosos Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Extremadura ubicaron espacios para que se pudiera realizar botellón. A esos espacios se denominaron “Botellodromos”. El art.15.1.de la Ley 2/2003 afirmaba que no se permitirá el consumo de bebidas alcohólicas en las vías y zonas públicas, salvo en aquellos espacios dedicados al ocio autorizados expresamente por cada Ayuntamiento, siempre que se garantice por estos el cumplimiento de todas las previsiones de esta Ley, y muy en particular, la prohibición establecida en el artículo 9 y el derecho al descanso y a la Convivencia Ciudadana. En la actualidad, la Junta de Extremadura ha elaborado normas que endurecen estas medidas y el consumo de bebidas en la vía pública.

parte del delincuente; la relación del alcohol con la tasas de reincidencia entre los jóvenes o la relación del consumo de alcohol y drogas con determinados delitos como: contra la seguridad vial; contra las personas; de malos tratos o agresiones¹³.

Con respecto al objeto de nuestro estudio, el consumo de bebidas en la vía pública. Los estudios en nuestro país se han centrado en la mayoría de los casos en analizar las políticas públicas llevadas a cabo por diferentes instituciones para actuar contra la problemática del consumo del alcohol entre los más jóvenes o el “fenómeno del botellón”. Concretamente, las políticas de seguridad ciudadana puestas en marcha por la administración para prevenir este tipo de conductas a través de modelos alternativos al consumo de alcohol¹⁴. También encontramos algunos trabajos relacionados con el abuso de drogas y alcohol o el ocio nocturno entre los jóvenes¹⁵.

En definitiva, se trata de un tema que ha sido y está siendo abordado por investigadores desde una perspectiva criminológica, en cuanto al correlato del consumo de esta sustancia con la delincuencia, así como la alarma social que genera el consumo de alcohol entre la ciudadanía.

13 Sobre este asunto: V. Garrido, P. Stangeland, S. Redondo, *Principios de Criminología*, 3ª Ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006); M. López-Rey y Arrojo, *Introducción a la Criminología* (Buenos Aires: Ateneo, 1945); D. Murdoch, R.O. Pihl y D. Ross, “Alcohol and crimes of violence: present issues”. *International Journal on Addiction* 25 (1990): 1065-1081. Además, en estos años han surgido con fuerzas disciplinas dentro de la criminología, que estudian los riesgos del consumo de alcohol en la conducción, como es el caso de la Criminología Vial. Disciplina que tiene como objeto el estudio y la prevención de los delitos contra la seguridad vial; el estudio de los comportamientos delictivos o desviados; la restitución a las víctimas o la reacción social frente a los siniestros viales. Sobre este asunto, podemos encontrar: J. A. Carreras Espallardo, ed., *Aspectos criminológicos en materia de seguridad vial* (Llucmajor: Criminología y Justicia Editorial, 2018).

14 En este sentido, puede verse: J. Martínez Espasa, *Las Políticas públicas en materia de seguridad ciudadana. Análisis y propuestas desde la Criminología* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 123-144.

15 Ver, por ejemplo, al respecto los trabajos llevados a cabo por los profesores P. Campoy Torrente, A. García Fernández, D. Limones Silva, “Guía para la resolución de problemas de civismo en contextos recreativos nocturnos para policías locales. Accésit. Premio Rafael Bonet”, en *Premios de estudios en ciencias policiales y seguridad ciudadana, 5ª edición*, ed. por Asociación de Jefes del Cuerpo de Policía Locales de la Provincia de Alicante (Valencia: Generalitat Valenciana, 2011), 153-173, consultado el 15 de mayo de 2019, http://www.justicia.gva.es/documents/19317797/21299499/Llibret_Policia_2011.pdf/8252a49d-230c-4c02-b1a7-1a736da0079d. El conocido turismo de borrachera, es otro de los fenómenos que están provocando nuevos modelos de políticas públicas en ciudades como Barcelona o Magaluf.

4. METODOLOGÍA

4.1. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El objetivo del artículo es analizar de forma estadística y descriptiva las características sociodemográficas y temporales de las personas sancionadas por consumo de bebidas en la vía pública en la ciudad de Guadalajara¹⁶ entre los años 2008 a 2016, a partir del estudio de las sanciones recaídas por conductas que prohíben el consumo de bebidas en la vía pública, regulado en el artículo 31 de la Ordenanza de Convivencia de Guadalajara.

4.2. MUESTRA

El objeto de estudio consiste en conocer las características personales y temporales – momento de la comisión del hecho – de los infractores, a partir del estudio de un total de 2.068 denuncias interpuestas por la policía local de Guadalajara por consumo de bebidas en la vía pública, tras la entrada en vigor de la Ordenanza de Civismo de Guadalajara desde una perspectiva criminológica. Para ello, resulta fundamental fijar el marco temporal y espacial al que se extenderá el estudio de las infracciones que comprenderá.

4.3. MÉTODO ESTADÍSTICO UTILIZADO

La metodología utilizada en este estudio ha sido un análisis estadístico de todas las sanciones interpuestas por el Ayuntamiento de Guadalajara por consumo de bebidas en la vía pública en el ámbito temporal y espacial que indicamos en los siguientes puntos. Además, se elaboró una

16 Excmo. Diputación Provincial de Guadalajara, “Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Guadalajara”, *Boletín Oficial de la provincia de Guadalajara* nº 156, de 30 de diciembre de 2009, consultado el 15 de enero de 2018, <https://www.guadalajara.es/es/ayuntamiento/normativa/ordenanzas-generales/convivencia>.

base de datos a través de los datos obtenidos de la policía local Guadalajara, que permitió una posterior etapa de medición de la información. Una etapa fundamental, ya que de ella depende que se disponga de datos fiables y exactos en los que se fundamente la investigación y conclusión de la investigación. Finalizando dicho estudio en el año 2018. Toda la información ha sido sometida a revisión, clasificación y cómputo. Con la muestra total obtenida se han elaborado cuadros y gráficos mediante el paquete estadístico R- commander¹⁷.

4.4. ÁMBITO TEMPORAL

Con respecto al ámbito temporal objeto de estudio, el objetivo ha sido analizar el fenómeno en su totalidad. Así, la fecha de inicio corresponde a la entrada en vigor de la Ordenanza de Medidas para Fomentar y Garantizar la Convivencia Ciudadana en el espacio público en el año 2009.

En cuanto al periodo de cierre de la investigación, se ha optado por hacerlo en el año 2016, dado que se han analizado que ha ocurrido en los años posteriores en la ciudad de Guadalajara con este fenómeno.

El periodo total del estudio abarca ocho años, tiempo suficiente del que obtener datos para realizar un análisis estadístico de carácter criminológico, y observar la evolución de este fenómeno.

4.5. MARCO ESPACIAL

El marco espacial comprende la ciudad de Guadalajara (imagen 1). Una de las primeras ciudades que elaboró y aprobó una Ordenanza de

17 El paquete informático R commander ha permitido el análisis estadístico de toda la información obtenida de las denuncias interpuestas por la policía local de Guadalajara. R Foundation, “The R Project for Statistical Computing”, consultado el 15 de agosto de 2018, <https://www.r-project.org>. Sobre el paquete estadístico R commander podemos encontrar diferentes manuales de uso. A modo de ejemplo, puede verse: G. Renart Vicens, *Estadística amb R – Commander* (Girona: Universidad de Girona, 2013).

Convivencia que prohíbe conductas como la prostitución, la mendicidad, el vandalismo o los grafitis.

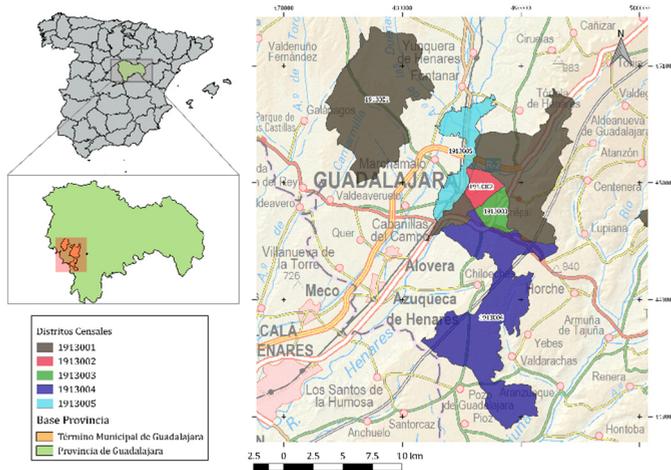


Imagen 1. Área de estudio¹⁸

4.6. INFRACCIONES OBJETO DE ESTUDIO

El estudio se centra en el consumo de bebidas en la vía pública. A efectos de delimitar el alcance del estudio. El estudio analiza el art. 31 de la Ordenanza de Civismo de Guadalajara¹⁹, que prohíbe el consumo de

18 L. Frago Campón, J. Ortiz García, J. A. Gutiérrez Gallego, “Las herramientas TIG en la criminología ambiental”, en *Tecnologías de la información geográfica: Perspectivas multidisciplinares en la sociedad del conocimiento*, ed. por M. J. López García et al. (Valencia: Universitat de València, 2018), 603-611.

19 Art. 31 de la Ordenanza: 1. No está permitida la «práctica del botellón» en los espacios públicos del término municipal de Guadalajara. 2. A estos efectos, se entiende como «práctica del botellón», el consumo de bebidas, preferentemente alcohólicas, en la calle o espacios públicos, cuando como resultado de la concentración de personas, o de la acción de consumo, se pueda causar molestias a las personas que utilicen el espacio público y a los vecinos, deteriorar la tranquilidad del entorno o provocar en él situaciones de insalubridad. 3. Se prohíbe especialmente la «práctica del botellón» cuando se produzca dentro del perímetro del Casco Histórico de la ciudad o pueda alterar gravemente la convivencia ciudadana. Esta alteración se produce cuando, concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando el consumo se exteriorice en forma denigrante para los viandantes o demás usuarios de los espacios públicos. b) Cuando los lugares en los que se consuma se caractericen por la afluencia de menores o la presencia de niños y adolescentes. A los efectos prevenidos en este artículo se entenderá como Casco Histórico de la ciudad el determinado por el perímetro delimitado conforme al plano que se inserta en el Anexo I de la presente Ordenanza. 4. Los organizadores de cualquier acto público de naturaleza

alcohol en la vía pública. La ordenanza prevé para cada uno de estos comportamientos, multas que pueden ir desde los 750 euros a los 3.000 euros, teniendo en cuenta su gravedad²⁰.

Un dato significativo, que no es objeto de este trabajo, pero que se encuentra dentro del régimen sancionador de la norma, es la posibilidad que ofrece la ordenanza de convivencia de Guadalajara de sustituir las sanciones pecuniarias por medidas reeducadoras. Durante el periodo estudiado, un total de 425 personas han sustituido la multa por trabajos en beneficio a la Comunidad²¹. Una medida que no se encuentra exenta de polémica tanto en el ámbito penal como administrativo, que ha

cultural, lúdica, festiva, deportiva o de cualquier otra índole velarán por que no se produzcan durante su celebración las conductas descritas en los apartados anteriores. Si con motivo de cualquiera de estos actos se realizan aquellas conductas, sus organizadores lo comunicarán inmediatamente a los agentes de la autoridad. En estos actos no podrán dispensarse bebidas en envases de vidrio, latas o similares. 5. Todo recipiente de bebida debe ser depositado en los contenedores correspondientes y, en su caso, en las papeleras situadas en el espacio público. Queda prohibido tirar al suelo o depositar en la vía pública recipientes de bebidas como latas, botellas, vasos, o cualquier otro objeto. 6. Establecimientos: En los establecimientos de consumo inmediato y de hostelería, se prohíbe bajo la responsabilidad del titular de la actividad, que se saquen del establecimiento las consumiciones a la vía pública, salvo para su consumición en los espacios reservados expresamente para aquella finalidad, como terrazas y veladores, y cuando dicho consumo cuente con la oportuna autorización que las autoridades competentes pueden otorgar, en casos puntuales. En estos establecimientos se informará de que está prohibido sacar las consumiciones a la vía pública, mediante la instalación de carteles permanentes. 7. Los establecimientos comerciales que incluyan en su oferta bebidas alcohólicas, la prohibición de extender este tipo de bebidas desde las 22:00 horas hasta las 7:00 horas del día siguiente, con independencia del régimen de apertura que les sea legalmente aplicables, lo cual se informará mediante la instalación de carteles permanentes. Quedan excluidos de esta prohibición, los bares, discobares, discotecas, pubs y cafeterías. 8. El Ayuntamiento podrá excepcionalmente determinar espacios en los que, con motivos de fiestas populares, esté permitido el consumo de bebidas alcohólicas en la vía o espacios públicos.

20 Art. 32 de la Ordenanza: 1. La realización de las conductas descritas en el apartado segundo y quinto del artículo precedente será constitutiva de una infracción leve, y se sancionará con multa de hasta 750 euros, salvo que los hechos sean constitutivos de una infracción más grave. 2. La realización de cualquiera de las conductas descritas en los apartados tercero, sexto y séptimo del artículo precedente, será constitutiva de infracción grave, y se sancionará con multa de 750,01 a 1.500 euros, salvo que el hecho constituya una infracción más grave. 3. Constituye infracción muy grave, que se sancionará con multa de 1.500,01 a 3.000 euros, cualquiera de las conductas prohibidas descritas en el apartado cuarto del artículo precedente.

21 El art. 61 de la Ordenanza de Convivencia de Guadalajara afirma que: 1. El Ayuntamiento podrá sustituir, a juicio del instructor, la sanción de orden pecuniario por la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, previo consentimiento del interesado, y de acuerdo con el régimen jurídico establecido en la legislación aplicable. 2. El Ayuntamiento también puede sustituir, en la resolución o posteriormente, la exigencia del reintegro del coste de los daños y los perjuicios causados a los bienes de dominio público municipal por otras reparaciones equivalentes en especie consistentes en la realización de trabajos para la comunidad, principalmente la reparación del daño causado, siempre que haya consentimiento previo de los interesados.

provocado un análisis en profundidad desde una perspectiva jurídica-criminológica²².

4.7. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

Con el objeto de poder efectuar el posterior análisis estadístico de las sanciones recaídas sobre el consumo de alcohol en la vía pública, se diseñó y estructura una base de datos, así como una selección de campos, que constituyó un elemento esencial para la consecución de los objetivos marcados para esta investigación, y en consecuencia para el trabajo mi tesis doctoral.

Los diferentes campos en los que se han articulado la base de datos se estructura en los siguientes apartados:

- *Denuncias: Artículo Sanción; Hecho Denunciado; Edad; Género; Hora de la denuncia y Fecha de la Denuncia.*

5. RESULTADOS

Los resultados que paso a exponer a continuación deben ser valorados teniendo en cuenta las limitaciones propias a la utilización de datos oficiales de la policía local, como son las sanciones. Por otro lado,

²² Con respecto al ámbito penal, existen diferentes cuestiones que han generado cierta polémica desde la entrada en vigor de esta pena. Sobre este asunto: Desde una perspectiva criminológica existen diferentes aspectos sobre los trabajos en beneficio a la comunidad que pueden ser de gran interés: Los problemas a la hora de aplicar la medida; la dureza de la medida o el consentimiento por parte del infractor o penado son algunos de estos temas. E. Larrauri Pijoan, *Introducción a la criminología y al sistema penal* (Madrid: Editorial Trotta, 2018), 161-163. Lo mismo sucede en el ámbito administrativo, los trabajos en beneficio a la comunidad también han generado cierta polémica debido a que el art.139 Ley de Bases de Régimen Local permite a los municipios establecer infracciones y sanciones en aquellas materias por las que no haya prevista una regulación sectorial. La Ley de Bases de Régimen Local establece la multa como único tipo de sanción. La incorporación de este tipo de medidas reeducadoras como sustitución de la multa en el ámbito administrativo, continúa generando dudas sobre la legalidad de esta medida. Al día de hoy, esta inseguridad continúa, a pesar de que los ayuntamientos continúan aplicando trabajos en beneficio a la comunidad, sin que el legislador se decida a aclarar esta situación. Sobre este asunto: P. J. García Saura, "Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio a la comunidad. Especial referencia a los menores", *Cuadernos de Derecho Local* 41 (2016): 200-234.

debemos tener en cuenta la falta de investigaciones en la ciudad de Guadalajara sobre el fenómeno del botellón.

5.1. DATOS GLOBALES: EVOLUCIÓN; GRAVEDAD DE LOS HECHOS; PROPORCIONALIDAD Y DISTRIBUCIÓN.

Se han analizado un total de 2.068 sanciones interpuestas por el artículo 31 de la Ordenanza de convivencia²³, que representan un 63,04 por

23 La Ordenanza Municipal de Convivencia de Guadalajara prohíbe un total de veintiséis conductas incívicas. No se realizará una exposición detallada del contenido de la Ordenanza, pero resulta necesario indicar las diferentes conductas objeto de regulación que regula el Título II de la norma: a) *Organización y Autorización de Actos Públicos*. La Ordenanza prohibirá aquellos actos que no garanticen la seguridad de las personas y los bienes. Podrá pedir responsabilidades a los organizadores de actos públicos en caso de deterioro de elementos urbanos o arquitectónicos durante la celebración del acto. No otorgará autorización para la celebración de actos de diversa índole, atendiendo a criterios de número de asistentes, características del espacio público u otras circunstancias acreditadas y motivadas puedan poner en peligro la seguridad, convivencia y civismo; b) *Atentados contra la dignidad de las personas*. Aunque es evidente que los actos más graves contra la dignidad del ser humano se regulan en la vía penal. La Ordenanza pretende evitar en el espacio público todas las prácticas individuales y colectivas que atenten contra la dignidad de las personas, así como las prácticas discriminatorias de contenido xenófobo, racista, sexista, homófobo o de cualquier condición o circunstancia personal, económica o social; c) *Menoscabo del patrimonio y degradación visual del entorno urbano*. La regulación contenida en este tema se fundamenta en el derecho a disfrutar del paisaje urbano de la ciudad, así como la protección del patrimonio, tanto público como privado, que es indisociable del correlativo deber de mantenerlo en condiciones de limpieza, pulcritud y decoro. Las normas de conductas prohibidas en este apartado van desde las pintadas, inscripciones o grafismos en los bienes públicos o privados hasta la colocación de carteles, vallas, rótulos, pancartas, adhesivos, papeles pegados o cualquier otra forma de publicidad, anuncio o propaganda en los lugares no habilitados expresamente al efecto por la autoridad municipal; d) *Uso inadecuado del espacio público para Juegos*. Sometido al principio general de respeto a los demás, y en especial, de seguridad y tranquilidad, así como al hecho de que no impliquen peligro para los bienes, servicios o instalaciones públicos o privadas, se prohíbe la práctica de juegos de pelota, monopatín o similares que perturben los legítimos derechos de los vecinos o los demás usuarios de los espacios públicos; e) *Otras conductas inadecuadas en el espacio público*. Bajo el paraguas del derecho que tienen los ciudadanos a transitar por la Ciudad de Guadalajara sin ser molestados o perturbados en su voluntad, la libre circulación de las personas, la protección de los menores, así como el correcto uso de las vías y los espacios públicos debiendo de respetarse los semáforos y pasos de peatones. La Ordenanza de civismo prohíbe el ejercicio de la mendicidad. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 232 del Código Penal²³ se prohíbe la mendicidad ejercida por menores o aquella que se realice directa o indirectamente, con menores o personas con discapacidades. Igualmente, se prohíbe el ofrecimiento de cualquier bien o servicio a personas que se encuentran en el interior de vehículos privados o públicos, la limpieza de los parabrisas de automóviles detenidos en semáforos o en la vía pública o el ofrecimiento de cualquier objeto, el ofrecimiento de lugar para aparcamiento en el espacio público a los conductores de vehículos con la intención de la obtención de un beneficio económico por personas no autorizadas, considerado por la Ordenanza como forma coactiva de mendicidad; f) *Conductas insalubres*. Queda prohibido hacer las necesidades fisiológicas, como defecar u orinar en cualquier espacio público, quedando especialmente prohibido en espacios donde concurren menores; existan una gran afluencia de personas o se hagan en monumentos o edificios catalogados o protegidos; g) *Consumos de Bebidas Alcohólicas*. Fundamentado en la protección de la salud pública y la salubridad, el respeto al medioambiente, el derecho al descanso, tranquilidad de los vecinos e inviolabilidad del domicilio o el derecho a disfrutar de un espacio público limpio y no degradado. Queda prohibido la

ciento del total de las denuncias instruidas por la policía local de Guadalajara por incumplimientos de las conductas descritas en la Ordenanza de Convivencia (tabla 1) en el periodo estudiado entre los años 2008 a 2016²⁴.

Tabla 1. N^o de sanciones según Tipologías Ordenanza

Fr. sanciones según tipologías		
art.	Fr.	%
9	8	0,24
11	2	0,06
12	3	0,09
13	105	3,26
14	3	0,09
16	66	2,05
18	2	0,062
20	27	0,84
21	5	0,15
22	3	0,09
24	23	0,71
25	1	0,03
26	2	0,06
28	172	5,35

práctica del botellón²³ en los espacios públicos de Guadalajara; h) Tampoco se admite el consumo cuando se realice *Uso impropio del espacio público*. En el capítulo octavo (arts. 34 a 37) la Ordenanza de Convivencia no permite acampar en las vías y los espacios públicos de vehículos, caravanas o autocaravanas, salvo en lugares autorizados, lavar ropa en fuentes, estanques o duchas, lavar vehículos en la vía pública, el uso de bancos o asientos públicos distintos a los que están destinados o la producción de ruidos con aparatos e instrumentos musicales o acústicos, sin autorización municipal. *Actitudes Vandálicas en el uso del mobiliario urbano. Deterioro del espacio público*. La Ordenanza contiene las conductas vandálicas, agresiones o negligentes en el uso del mobiliario urbano que generen situaciones de riesgo o peligro para la salud y la integridad física de las personas o los bienes; i) *Otras Conductas que perturben la convivencia ciudadana*. La Ordenanza contiene otros aspectos específicos como la utilización por parte de particulares, en la vía pública o espacios públicos de cohetes, petardos, fuegos de artificios o demás material pirotécnico. También se prohíbe hacer fuego en la vía pública y espacios públicos. Se prohíbe cualquier actividad o comportamiento singular o colectivo que conlleve una perturbación por ruidos o vibraciones para el vecindario o suponga una alteración al vecindario.

²⁴ Del total de denuncias analizadas, un total de 46 expedientes analizados no recogen los datos del género de la persona infractora.

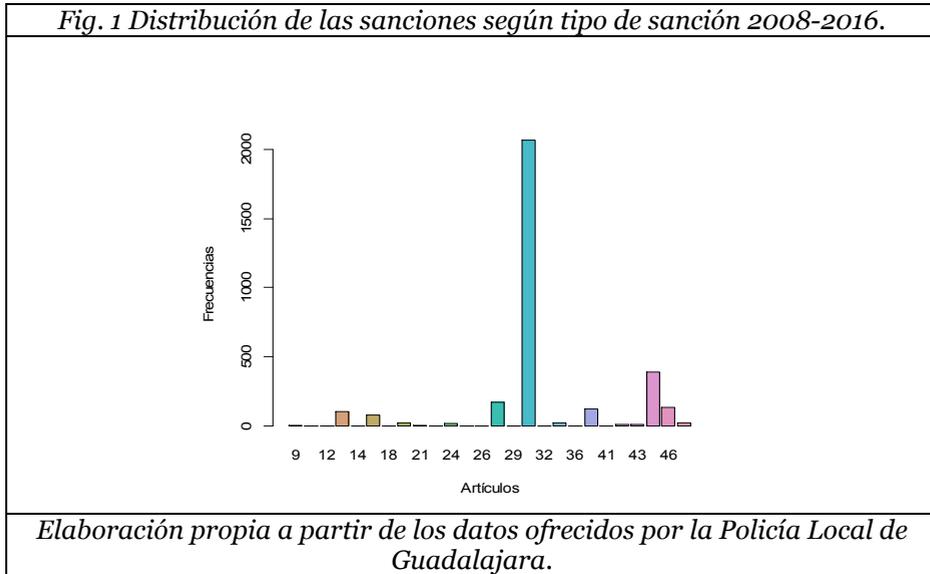
29	3	0,09
31	2048	63,72
32	4	0,12
35	28	0,87
36	1	0,031
39	122	3,79
41	2	0,06
42	15	0,46
43	15	0,46
44	390	12,13
46	137	4,26
51	27	0,84

Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por la Policía Local de Guadalajara

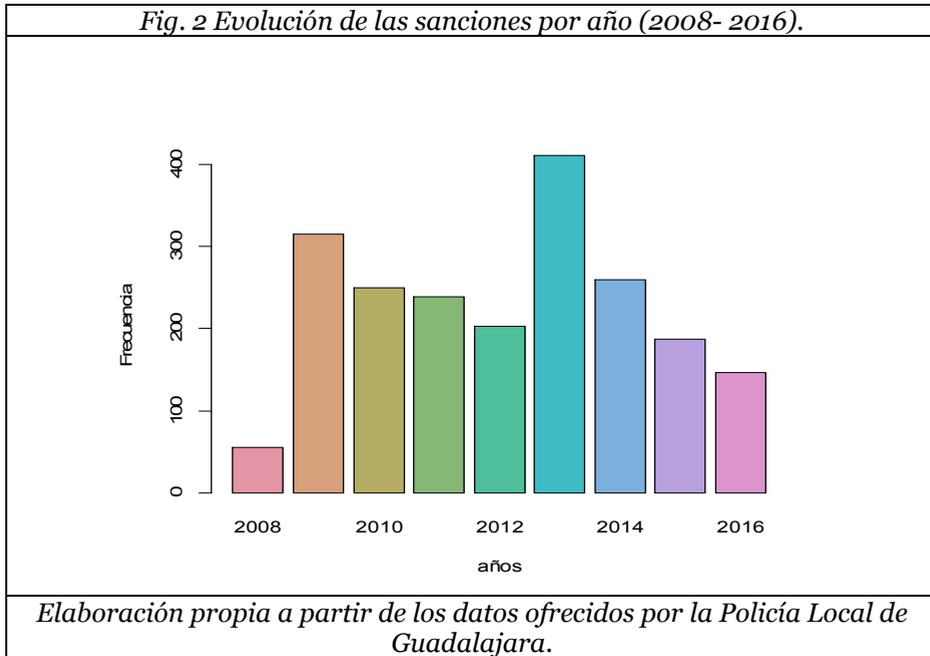
En este sentido, resulta significativo que las conductas más sancionadas después del consumo de bebidas en la vía pública, son aquellas conductas que se producen en la mayoría de los casos con posterioridad al consumo de bebidas en la vía pública o durante el consumo de bebidas. Conductas como vandalismo con 3,81 por ciento; ruidos con 12,03 por ciento o conductas insalubres con 5,28 por ciento resultan las sanciones más castigadas por detrás del Botellón²⁵ (Figura 1). A continuación, se

25 Art. 28.1 de la Ordenanza: 1. Está prohibido hacer necesidades fisiológicas, como defecar u orinar en cualquiera de los espacios definidos en el artículo 3 de esta Ordenanza como ámbito de aplicación objetiva de la misma, salvo las instalaciones o elementos que estén destinados especialmente a la realización de tales necesidades; Art. 39 de la Ordenanza: 1. Están prohibidas las conductas vandálicas, agresivas o negligentes en el uso del mobiliario urbano que generen situaciones de riesgo o peligro para la salud y la integridad física de las personas o los bienes. 2. Quedan prohibidos todo acto de deterioro de los bienes objeto de protección por esta Ordenanza, como destrozos de los espacios públicos o sus instalaciones o elementos, ya sean muebles o inmuebles, derivados de las conductas contempladas en el apartado 1 anterior. 3. Los organizadores de actos públicos de naturaleza cultural, lúdica, festiva, deportiva o de cualquier otra índole velarán por que no se produzcan, durante su celebración, las conductas descritas en los apartados anteriores. Si con motivo de cualquiera de estos actos se realizan dichas conductas, sus organizadores deberán comunicarlo inmediatamente a los agentes de la autoridad; Art. 44 de la Ordenanza: 1. Sin perjuicio de la legislación sectorial aplicable y de lo dispuesto en la Ordenanza Municipal para la protección del Medio Ambiente contra la Emisión de Ruidos y Vibraciones, se prohíbe cualquier actividad o comportamiento singular o colectivo que conlleve una perturbación por ruidos o vibraciones para el vecindario y que suponga alteración de la convivencia ciudadana afectando a la tranquilidad, al normal descanso o al ejercicio de derechos legítimos de otras personas.

muestra en la siguiente tabla la distribución de las sanciones por tipología:



Teniendo en cuenta el periodo estudiado de ocho años, puede estimarse una media anual de 258 sanciones por año. En la tabla siguiente (Tabla 2) podemos observar la evolución de las sanciones durante el periodo (2008 -2016):



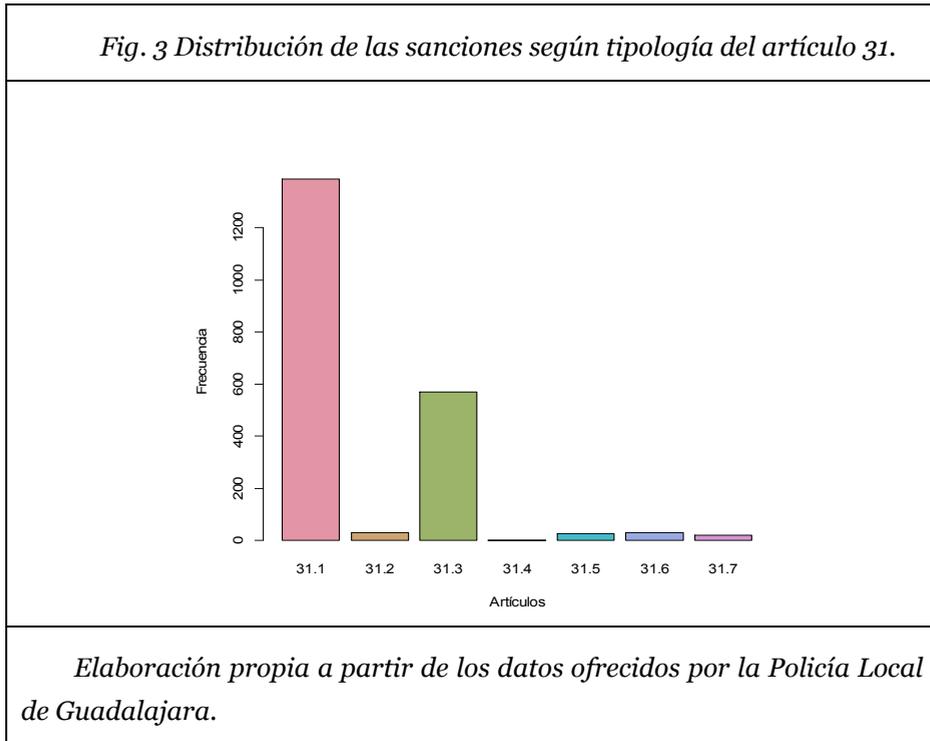
En cuanto al consumo de bebidas en la vía pública, regulado en el artículo 31 de la ordenanza de convivencia. Se puede apreciar en la tabla 3 la distribución de las sanciones según su tipología, relativas al consumo de bebidas en la vía pública. Los datos muestran que un 96,22 por ciento de las sanciones son impuestas por realizar participar en el conocido “fenómeno del botellón”, sanción recogida en el artículo 31.1. de la ordenanza. En la siguiente tabla podemos observar los datos:

Tabla 3. Distribución de las sanciones según la tipología del artículo 31.

	Fr.	%
Sanciones		
31.1	1388	67.15%
31.2	29	1,40%
31.3	572	27,67%
31.4	1	0,05%
31.5	27	1,31%

31.6	29	1,40%
31.7	21	1,02%

Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por la Policía Local de Guadalajara.



5.2. PERFIL PERSONA INFRACTORA: SEXO Y EDAD.

Con respecto a las características personales de las personas sancionadas. A continuación, analizaremos dos de las variables personales que mayor correlación tienen con el delito: Sexo y edad²⁶.

²⁶ Sobre este asunto, podemos ver: M^a. D., Serrano Tarraga, *El rol de la criminología para la seguridad en la edad contemporánea* (Madrid: Dykinson, 2014), 220-266.

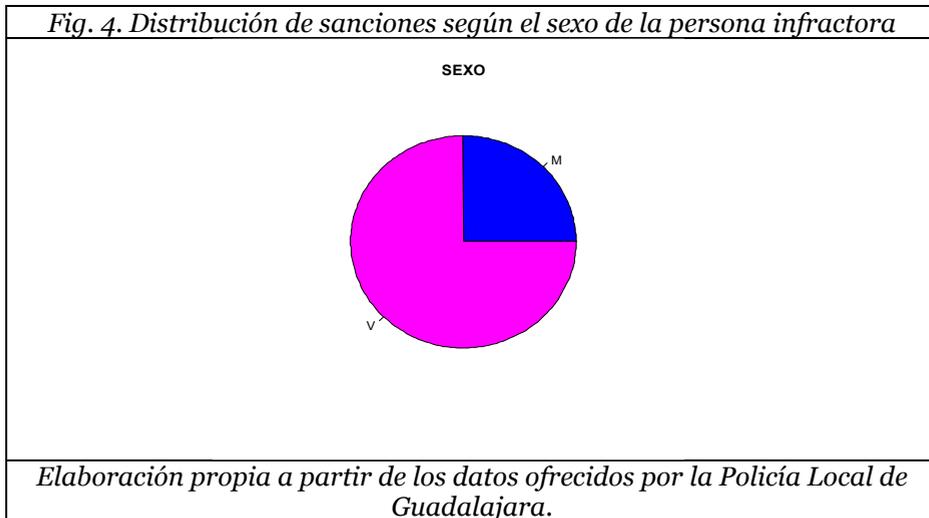
5.2.1. Sexo de la persona infractora

El perfil de la persona sancionada por consumo de bebidas en la vía pública corrobora sin ninguna duda que mayoritariamente son los hombres, con un 74,22 por ciento, frente al número de sanciones que recaen en las mujeres, que supone un 24,80 por ciento (tabla 4). En la siguiente muestra podemos comprobar la distribución de los datos:

Tabla 4. N° de sanciones según el sexo de la persona infractora

	Fr.	%
Sanciones/ sexo		
hombre	1535	74,22%
mujer	513	24,80%
N/D*	20	0,96%
*No consta ningún valor		
<i>Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por la Policía Local de Guadalajara.</i>		

A continuación, podemos observar en la figura 4, la distribución circular por sexo de las sanciones interpuestas por la policía local de Guadalajara.



5.2.2. Edad de la persona infractora

Con respecto a la edad de la persona infractora (Tabla 5). El intervalo de edad con un mayor número de sanciones se encuentra entre los 16 y 21 años, con un total de 1.243 sanciones, lo que supone el 61,78 por ciento de las sanciones. Los datos también corroboran que las personas que mayoritariamente son sancionadas por consumo de alcohol en la calle, son menores de 25 años, con un 86,33 por ciento de las denuncias impuestas.

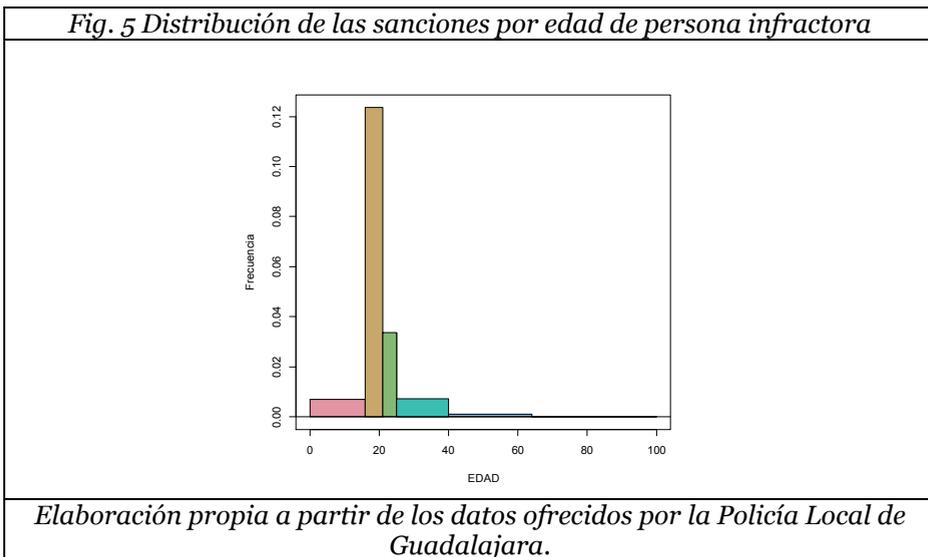
Con respecto a la distribución de la edad, según el género (figuras 5a y 5b). La media edad de las mujeres que son sancionadas por el consumo de alcohol en la vía pública es de un 18,94 por ciento, mientras que la media de los varones es de un 21,28 por ciento. Así, en lo que se refiere a las denuncias interpuestas es el elevado número de jóvenes que consumen alcohol. En este sentido, el intervalo de edad se sitúa muy similar en ambos sexos. Sólo cabe destacar que según aumenta la edad de la persona infractora, disminuyen las sanciones y mayoritariamente la sanción es cometida por el hombre.

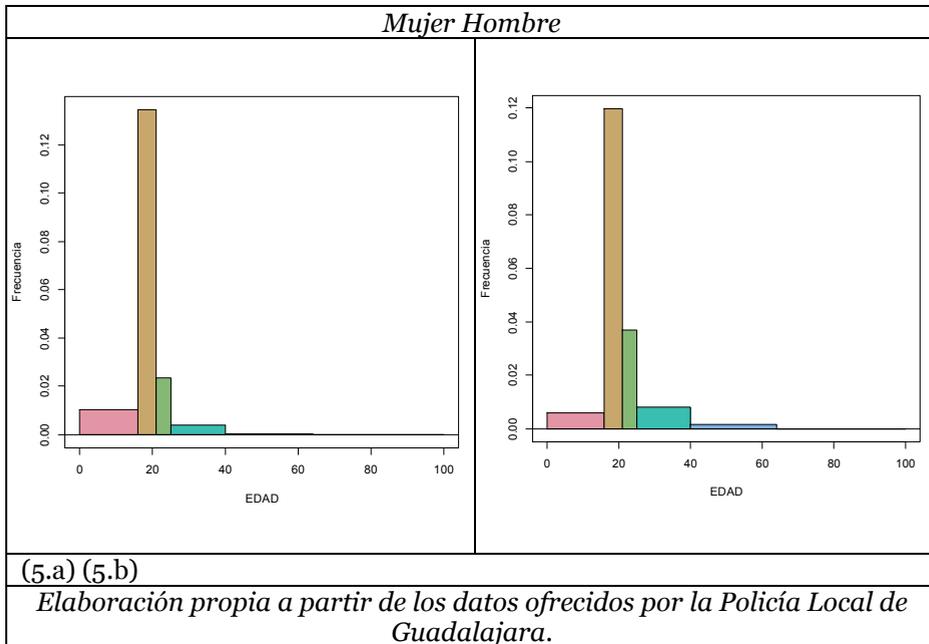
Tabla 5. Distribución de las sanciones según persona infractora

Distribución de las sanciones según edad persona infractora	Fr.	%
Menores de 16 años (inclusive)	224	11.13%
Entre 16 y 21 años (inclusive)	1243	61.78%
Entre 21 y 25 años (inclusive)	270	13.42%
Entre 25 y 40 años (inclusive)	216	10.74%
Entre 40 y 64 años (inclusive)	59	2.93%
Mayores de 64 años	0	0.00%
N/D*	56	2.66%

*No consta ningún valor

Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por la Policía Local de Guadalajara.





5.3. REGULARIDAD Y TEMPORALIDAD DE LAS SANCIONES

A continuación, expondré los resultados obtenidos en cuanto a los meses y horas del día en el que se producen las sanciones sobre consumo de bebidas en la vía pública. De este modo, podemos estudiar los factores temporales de las personas sancionadas. Factores de gran interés desde un punto de vista criminológico²⁷.

5.3.1. Regularidad

Con respecto al número de sanciones relativas al consumo de bebidas en la calle, distribuidas por meses. En la tabla 6 se aprecia un crecimiento moderado desde el mes de enero hasta la primera mitad del año, y una relevante disminución en los meses de agosto, septiembre y

²⁷ A lo largo de la historia el factor temporal ha sido una variable ampliamente analizada por la criminología. El momento de la comisión del delito es un factor

diciembre. El mes con más sanciones es el mes de junio con un 12,67 por ciento, frente al mes de diciembre o agosto con cifras que no superan el 4 por ciento. Estos dos últimos casos, cabe destacar que coinciden con el periodo vacacional habitual en nuestro país, lo que nos lleva a creer que el desplazamiento a otras zonas por vacaciones o regreso a casa de los estudiantes, puede reducir ese número de sanciones.

En la misma línea, es significativo destacar que los meses de septiembre y diciembre coinciden con periodos en los que se celebran numerosas fiestas populares, periodo en el que se permite el consumo de bebidas en la vía pública según la propia ordenanza²⁸. A continuación se recoge la distribución de las sanciones por meses:

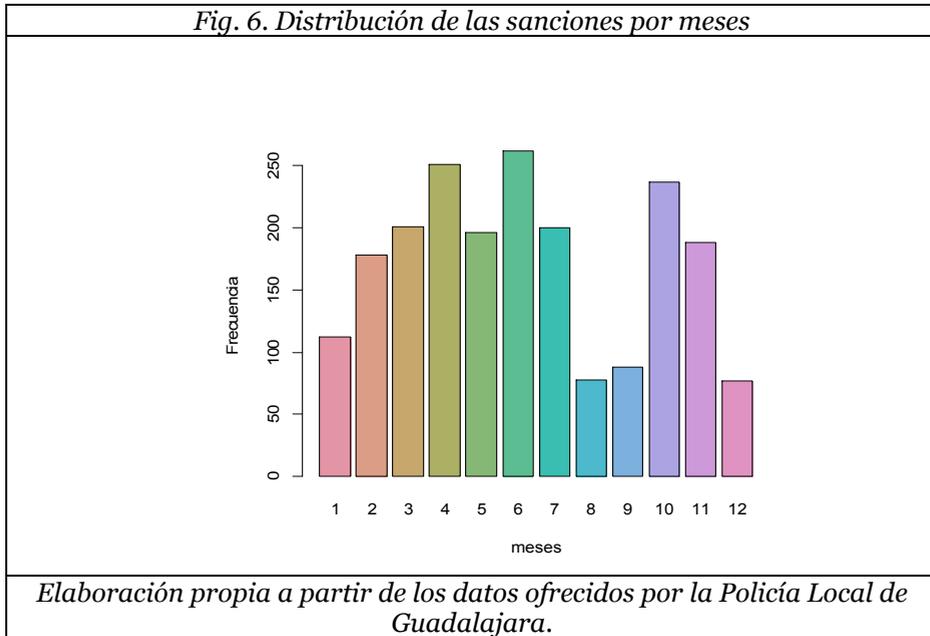
Tabla 6. Distribución de las sanciones por meses

Distribución de las sanciones por meses												
	enero	feb.	marzo	abril	mayo	junio	julio	agosto	sept.	Oct.	Nov.	Dic.
Fr.	112	178	201	251	196	262	200	78	88	237	188	77
%	5,42%	8,61%	9,72%	12,14%	9,48%	12,67%	9,67%	3,77%	4,26%	11,46%	9,09%	3,72%

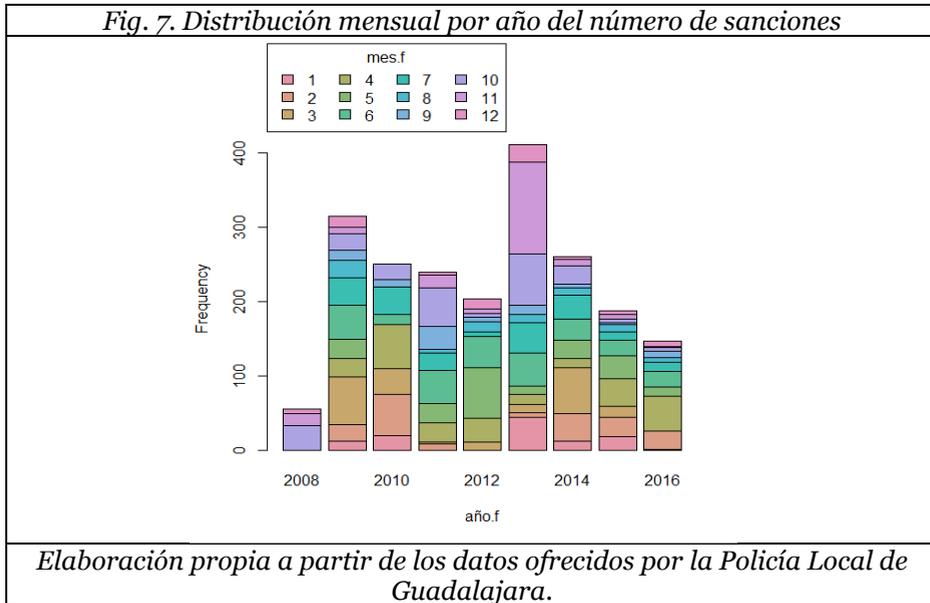
Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por la Policía Local de Guadalajara.

En la figura 6 podemos observar la distribución del número de sanciones por meses. En la imagen se puede observar claramente el descenso de sanciones durante periodos vacacionales o de descanso, junto con los meses en los que se celebran las fiestas locales –periodo que la normativa permite el consumo de bebidas en la vía pública– como es el mes de septiembre o diciembre.

²⁸ Art. 31.8 de la Ordenanza:
El Ayuntamiento podrá excepcionalmente determinar espacios en los que, con motivos de fiestas populares, esté permitido el consumo de alcohol en la vía o espacio público.



En cuanto a la distribución de las sanciones por meses y años. En la Figura 7 se puede observar que el año 2013 es el año con más sanciones, como ya indicábamos anteriormente, pero de forma generalidad durante todos los años, la distribución por meses es muy similar. Siendo los meses de abril, mayo, junio o noviembre donde se concentran las sanciones, frente a los meses de septiembre o diciembre con menos sanciones.



5.3.2. Temporalidad

En este apartado se analiza la franja horaria en la que se interponen más sanciones por consumo de bebidas en la calle. La tabla 7 muestran los datos que corroboran que las sanciones se interponen en la franja horaria en la que los jóvenes habitualmente participan botellón. Este horario es entre las 22:01 a 07:59. En la tabla siguiente se recogen la distribución de las sanciones según la franja horaria:

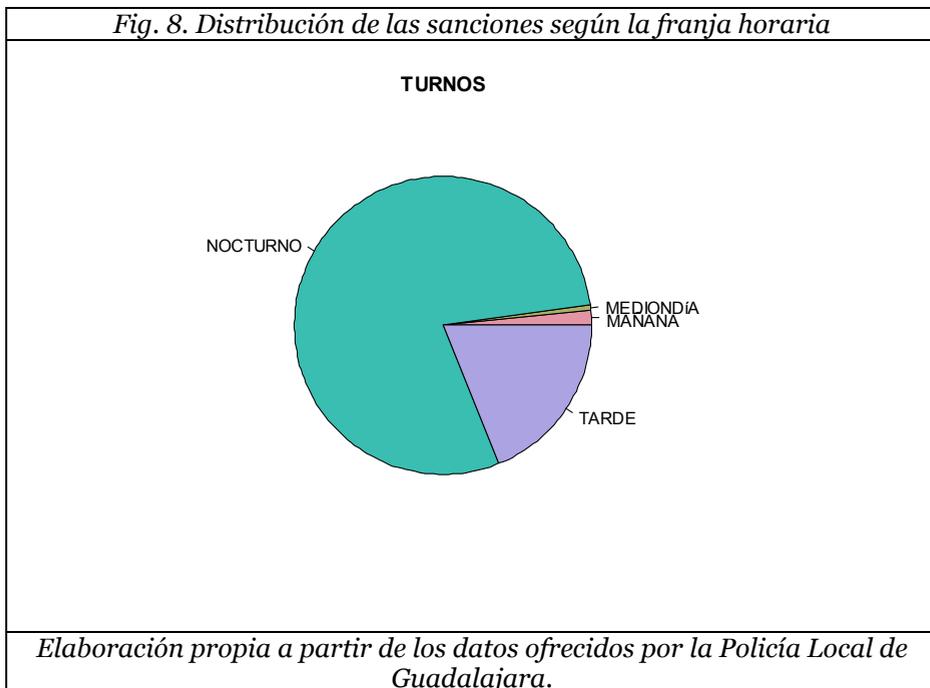
Tabla 7 – Distribución de las sanciones según la franja horaria

sanciones/horarios	Fr.	%
turno mañana 08:00 a 14:00	33	1,60%
turno mediodía 14:01 a 18:00	12	0,58%
turno tarde 18:01 a 22:00	390	18,86%
turno noche 22:01 a 07:59	1633	78,97%

Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por la Policía Local de Guadalajara.

En la Figura 8 podemos observar esa distribución según el horario de las sanciones. En color verde, podemos observar como mayoritariamente las sanciones se concentran en un horario nocturno. Seguidamente de las sanciones en horario de tarde, en color morado. Las sanciones impuestas en horario de mañana y mediodía no es significativo. Resulta evidente que durante ese intervalo del día, las personas trabajan o estudian mayoritariamente, lo que no es habitual el consumo de bebidas en la vía pública.

Fig. 8. Distribución de las sanciones según la franja horaria



6. CONCLUSIONES

A pesar que los resultados de este trabajo puede dar más frutos de los indicados en este trabajo. En líneas generales, la investigación confirma que mayoritariamente las sanciones impuestas por la policía local de Guadalajara por conductas recogidas en la ordenanza de convivencia

son por consumo de bebidas en la vía pública. Las 2.068 sanciones impuestas durante un periodo de ocho años suponen un 63,71 por ciento del total de las sanciones impuestas en el mismo periodo por la ordenanza de convivencia. Este dato corrobora que el consumo de bebidas en la vía pública ha sido la principal preocupación por parte de las autoridades municipales sobre los problemas de incivismo que se han generado en la ciudad de Guadalajara, frente al resto de conductas reguladas en la propia ordenanza, durante el periodo de investigación.

En cuanto a la evolución de las sanciones durante el periodo analizado. Los resultados muestran algunos datos muy significativos: En primer lugar, que el aumento de las sanciones durante el primer año de aprobación de las sanciones supuso un aumento de aproximadamente un 600 por ciento más al año anterior. Este dato nos podría indicar que existe un mayor control por parte de la policía durante el primer año de entrar en vigor de la norma²⁹. Otro dato destacado es el aumento significativo en el año 2013 de las sanciones por consumo de bebidas en la vía pública frente a años anteriores. La causa de este aumento de las sanciones en el año 2013 puede deberse a una cierta relajación por parte de la ciudadanía de la propia norma, obligando a un mayor control por parte de la policía, debido a que el aumento de las sanciones en el año 2013 se produce en todas las conductas reguladas en la ordenanza, no sólo al consumo de bebidas en la vía pública. Al mismo tiempo, explicaría que en el año 2014 se produjera un descenso en las sanciones a datos de años anteriores al 2013. Por último, destacar que el descenso desde el año 2014 hasta el año 2016 puede estar relacionado, no sólo con un descenso

29 El instrumento para la prevención y control de la ordenanza de convivencia en Guadalajara ha sido llevado a cabo por la policía local. Durante el periodo de investigación, la policía local de Guadalajara ha combinado diferentes estrategias en sus métodos de actuación para el cumplimiento de la ordenanza. Previa a la aprobación, con reuniones y charlas a diferentes colectivos. Una vez puesta en marcha la norma, la respuesta ha sido mayor control en aquellas zonas donde se concentraban habitualmente las personas para practicar botellón, para evitar este tipo de conductas. Para ello, la policía local ha utilizado técnicas de prevención como la prevención situacional, lo que llevó a un aumento de las sanciones durante ese primer año de entrada en vigor de la normativa. Sobre la prevención situacional, podemos encontrar: J. J. Medina Ariza, *Políticas y Estrategias de Prevención del Delito y Seguridad Ciudadana* (Madrid: Editorial Edisofer, 2013), 325-374.

general de las sanciones, también destacaría el posible cambio de hábitos entre los más jóvenes, que prefieren realizar otras actividades, en lugar de realizar el conocido botellón³⁰.

Con respecto al número de sanciones, otro dato significativo es que las conductas castigadas por detrás del consumo de bebidas en la vía pública tienen cierta correlación con el consumo de alcohol en vía pública. Ciertas conductas antisociales como: vandalismo o conductas insalubres están relacionadas con un consumo previo de alcohol³¹.

Con respecto a las características de las personas infractoras, el número de sanciones a hombres es muy superior que las sanciones a mujeres, un 74,22 por ciento, frente a un 24,80 por ciento de las mujeres³². Esta investigación corrobora los diferentes análisis estadísticos al respecto, que muestran que mayoritariamente son los hombres los que consumen bebidas en la vía pública respecto a las mujeres³³. Los motivos de esta diferencia desde una perspectiva criminológica, podrían encontrar en factores sociológicos. El rol de la mujer dentro de la sociedad continúa siendo muy diferente al del hombre. Existe un mayor control familiar respecto a los comportamientos de las mujeres a la hora de consumir bebidas o alcohol en la vía pública o la hora de regreso a casa. Estos

30 En estos últimos años, existe un descenso con respecto a la práctica del botellón entre nuestros jóvenes. Los datos muestran que el consumo de alcohol entre nuestros jóvenes sigue siendo la sustancia psicoactiva legal más consumida frente a otras, pero hacerlo en la vía pública en grupo es un hábito que está disminuyendo. Las causas pueden ser fruto del endurecimiento normativo o el cambio de hábito de nuestros jóvenes. Sobre este asunto, podemos ver: C. Barroso Toro, S. Cambero Rivero, E. Herculano Folgado, A. Urbano Montesino, A. Vázquez Atochero, *Adicciones Clásicas y Emergentes: Apuestas, Drogas y Tecnofilias* (Badajoz: Diputación Provincial de Badajoz, Asociación Atabal, 2019).

31 M. J. Díaz et al., "Los impactos socio-ambientales del fenómeno del botellón: el caso de la ciudad de Madrid", *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* 10 (1y2) (2009): 117-135, consultado el 10 de agosto de 2018, http://mach.webs.ull.es/PDFS/Vol10_1y2/Vol10_1y2_h.pdf

32 Se tratan de unos datos muy parecidos al total de sanciones impuesta por la policía local de Guadalajara por conductas reguladas en la ordenanza en el mismo periodo. El 73,91 por ciento de las sanciones son impuestas a hombres, frente al 26,08 por ciento de las sanciones interpuestas a las mujeres. En cuanto al objeto de estudio, la población de mujeres y hombres que viven en Guadalajara, con edades comprendidas entre los 15 y 29 años edad es muy similar. Según datos del Instituto Nacional de Estadística, a 1 de enero de 2018 es de 7.171 mujeres frente a 7.074 hombres.

33 En cuanto a la diferencia de género en el fenómeno del botellón, podemos encontrar numerosas investigaciones. A modo de ejemplo: A. Calafat et al., "El consumo de alcohol en la lógica del botellón", *Adicciones* 17 (2005): 193-202, doi: <https://doi.org/10.20882/adicciones.368>; y GIESyT, *El botellón en las ciudades de Badajoz, Cáceres, Mérida y Plasencia. Universidad de Extremadura* (Mérida: Universidad de Extremadura, Consejería de Cultura y Patrimonio, 2001).

hechos pueden ser las causas que las sanciones sean muy superiores en los hombres³⁴. En todo caso, este dato debe tratarse con cierta reserva, debido a que sería necesario de un mayor análisis metodológico, mediante el uso de entrevistas en profundidad a las propias personas sancionadas o los policías locales³⁵.

En cuanto a la edad, los datos corroboran el elevado número de menores que realizan botellón, y la edad temprana en la que comienzan a consumir bebidas³⁶. El estudio muestra que mayoritariamente son jóvenes quienes realizan este comportamiento. Se tratan de datos muy similares con la edad medida de las personas que comienzan a participar en el botellón. El 96,22 por ciento de los sancionados por el consumo de alcohol mayoritariamente son jóvenes menores de 25 años³⁷. Los datos también muestran que mayoritariamente son jóvenes menores de 21 años los que consumen bebidas en la vía pública y participan en el “botellón”, con un 72,91 por ciento³⁸.

34 Sobre la diferencia entre la delincuencia femenina y masculina, puede verse en: C. Herrero Herrero, *Criminología Parte General y Especial*, 2ª Edición (Madrid: Dykinson, 2001). En cuanto a la diferente socialización de ambos géneros, y diferentes roles. Podemos encontrar estudios: M^a. M. Lorenzo Molero, *La delincuencia femenina en Galicia. La intervención pedagógica* (Santiago de Compostela: Secretaría Xeral da Presidencia, 1997); J.G. Weis, “Liberation and crime: The invention of the new female criminal”, *Crime and Social Justice* 6 (1976): 17-27 (también en “The invention of the new female criminal”, en *Contemporary Criminology*, ed. por L. D. Savitz, N. Johnston (New York: John Wiley & Sons, 1978).

35 Las entrevistas a las personas sancionadas permitirían conocer ciertas cuestiones planteadas sobre las sanciones interpuestas a las mujeres, como, por ejemplo: El horario de regreso a casa, por ejemplo. En cuanto a los miembros de la policía local, permitiría conocer algunas cuestiones sobre la diferencia entre ambos géneros. Algunas cuestiones que se podrían plantear es, sí por parte de la policía local ha existido cierta permisibilidad a la hora de sancionar este tipo de conductas, o existe un mayor control formal a las mujeres por parte de la policía para evitar este tipo de conductas. Sobre este tema: E. Larrauri Pijoan, Ed., *Mujeres, Derecho Penal y Criminología* (Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1994).

36 Diferentes estudios sobre el botellón muestran el elevado número de menores que consumen alcohol. A modo de ejemplo, un estudio llevado a cabo en Extremadura por la Asociación Atabal durante el curso escolar 2017/18 afirma que la edad media de consumo de alcohol se sitúa entre los 14 y 16 años de edad, con un 26 por ciento de los encuestados. Incluso existe un 4 por ciento de los encuestados por debajo de los 14 años. Estudio consultado el 29 de julio de 2019, <http://asociacionatabal.es/colabora/documentacion/>

37 La mayoría de los estudios llevados a cabo muestran que la edad en el que los jóvenes comienzan a participar en el botellón es a los 14 años. A modo de ejemplo: J. A. Gómez-Fraguela et al., “El botellón y el consumo de alcohol y otras drogas en la juventud”, *Psicothema* 20/2 (2006): 211-217.

38 En este sentido, cabe destacar que la ordenanza de convivencia de Guadalajara recoge medidas reeducadoras, que permiten la posibilidad que aquellas personas menores de edad que son sancionadas por esta normativa, puedan sustituir la sanción pecuniaria por un curso formativo. Según datos de

En cuanto a la correlación sexo y edad, las sanciones muestran que, en edades más tempranas, la diferencia entre ambos sexos es menor. Una diferencia que aumenta entre sexos, a medida que aumenta la edad de las personas sancionadas. Al igual que en el sexo, el estudio sobre la edad de las personas sancionadas necesita de un análisis en mayor profundidad, mediante otras herramientas metodológicas como las entrevistas a las personas infractoras, que nos permita conocer la causa de esa diferencia entre sexos según aumenta la edad de la persona sancionada.

Las variables relativas a la temporalidad de las sanciones muestran cierta regularidad en el consumo de alcohol en la vía pública durante todo el año, a pesar que se trata de una ciudad con un clima continental, que tiene veranos cortos e inviernos más largos y muy fríos, poco propicios en ocasiones para realizar esta actividad en la vía pública, a diferencias de otras localidades de nuestro país, con un clima menos duro. También debemos tener en cuenta que los meses con menos sanciones coinciden con los meses de verano o diciembre, periodos que los ciudadanos aprovechan para desplazarse a otras localidades, lo que supone no solo un descenso de las personas que puedan estar llevando a cabo esta conducta, también respecto a las personas que pueden realizar llamadas a las fuerzas y cuerpos de seguridad por molestias debido a la concentración de personas consumiendo bebidas en la calle –debemos recordar que la elaboración de estos modelos de ordenanzas se deben en muchos casos a las quejas vecinales que se producían–. Por lo tanto, el descenso la población en esos meses, pueden ser un factor a tener en cuenta respecto al descenso del número de sanciones durante esos periodos³⁹. En cuanto a los horarios, los datos corroboran cierta correlación entre las infracciones y el horario de inicio del botellón. El número de infracciones

la policía local de Guadalajara, entre los años 2009 – 2016 ha solicitado esos cursos un total de 384 personas. La programación del curso recoge charlas sobre drogodependencia y alcohol, entre otras.

39 Sobre este asunto, diferentes teorías criminológicas muestran la importancia de la figura vigilante o guardián como elemento fundamental a la hora de la comisión de un hecho delictivo. La falta de este elemento beneficia la comisión de un hecho delictivo. A modo de ejemplo: M. Felson, E. Cohen, “Human ecology and crime: A Routine activity approach”, *Human Ecology* 8/4 (1980): 389-406; D.B. Cornish, R.V. Clarke, “Opportunities, precipitators and criminal decisions: A reply to Wortley’s critique of situational crime prevention”, *Crime prevention studies* 16 (2003): 41-96.

aumentan significativamente a partir de las diez de la noche, hora habitual de comienzo del botellón⁴⁰.

En cuanto al fenómeno del botellón, la aplicación de estos modelos normativos de tolerancia cero al consumo de alcohol en la vía pública muestran que, en el caso de Guadalajara se ha logrado disminuir el consumo de alcohol en la calle⁴¹. Desafortunadamente, este modelo no ha podido solucionar el principal problema, el consumo de alcohol entre los jóvenes⁴², pero sí ha obligado a las personas a cambiar los hábitos del consumo de bebidas. Estas ordenanzas no son una herramienta eficaz para acabar con el consumo de alcohol entre los jóvenes, únicamente para evita las molestias o el deterioro del espacio físico, fruto del consumo de alcohol en la vía pública, desplazando el problema a espacios privados (viviendas o locales). El botellón es principalmente un problema de salud pública⁴³, las administraciones deben tener como objetivo la prevención del consumo de alcohol entre los jóvenes, la efectividad de estas normas prohibitivas puede ser efectivas si entendemos el problema del consumo de alcohol como un problema de orden público, pero no como un problema de salud pública.

Por último, para futuras investigaciones sobre el objeto de este trabajo, deberíamos tener en cuenta otras variables a la hora de estudiar los motivos del descenso de sanciones en Guadalajara en estos últimos años. El uso de otras metodologías, a través de entrevistas a los diferentes actores

40 El consumo de bebidas “alcohólicas” por parte de los jóvenes va unido al botellón. Numerosas investigaciones muestran que son muchos los jóvenes que consumen alcohol durante el botellón. Calafat et al., “El consumo de alcohol”. 193-202.

41 Según datos oficiales de la policía local de Guadalajara, se han abierto únicamente 111 expedientes sancionadores durante todo el año 2018.

42 Según datos de la evaluación final de la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016, el porcentaje de población que consume alcohol por “binge drinking” ha aumentado del 14,9 % al 17,9 % entre 2009 a 2015. F. A. Babín Vich, Dir., *Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016. Informe de la Evaluación final* (Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Centro de Publicaciones, 2017), consultado el 16 de noviembre de 2018, http://www.pnsd.msbs.gob.es/pnsd/estrategiaNacional/docs/2017_Informe_Evaluacion_Final_Estrategia_Nacional_sobre_Drogas_2009_2016.pdf

43 En palabras de R. Gómez López, M. J. López Gómez: la salud pública entendida como la ciencia cuyo objeivo es prevenir enfermedades, prolongar la vida y promover la salud a través de actuaciones organizadas con la sociedad, minimizando comportamientos dañinos e influencias perjudiciales de factores medioambientales y sociales (2002).

implicados, nos podrían indicar que junto a un mayor control formal de esta conducta, existen también un cambio de hábitos entre los jóvenes, que prefieren quedarse en casa o realizar otro tipo de actividades⁴⁴.

7. LIMITACIONES

El estudio realizado sobre las variables personales y temporales de las personas sancionadas por el consumo de bebidas en la vía pública regulada en la ordenanza de convivencia de Guadalajara, no está exento de limitaciones. El trabajo se elaboró a partir de los datos oficiales ofrecidos por el propio Ayuntamiento de Guadalajara, y que poseen determinados sesgos en cuanto a las variables sociodemográficas de los expedientes analizados, que hemos tenido que depurar o dejar fuera de este estudio. En todo momento, este trabajo ha tenido presente la regulación actual en materia de protección de datos⁴⁵. Por otro lado, destacar que no existen otros trabajos sobre la Ordenanza de Convivencia de Guadalajara, lo que también dificulta la elaboración de una investigación, al no contar con ningún trabajo previo al desarrollado en este estudio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Adès, J. Y., M. Lejoyeux, *Las nuevas adicciones: Internet, sexo, juego, deporte, compras, trabajo, dinero*. Barcelona: Kairós, 2003.

Alonso-Fernández, F. *Las nuevas adicciones*. Madrid: Ediciones Tea, 2003.

44 Existen nuevos hábitos de conducta entre los más jóvenes. Las nuevas tecnologías están generando nuevos estímulos entre los jóvenes. Estímulos que están generando nuevas adicciones y cambios en los hábitos de fines de semana sobre los más jóvenes. Las Tecnofilias o las Ludopatías son algunos ejemplos. Sobre este tema: F. Alonso-Fernández, *Las nuevas adicciones* (Madrid: Ediciones Tea, 2003); N. Colomer, *Las nuevas adicciones* (Madrid: Editorial Planeta, 2014); J. Y. Adès, M. Lejoyeux, *Las nuevas adicciones: Internet, sexo, juego, deporte, compras, trabajo, dinero* (Barcelona: Kairós, 2003).

45 El 7 de diciembre entró en vigor la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales. Sobre este tema, puede verse: M. Arenas Ramiro, M. Ortega Giménez, *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales (en relación con el RGDP)* (Madrid: Editorial Jurídica SEPIN, 2019).

- Anderson, P., B. Baumberg, “El Alcohol en Europa. Una perspectiva de salud pública”. 2006. Consultado el 10 de julio de 2018. <https://www.mssi.gob.es/alcoholJovenes/docs/alcoholEuropaEspanol.pdf>.
- Arenas Ramiro, M., M. Ortega Giménez. *Protección de Datos. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y de Garantía de los Derechos Digitales (en relación con el RGDP)*. Madrid: Editorial Jurídica SEPIN, 2019.
- Baigorri, A., R. Fernández. *Botellón. Un conflicto postmoderno*. Barcelona: Icaria Editorial, 2004.
- Babín Vich, F. A. Dirección. *Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016. Informe de la Evaluación final*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Centro de Publicaciones, 2017. Consultado el 16 de noviembre de 2018. http://www.pnsd.msbs.gob.es/pnsd/estrategiaNacional/docs/2017_Informe_Evaluacion_Final_Estrategia_Nacional_sobre_Drogas_2009_2016.pdf
- Barroso Toro, C., S. Cambero Rivero, E. Herculano Folgado, A. Urbano Montesino, A. Vázquez Atochero, *Adicciones Clásicas y Emergentes: Apuestas, Drogas y Tecnofilias*. Badajoz: Diputación Provincial de Badajoz, Asociación Atabal, 2019.
- Calafat, A. et al., “El consumo de alcohol en la lógica del botellón”, *Adicciones* 17 (2005): 193-202. doi: <https://doi.org/10.20882/adicciones.368>
- Campoy Torrente, P., A. García Fernández, D. Limones Silva. “Guía para la resolución de problemas de civismo en contextos recreativos nocturnos para policías locales. Accésit. Premio Rafael Bonet”. En *Premios de estudios en ciencias policiales y seguridad ciudadana, 5ª edición*. Editado por Asociación de Jefes del Cuerpo de Policía Locales de la Provincia de Alicante, 153-173. Valencia: Generallitar Valenciana, 2011. Consultado el 15 de mayo de 2019. http://www.justicia.gva.es/documents/19317797/21299499/Llibret_Policia_2011.pdf/8252a49d-230c-4c02-b1a7-1a736da0079d

- Carreras Espallardo, J. A. editor. *Aspectos criminológicos en materia de seguridad vial*. Lluçmajàr: Criminología y Justicia Editorial, 2018.
- Colomer, N. *Las nuevas adicciones*. Madrid: Editorial Planeta, 2014.
- Díaz, M. J. et al. “Los impactos socio-ambientales del fenómeno del botellón: el caso de la ciudad de Madrid”. *Medio Ambiente y Comportamiento Humano* 10 (1y2) (2009): 117-135. Consultado el 10 de agosto de 2018. http://mach.webs.ull.es/PDFS/Vol10_1y2/Vol10_1y2_h.pdf
- Cornish, D.B., R.V. Clarke. “Opportunities, precipitators and criminal decisions: A reply to Wortley's critique of situational crime prevention”. *Crime prevention studies* 16 (2003): 41-96.
- Excma. Diputación Provincial de Guadalajara. “Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Guadalajara”. *Boletín Oficial de la provincia de Guadalajara* nº 156, de 30 de diciembre de 2009. Consultado el 15 de enero de 2018. <https://www.guadalajara.es/es/ayuntamiento/normativa/ordenanzas-generales/convivencia>.
- Felson, M., E. Cohen. “Human ecology and crime: A Routine activity approach”. *Human Ecology* 8/4 (1980): 389-406.
- Fragoso Campón, L., J. Ortiz García, J. A. Gutiérrez Gallego, “Las herramientas TIG en la criminología ambiental”. En *Tecnologías de la información geográfica: Perspectivas multidisciplinares en la sociedad del conocimiento*. Editado por M. J. López García et al., 603-611. Valencia: Universitat de València, 2018.
- García Saura, P. J. “Ordenanzas de civismo y sustitución de multas pecuniarias por trabajos en beneficio a la comunidad. Especial referencia a los menores”. *Cuadernos de Derecho Local* 41 (2016): 200-234.
- Garrido, V., P. Stangeland, S. Redondo. *Principios de Criminología*. 3ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

GIESyT, *El botellón en las ciudades de Badajoz, Cáceres, Mérida y Plasencia. Universidad de Extremadura*. Mérida: Universidad de Extremadura, Consejería de Cultura y Patrimonio, 2001.

Gómez-Fraguela, J. A. et al. “El botellón y el consumo de alcohol y otras drogas en la juventud”. *Psicothema* 20/2 (2006): 211-217.

González, A. “20 años de botellón”. *Público*, 4 de diciembre de 2011. Consultado el 10 de noviembre de 2018. <https://www.publico.es/espana/20-anos-botellon.html>.

Herrero Herrero, C. *Criminología Parte General y Especial*, 2ª Edición. Madrid: Dykinson, 2001.

Larrauri Pijoan, E. Editor. *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1994.

—. “Ayuntamiento de izquierdas y control del delito. Conferencia de Clausura del IV Congreso Español de Criminología”. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 3 (2007). Consultado el 15 de julio de 2018. http://www.indret.com/pdf/449_es.pdf.

—. *Introducción a la criminología y al sistema penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

Ley 2/2003, de 13 de marzo, de la Convivencia y el Ocio de Extremadura.

Ley de Protección de Seguridad Ciudadana 4/2015, de 30 de marzo. Consultado el 20 de mayo de 2019. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3442.

López-Rey y Arrojo, M. *Introducción a la Criminología*. Buenos Aires: Ateneo, 1945.

Lorenzo Molero, M^a. M. *La delincuencia femenina en Galicia. La intervención pedagógica*. Santiago de Compostela: Secretaría Xeral da Presidencia, 1997.

- Martínez Espasa, J. *Las Políticas públicas en materia de seguridad ciudadana. Análisis y propuestas desde la Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Medina Ariza, J. J. *Políticas y Estrategias de Prevención del Delito y Seguridad Ciudadana*. Madrid: Editorial Edisofer, 2013, 325-374.
- Murdoch, D., R.O. Pihl y D. Ross, “Alcohol and crimes of violence: present issues”. *International Journal on Addiction* 25 (1990): 1065-1081.
- R Foundation. “The R Project for Statistical Computing”, consultado el 15 de agosto de 2018, <https://www.r-project.org>.
- Renart Vicens, G. *Estadística amb R – Commander*. Girona: Universidad de Girona, 2013.
- Serrano Tarraga, M^a. D. *El rol de la criminología para la seguridad en la edad contemporánea*. Madrid: Dykinson, 2014
- Sigfusdottir, I. et al. “Substance use prevention for adolescents: The Iceland Model”. *Health Promotion International* 24 (2008): 16-25. Consultado el 15 de julio de 2018. doi: 10.1093/heapro/dano38.
- Weis, J.G. “Liberation and crime: The invention of the new female criminal”. *Crime and Social Justice* 6 (1976): 17-27 (también en “The invention of the new female criminal”. En *Contemporary Criminology*. Editado por L. D. Savitz, N. Johnston. New York: John Wiley & Sons, 1978.

Jordi Ortiz García
Área de Derecho Penal
Departamento de Derecho Público
Universidad de Extremadura
Avda. de la Universidad, s/n
10004 Cáceres (España)
jortiz@unex.es
<https://orcid.org/0000-0003-3672-9808>



**UN CASO DE CONVERSIÓN EN CORREGIMIENTO DE
LETRAS DURANTE EL REINADO DE FERNANDO VII: LOS
ÚLTIMOS AÑOS DEL CORREGIMIENTO DE HELLÍN**

***A CASE OF CONVERSION INTO THE CORREGIMIENTO DE
LETRAS DURING THE REIGN OF FERNANDO VII: THE
LAST YEARS OF THE CORREGIMIENTO DE HELLÍN***

DIONISIO A. PERONA TOMÁS

Universidad de Castilla-La Mancha

Recibido: 05/05/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

El oficial real en la vida municipal castellana durante la Edad Media y Moderna más importante fue el corregidor. Una de sus principales funciones era la judicial, aunque no siempre tenía estudios jurídicos (muchos eran corregidores “de capa y espada”). Durante el siglo XVIII, etapa en la que este oficial también está presente en la Corona de Aragón tras los Decretos de Nueva Planta, se potenció el corregidor “de letras” (cuando tenía estudios jurídicos). Algunos corregimientos “de capa y espada” se convirtieron en corregimientos “de letras”, uno de ellos fue el de Hellín ya en el reinado de Fernando VII en el siglo XIX. Ese proceso dio lugar a un enfrentamiento entre diferentes grupos de la oligarquía local y el corregidor. El Consejo Real de Castilla resolvió el expediente, sin atender a esas luchas.

Palabras clave: Corregimiento, letras, capa y espada, Ayuntamiento, Propios y Arbitrios, Consejo Real de Castilla.

ABSTRACT

The most important official in Castilian municipal life during the Middle and Modern Ages was the corregidor. One of his main functions was the judiciary, although he did not always have legal studies (many were “de capa y espada” corregidores). During the 18th century, a period in which this officer was also present in the Crown of Aragon after the Nueva Planta Decrees, the corregidor “de letras” was promoted (when he had legal studies). Some corregimientos “de capa y espada” became corregimientos “de letras”, one of them was Hellín already in the reign of Fernando VII in the 19th century. This process gave rise to a confrontation between different groups of the local oligarchy and the corregidor. The Royal Council of Castile resolved the file, without attending to these struggles.

Keywords: Corregimiento, arts, cloak-and-dagger, City Council, Own and Arbitrage, Royal Council of Castilla.

Sumario: 1. Introducción. 2. Los orígenes del corregimiento. 3. Un corregimiento atípico. 4. Rivalidades en el Ayuntamiento. 5. El expediente de conversión: 5.1. El inicio; 5.2. Los informes; 5.3. Los bandos y el contencioso; 5.4. La resolución. 6. La Etapa Liberal y la Década Ominosa. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

Esta colaboración pertenece por su temática al ámbito local e institucional; y por sus coordenadas cronológicas, al final del Antiguo Régimen, coincidiendo con los ensayos para la implantación del Estado Liberal.

El ámbito espacial se circunscribe a la localidad de Hellín, perteneciente en la actualidad a la Provincia de Albacete y, por tanto, a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; sin embargo, históricamente, formó parte del Reino de Murcia y también fue una villa integrada durante la Baja Edad Media en el Marquesado de Villena¹.

1 Aurelio Pretel Marín, *Hellín Medieval* (Albacete: Instituto de Estudios Albacetenses, 1998).

El conocimiento de su pasado es problemático por la desaparición de algunas fuentes fundamentales, en especial de su antiguo Archivo Municipal. Salvo algunos documentos aislados, las series comienzan a estar completas a partir de la Restauración. El tema que nos ocupa corresponde al reinado de Fernando VII, no contando con fuentes tan importantes como las actas municipales. Los documentos utilizados para este estudio son cuatro expedientes localizados en el Archivo Histórico Nacional, concretamente: Consejos leg. 13.609, donde se encuentran noticias generales sobre el corregimiento de Hellín; Consejos leg. 3.172 exp. 16, plantea el problema para la toma de posesión de una regiduría con honores de alcalde mayor; Consejos leg. 3.412 exp. 12, es la fuente fundamental de este estudio, ya que contiene el expediente de la conversión del antiguo corregimiento “de capa y espada” de Hellín de segunda clase o ascenso en uno “de letras” de primera clase o entrada; FFCC Ministerio de Justicia leg. 4.684-1 exp. 6.251, en el que está el expediente del hellinero D. Francisco de Soria y Soria, antiguo Fiscal del Consejo de Castilla y autor de un informe que fue la base para la resolución de esta conversión. A estas fuentes primarias se suma la bibliografía que aparece reseñada en el lugar oportuno a lo largo del trabajo.

La temática institucional se centra en el estudio de un corregimiento y, por tanto, de la persona que lo desempeñaba. El corregidor fue un oficial o, mejor, el oficial real por antonomasia en las ciudades castellanas desde la Baja Edad Media², un personaje que lo era prácticamente todo en la vida municipal (juez tanto ordinario como delegado del rey y de alzadas; presidía y convocaba al Ayuntamiento; dictaba ordenanzas; cuidaba del orden público y del abastecimiento; supervisaba la hacienda local; teniendo en ocasiones atribuciones militares)³, de duración anual en sus inicios y sometido a control, sobre todo, al finalizar su mandato mediante el juicio de residencia. Hubo, como es sabido, dos tipos de

2 Agustín Bermúdez Aznar, *El Corregidor en Castilla durante la Baja Edad Media (1348-1474)* (Murcia: Sucesores de Nogués, 1974).

3 José Antonio Escudero, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones Político-administrativas* (Madrid: s. l., 1995), 576 y 764.

corregidores: “de capa y espada o políticos” si carecían de estudios jurídicos, asesorados normalmente por letrados llamados tenientes o alcaldes mayores; y “de letras”, cuando si tenían esos estudios y no precisaban, por tanto, de tenientes o alcaldes mayores.

La duración del cargo se fue incrementando a un trienio que se podía prorrogar por otro, hasta llegar al sexenio con la reforma de 1783 durante el reinado de Carlos III. Esta reforma mantuvo la división tradicional entre corregimientos “de capa y espada” y “de letras”, pero al tiempo estableció una auténtica carrera burocrática, pues cada uno de los dos grandes tipos de corregimientos quedó clasificado en tres grupos: de 1ª clase o entrada, eran los de inicio de la carrera, los primeros destinos; de 2ª clase o ascenso, tras haber cumplido la etapa servicio en el grupo anterior; de 3ª clase o término, eran los destinos finales y la culminación de la carrera de un corregidor ya con experiencia y una larga trayectoria. Esta reforma potenció los corregimientos de letras sobre los de capa y espada, que siguieron existiendo. El corregidor continuó tras la Guerra de la Independencia en los períodos absolutistas de Fernando VII, si bien en las etapas liberales, por la separación de poderes, ya se anuncia su sustitución por el juez de primera instancia, al menos en su función de justicia.

Uno de esos corregimientos fue el de Hellín, con unas características que lo hacen, como poco, peculiar o, al menos, atípico, ya que durante un largo tiempo la designación de sus titulares estuvo a cargo del Presidente del Consejo de Castilla; al tiempo que, pese a ser un “corregimiento de capa y espada”, careció de teniente por la insuficiencia de los Propios del municipio para soportar la carga económica que suponían los salarios de dos oficiales; esto hizo que ya en 1783 se plantease su conversión en “corregimiento de letras”, pero hubo que esperar al reinado de Fernando VII para que se llevase a cabo, como vamos a ver.

2. LOS ORÍGENES DEL CORREGIMIENTO

El Marquesado de Villena, tras su incorporación a la Corona en 1480⁴, dio lugar a la “Gobernación del Marquesado de Villena”⁵ con capital en San Clemente. Durante más de un siglo (1480-1586) mantuvo su estructura casi sin variaciones, si bien su gran extensión obligó a dividirla en dos partidos (el “Partido de arriba” al que pertenecían las poblaciones de la diócesis de Cuenca; y el “Partido de abajo” que comprendía las localidades de la diócesis de Cartagena). Estos partidos fueron el antecedente de dos futuros corregimientos que aparecieron a finales de 1586: “el corregimiento de San Clemente” o “de las diecisiete villas”, y el “corregimiento de Chinchilla y Villena” o “de las dos ciudades y nueve villas”, con capital nominal en Chinchilla si bien los corregidores residieron normalmente en Albacete (al menos, entre 1586 y 1645, viviendo el alcalde mayor en Chinchilla). Este corregimiento de “capa y espada” tenía jurisdicción sobre las ciudades de Villena y Chinchilla y las villas de Albacete, Almansa, Hellín, La Gineta, Tobarra, Sax, Ves, Yecla y La Roda (esta localidad, a diferencia del resto, pertenecía a la diócesis de Cuenca).

Un hecho importante en el devenir de este corregimiento tuvo lugar en 1645; en ese año, quedaron eximidas de la jurisdicción del corregidor seis villas (Albacete, Hellín, La Gineta, La Roda, Ves y Tobarra), en las que sólo tendría a partir de entonces, con el alcalde mayor, la apelación y “vista con término de nueve días”, si bien mantuvo sus atribuciones de gobierno y administración en esos lugares, donde las oligarquías locales vieron reforzado su poder. Como consecuencia de esta situación el corregidor residiría a partir de entonces en Chinchilla y el alcalde mayor en

4 Juan Torres Fontes, “La conquista del marquesado de Villena en el Reinado de los Reyes Católicos”, *Hispania* 50 (1953): 37-151. Jorge Ortuño Molina, *Realengo y Señorío en el Marquesado de Villena. Organización económica y social en tierras castellanas a finales de la Edad Media (1475-1530)* (Murcia: Real Academia de Alfonso X el Sabio, 2005).

5 Benjamín González Alonso, *Gobernación y gobernadores. Notas sobre la administración de Castilla en el periodo de formación del Estado Moderno* (Madrid: Universidad Facultad de Derecho, 1974).

Villena. Unos años más tarde, concretamente, en 1665, Hellín se segregó y dio lugar a su propio corregimiento por cuestiones de orden público⁶.

3. UN CORREGIMIENTO “ATÍPICO”

El corregimiento de Hellín, junto con los de Linares e Iniesta con Villanueva de la Jara, era provisto por el Presidente o Gobernador del Consejo de Castilla sin intervención de la Cámara en sus principios⁷. Este tipo de tramitación se mantuvo hasta mediados del siglo XVIII, cuando ya se hizo como con el resto de los corregimientos⁸. El de Hellín era “de

6 Sebastián Molina Puche, “El gobierno de un territorio de frontera. Corregimiento y corregidores de Chinchilla, Villena y las nueve villas: 1586-1690” *IH* 25 (2005): 55-67. También son de gran interés Sebastián Molina Puche, *Como hombres poderosos. Las oligarquías locales del corregimiento de Chinchilla en el siglo XVII* (Albacete, Instituto de Estudios Albacetenses, 2007); Sebastián Molina Puche, *Poder y Familia: las élites locales del corregimiento de Chinchilla-Villena en el siglo Barroco* (Albacete, Universidad de Murcia Universidad de Castilla-La Mancha, 2007); Alfonso Santamaría Conde, “Aproximación a las instituciones y organización del marquesado de Villena en el siglo XVI”, en *Congreso del Señorío de Villena. Albacete 23-26 octubre 1986* (Albacete, Instituto de Estudios Albacetenses, 1987), 371-392.

7 Francisco Xavier de Garma y Durán, *Theatro Universal de España, descripción eclesiástica y secular de todos sus Reinos y Provincias en general y particular*, T. IV (Madrid: Imprenta Mauro Martí, 1751), 197. Esta forma de nombramiento puede explicar la ausencia en la relación de corregimientos de 1711 (Benjamín González Alonso, *El corregidor castellano (1348-1808)* (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1970), 280-281). El estudio institucional de este personaje ha sido realizado brillantemente por Sara Granda *La Presidencia del Consejo Real de Castilla* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013).

8 “La Cámara considera muy de su obligación hacer presente a V.M. que la villa de Hellín era una de las que estaba secuestrada a su jurisdicción por el Consejo y por nombramiento de los Gobernadores que han sido de él, y aún después de esta providencia que fue precisa por los genios libres e inquietos de aquellos naturales que no podían ser contenidos por los alcaldes ordinarios, era prueba de corregidores el saberse manejar en la administración de justicia de aquella villa. Cinco años ha que por estar dividido el pueblo en dos parcialidades, a queja de una de ellas dio el marqués de la Ensenada contra el corregidor que era entonces, depuso V.M. al corregidor que había nombrado el obispo de Sigüenza, y nombró V.M. en su lugar a un juez de rompimientos que se hallaba en ella, y después de mejor informado V.M. volvió a reintegrar al corregidor que había sido despojado. Luego que cumplió éste su trienio, el gobernador del Consejo actual nombró a D. Pedro Moreno Villena, y éste se manejó en aquella villa con tal acierto que las dos parcialidades, que la dividían, no han vuelto a oírse ni el menor pleito o quimera entre ellas; dedícase a pagar los atrasos que tenía la villa en los débitos reales para librarla de ejecutores, lo que hizo de recién entrado y buscando lo demás prestado entre vecinos ricos, asegurándoles de su cobranza y satisfacción, cosa que tiene pocos ejemplos de otros jueces; hizo una obra pública para diferentes destinos de oficinas públicas, y reconociendo estar en concurso sus propios por la Chancillería de Granada y los acreedores sin pagar de sus atrasos, hizo varias representaciones al Consejo sobre alzar este concurso, motivando que los acreedores ofrecían a la villa remitir voluntariamente parte de sus créditos por cobrar el resto, y el Consejo reconociendo su celo y buen manejo mandó sacar los autos de la Chancillería y se le remitiesen encargándole que procurase pagar los acreedores sin admitir sus remisiones (que se consideraban involuntarias), así lo ejecutó y en menos de un año con los alcances que había depositados en los administradores y el ahorro de lo que

capa y espada”, es decir, su titular solía ser un antiguo militar que carecía de estudios jurídicos; esta deficiencia normalmente se cubría designando el corregidor un teniente o alcalde mayor que si tenía la condición de letrado. La anomalía del corregimiento de Hellín venía dada por la carencia de ese teniente o alcalde mayor, dada las limitaciones de los Propios del municipio incapaces de soportar los dos salarios⁹. Con la reforma de Carlos III de 1783, el corregimiento de Hellín quedó clasificado como “de capa y espada” de segunda clase o ascenso, equiparado a los de Ronda, Canarias y Plasencia¹⁰; esta reforma potenciaba los corregimientos de letras, y en la Real Cédula de 21 de abril, en su capítulo 10 se hacía referencia expresa al de Hellín para su reforma:

“X. Que el Consejo cuide también de proponer las Varas de Alcaldes Mayores que convenga erigir en algunos Pueblos por el estado de sus vecindarios y proporción de dotarlas, y señaladamente en los de Salobreña y Almuñécar para dividir las, y en Hellín, Monzón, Alcañiz, Peñíscola, Zervera, y Talarn, como en cualquiera otros semejantes, en que por haber solo Corregidores Militares o de Capa y Espada, se gravan los Pueblos con derechos de asesorías; y, hechas estas

se expendía y dejó en arcas cinco mil reales de sobrante con solas las obligaciones corrientes. En este tiempo cumplió el trienio que servía con provisión del Consejo y V.M. *había mandado que éste y otros corregimientos que se nombraban por los gobernadores del Consejo en adelante se consultasen por la Cámara y los nombrase V.M.*, y con efecto la Cámara por los motivos dichos se propuso a V.M. al mismo para la continuación de otro trienio, y llevando sólo un año del nombramiento de V.M., en que continuando su celo y los encargos del Consejo tenía remitido un plan para ir redimiendo capitales de censos, pagando los réditos y gastos anuales de la villa. La Cámara por premiar sus servicios tan poco frecuentes en los corregidores le propuso solo para el de Alcalá la Real, y en caso de vacar por su ascenso el de Hellín, para éste a Don Alonso de Montoya que había cumplido en Alcalá la Real, y por la provisión hecha de ambos por V.M. ha quedado sin empleo alguno D. Pedro Moreno Villena antes de cumplir el segundo trienio, para el que le nombró V.M. a quien lo hace presente la Cámara, para que siendo de su real dignación que este sujeto reconozca el aprecio que se hace de su mérito, se digne dispensarle de la residencia para halla tan justos motivos y mandar que se le atienda en los primeros corregimientos que vaquen y sean de ascenso al que ha servido”. (Madrid 20 de diciembre de 1756. AHN Consejo leg. 13.609). Ricardo Gómez Rivero comienza su relación de corregidores de Hellín con Pedro de Villena Chaves, con prórroga por consulta de la Cámara de 21 de julio de 1755 y resolución real de 14 de agosto de 1755, siguiendo Alfonso de Montoya en la Gaceta de Madrid el 14 de diciembre de 1756 (*Las competencias del Ministerio de Justicia en el Antiguo Régimen*, Madrid: Ed. del Ministerio de Justicia, 1990: 1008-1009). Es muy probable, en mi opinión, que Pedro Moreno Villena y Pedro de Villena Chaves sean la misma persona (sobre este corregidor se encuentran datos de gran interés en María Luisa Álvarez y Cañas, *Corregidores y alcaldes mayores. La Administración territorial andaluza en el siglo XVIII* (Alicante: Universidad de Alicante, 2012), 176-178).

⁹ Enrique Giménez López, *Militares en Valencia (1707-1808)* (Alicante: Diputación Provincial de Alicante Instituto Cultural “Juan Gil-Albert”, 1990), 52.

¹⁰ González, *El corregidor...*, 251-258 y 285.

*erecciones, se pasarán noticias a la Cámara para colocar cada Vara en la clase a que corresponda, y consultarla según ella*¹¹.

Esta normativa dio lugar a un expediente que se resolvió de forma negativa en octubre de 1787¹², Hellín siguió siendo un corregimiento de capa y espada de segunda clase o ascenso que carecía de teniente o alcalde mayor letrado.

La Guerra de Independencia pudo alterar esta situación, pues la Regencia designó a D. José Luis Mira como corregidor letrado en Hellín,

11 González, *El corregidor...*, 362.

12 “En 7 de junio de 1783 se remitió de acuerdo de la Cámara al Consejo para que diese el curso que estimase conveniente una representación del Ayuntamiento, Diputados y síndicos general y personero de la villa de Hellín, sobre la imposibilidad que hay en ella para erección y creación de la vara de alcalde mayor que se previene en el capítulo 10 del Real Decreto de 29 de marzo del mismo año porque sus Propios y Arbitrios apenas cubren las cargas y obligaciones más precisas del Reglamento.

En su vista acordó el Consejo que la Chancillería de Granada oyendo instructivamente a los diputados y personero del común de la villa de Hellín y al fiscal de S.M. de aquel Tribunal informase con justificación si con arreglo al número de vecinos de que se compone la misma villa y a los gastos que se les causa en las Asesorías se remite de Justicia que promueven ante el corregidor de ella por ser de capa y espada, convendría se crease alcalde mayor como se indica en dicho capítulo 10 del citado Real Decreto o se subrogasen o redujesen al corregimiento de letras para evitar aquellos gastos exponiendo sobre todo cuanto resultase lo que se le ofreciere y que la Contaduría general de Propios y Arbitrios certificase el estado de los de dicha villa, sus cargas sobrantes y existencia en arcas, y arbitrios de que usa para atender a las urgencias del común, de cuya providencia se dio noticia a la Cámara para su inteligencia en oficio de 29 de enero de 1785.

Con fecha de 14 de marzo del mismo año remitió la Chancillería de Granada el informe instructivo que se la mandó ejecutar por el Consejo en el que hace expresión que el número de vecinos de Hellín, incluyendo las aldeas de su jurisdicción asciende solo a poco más de mil vecinos para cuya sujeción y gobierno ha acreditado la experiencia ser suficiente el corregidor principalmente por la serenidad y quietud de ánimos de aquellos vecinos, que connaturalizados con el gobierno del corregidor viven en la mayor tranquilidad. Que permaneciendo el gobierno del pueblo como está se verifica el fin a que es regular conspire la necesidad mayormente atendiendo a la improporción de dotarla, pues los Propios y Arbitrios de dicha villa ninguno dan para tolerar este gravamen porque apenas alcanzan para cubrir las varias obras como son cañería general para conducir las aguas, dotar maestros de primeras letras, reedificar y hacer varios puentes, dotar el escribano de Ayuntamiento que para la permanencia del actual se habían visto los regidores precisados a cederle el corto salario que cada uno tiene de cuatro ducados, y reedificar las cárceles que hoy ninguna seguridad tienen, y fondos en los Propios. Y finalmente que tampoco parece conveniente el que se ponga corregidor juez de letras pues la misma experiencia manifiesta que el pueblo está bien gobernado con el de capa y espada y aunque los derechos de Asesorías inferen generalmente perjuicio a los que litigan, es tan corto o ninguno en Hellín que desde el año de 79 habían venido a importar las Asesorías 200 reales en cada uno, lo cual era efecto de los pocos pleitos que allí hay, y esto mismo prueba la docilidad y quietud de aquellos vecinos y persuade no ser necesario crear alcalde mayor ni poner corregidor juez de letras.

El Consejo en vista de lo expuesto por el señor fiscal, y por lo que resulta del citado informe de la Chancillería de Granada ha acordado no se haga novedad en la referida villa de Hellín sobre nombramiento de corregidor, y que de esta providencia se pase aviso a la Cámara y a fin de que V.S. lo haga presente en ella se lo participo de acuerdo del Consejo.

Dios guarde a V.S. muchos años. Madrid 26 de octubre de 1787. D. Pedro Escolano de Arrieta a D. Juan Francisco de Lastiri”. (AHN Consejos leg. 13.609).

quien posteriormente pasó a ser alcalde mayor de Cartagena¹³. El regreso de Fernando VII supuso la vuelta a la situación anterior a la contienda a través del decreto de 4 de mayo de 1814, refrendado por el Secretario de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia D. Pedro Macanaz, natural de Hellín y nieto de D. Melchor Rafael Macanaz¹⁴. Pero ese decreto de alguna forma era “imperfecto”, siendo completado y perfeccionado por otros que hacían referencia a instituciones concretas; para el régimen municipal hay que señalar dos: una real cédula de 25 de junio y otra de 30 de julio de 1814. Por la primera se mandaba que continuasen los Ayuntamientos hasta el pleno restablecimiento de los antiguos con dos condiciones: ejercer las competencias tal como pudieron hasta 1808 y borrar de las actas las elecciones constitucionales (también continuarían los jueces de primera instancia y de partido con el nombre de alcaldes mayores o corregidores, se restablecían las Audiencias y Chancillerías según la planta de 1808; extinguía las Diputaciones, volviendo sus funciones a las autoridades a las que pertenecían antes de su establecimiento; y se reservaba el rey proveer para más adelante sobre la libertad de imprenta)¹⁵. Por la segunda¹⁶ se disolvían los Ayuntamientos constitucionales, volviendo al 18 de marzo de 1808; se suprimían los alcaldes ordinarios llamados constitucionales; se restablecían los Ayuntamientos a la planta de 1808; para evitar embarazos e inconvenientes, se ponían en posesión de los empleos a los que los obtuvieron en 1808; la regulación de los corregidores y alcaldes mayores, en el capítulo 6, quedaba así:

“6º. Que por convenir así al servicio de Dios y al mío y al bien de mis pueblos se restablezcan todos los Corregimientos y Alcaldías mayores de Real nominación al ser y estado que tenían en el propio año de 1808, con las mismas facultades en lo gubernativo y contencioso que les estaban declaradas, sin que se les impida el uso y ejercicio de ellas por los Capitanes o Comandantes generales de las provincias, que

13 AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12.

14 Fermín Martín de Balmaseda, *Decretos del Rey Don Fernando VII año primero de su restitución al trono de las Españas* (Madrid: Imprenta Real, 1818), 1-9.

15 Martín de Balmaseda, *Decretos...*, 94-96.

16 Martín de Balmaseda, *Decretos...*, 149-153.

*deberán ceñirse en esta parte a las que les competían a principios del expresado año de 1808*¹⁷.

Hellín volvía a ser un corregimiento de capa y espada de segunda clase o ascenso sin teniente o alcalde mayor.

4. RIVALIDADES EN EL AYUNTAMIENTO

Pese a los deseos del gobierno, no se podían borrar seis años por decreto. Habían sucedido cosas muy importantes en el conjunto de España y en cada uno de sus lugares; pero junto a hechos heroicos y de gran trascendencia, también hubo lugar para las disputas y las cuentas por saldar, y Hellín no fue una excepción. Hay noticias de enfrentamientos entre bandos en el Ayuntamiento en los años previos a la guerra, situación que se agudizó con el conflicto y años posteriores.

Un ejemplo fue el de D. Gerónimo Rodríguez y Rodríguez, teniente retirado de los Reales Ejércitos, al intentar tomar posesión de su oficio de regidor y alcalde mayor honorífico. D. Gerónimo compró el oficio a su hermano D. Francisco por 3.000 reales, mediante escritura dada en Hellín el 6 de julio de 1802 ante el escribano Francisco Antonio Clemente Díaz, con título de 7 de abril de 1808. Según éste no podía votar en los ayuntamientos cuando lo hiciese su primo hermano D. José Rodríguez (conforme a lo resuelto sobre el modo de votar en los ayuntamientos los regidores que tienen parentesco entre si, según Real Orden de 13 de julio de 1790), disfrutando sólo el privilegio y preeminencia de rondar de noche, como lo hacía el alguacil mayor, sin más jurisdicción de hacer la causa esa noche y remitirla a la justicia ordinaria para que la prosiguiese y acabase, con calidad de que por este oficio tuviese antigüedad y precedencia a todos los que entraren en el Ayuntamiento de la entonces villa excepto el alférez mayor y el alguacil mayor y los dos oficios de regidores acrecentados con preeminencias que se habían vendido, pudiendo el

17 Martín de Balmaseda, *Decretos...*, 151.

titular de este oficio entrar y asistir al Ayuntamiento con espadín, así como ejercer la escribanía de millones o su tesorería, con la facultad de nombrar teniente en las ausencias, siendo también un oficio hereditario. A esto se limitaban sus precedencias pese a ser alcalde mayor honorífico (conviene tener presente este oficio, cuando precisamente la conversión que estudiamos tuvo su origen por la petición de crear un oficio de alcalde mayor).

El problema vino cuando intentó tomar posesión el 13 de octubre de 1814 alegando las críticas circunstancias pasadas. El asunto se vio en el ayuntamiento de 7 de noviembre bajo la presidencia de D. Mariano Rodríguez de Vera, alférez mayor perpetuo y regente de la Real Jurisdicción ordinaria por ausencia en comisión del corregidor propietario, entendiéndose que, según la Novísima Recopilación, los títulos de regidores despachados por renuncia de ellos se debían presentar a los concejos dentro del preciso término de 60 días so pena de no poder usar de ellos y de que los perdiesen los que los renunciaron. Al día siguiente el interesado solicitó conocer las causas por las que había sido denegada su admisión. Once meses más tarde, el 12 de octubre de 1815, se volvió a ver el asunto en el ayuntamiento, entonces presidido por el corregidor D. José de Angulo, con los dictámenes de los licenciados D. Fernando Cano y D. Fausto Rodríguez Escobar y el del doctor D. José Rafael Guerrero. Los dos primeros se mostraron contrarios a la admisión. En cambio, el tercero expuso estas razones a favor:

“El Dr. D. José Rafael Guerrero dijo: Que D. Gerónimo Rodríguez debe ser puesto en posesión inmediatamente lo primero porque el oficio de regidor que presenta lo admitió por venta y no por renuncia, y que las leyes del Reino que rigen en la materia terminan solo acortar los abusos que se cometían antes de la promulgación de la última cédula a saber que el renunciante acostumbraba a ejercer su oficio ínterin se habilitaba a la persona en que renunciaba y aún después. Lo segundo porque en el título que se le concedió se le dispensan a sus sucesores de las informalidades prescritas en dicha última real resolución por consiguiente siendo este un privilegio debe extenderse al

D. Gerónimo Rodríguez abundando caso que le comprendiera. Tercero porque las pasadas circunstancias de revolución, irrupciones de enemigos y mutabilidad del gobierno han impedido a cualquiera persona honrada con provisión entrometerse en negocio público y aun cuando desde la venida de Nuestro Augusto monarca el señor D. Fernando VII ha habido tiempo para que lo presentase y parece que cesaron las razones arriba dichas no obstante como militar y labrador no le ha podido perjudicar la ignorancia del Derecho, y su presentación fue hábil y oportuna, y más si se considera el corto trascurso que ha desde mediados de agosto en que se restableció la planta antigua de regidores al mes de octubre en que exhibió su oficio y solicitó la posesión”¹⁸.

Posteriormente se votó, siguiendo la discrepancia, por lo que se acordó consultar al Consejo de Castilla. Mientras, D. Gerónimo, a través de D. Santos del Molino, hizo una representación al Consejo en la que justificaba su tardanza para presentar el título por las desgracias de la revolución y el desorden, llegando a ocultar el título para librarse de la rapacidad de los franceses, y sólo cuando vio restablecido en el trono a su legítimo rey y renovados los antiguos Ayuntamientos por su decreto de agosto de 1814, intentó entonces posesionarse de su oficio, hallando resistencia en el Ayuntamiento por los sesenta días de plazo, alegando entonces las luchas en el municipio:

“No es posible bien penetrados de su justicia los individuos del Ayuntamiento de Hellín pero resisten la entrada de mi principal en él porque temen que su rectitud y justificación deshaga los fraudes y ocultos manejos que se cometen, y más que todo el que promueva la separación de alguno que sin título legítimo y con tachas legales está desempeñando su oficio de regidor. Esta y no otra es la verdadera causa de su resistencia, y por lo mismo el Consejo hecho cargo de esta verdad y de infundada cavilosidad en que fundan aquella, la desestimaré y mandará desde luego poner en posesión de su oficio a mi principal con arreglo a lo decretado por S.M. de 7 de abril de 1808”¹⁹.

18 AHN Consejos leg. 3.172 exp. 16.

19 AHN Consejos leg. 3.172 exp. 16.

Por su parte, el corregidor Angulo envió su informe al Consejo Real el 24 de octubre, del que conviene destacar estos párrafos:

“Esto parece sucede puntualmente en el caso presente fomentando una duda que no la hay y el objeto está claramente descubierto ser el de impedir la entrada en Ayuntamiento a cualquiera persona que pueda detener las ideas y máximas de los que apoderados del mando por las turbaciones pasadas intentan vincularlo para continuar los abusos y desórdenes tan experimentados durante él, sobre que reservo documentos antiguos para acreditarlo cuando convenga pudiendo asegurar a V.A. por experiencia de los que he remediado desde veinte de agosto anterior que tomé posesión del corregimiento que apenas pudieran creerse especialmente en cuando a la administración de justicia, repartos y contribuciones, estando siempre reunidos y conformes en sus dictámenes como lo demuestra el contexto de los acuerdos capitulares y de otros varios que he presenciado.

Para proporcionar algún remedio convendría el ingreso en el Ayuntamiento de personas que no estén adictas a las máximas del mayor número de capitulares y que el D. Gerónimo Rodríguez, por su estado, edad, carrera militar y demás circunstancias pueda llenar aquel objeto en beneficio del pueblo y a su imitación solicitarían tal vez entrar otros que tienen título sin usar por no ser víctimas del despotismo.

Parece debo hablar con esta franqueza y libertad cristiana si he de cumplir con las obligaciones que me imponen mi título, juramento y la instrucción de corregidores que tengo siempre a la vista”²⁰.

Es posible que tuviese ocasión de arrepentirse de este informe, ya que D. Gregorio se unió al grupo de su sobrino D. Manuel, que encabezaba la oposición al corregidor, como tendremos ocasión de comprobar más adelante

Hubo otra reunión del Ayuntamiento el 11 de noviembre de 1815, ya que el Consejo de Castilla pidió información el 30 de octubre, volviendo a quedar dividido entre los favorables a la posesión (D. José Rodríguez y

20 AHN Consejos leg. 3.172 exp. 16.

D. Antonio de Moya) y los contrarios (D. Ramón Núñez Montesinos²¹, alguacil mayor, y D. Pedro Pablo Falcón, regidor). Estos últimos presentaron al Consejo un memorial, por medio de Francisco Meléndez, en el que atacaban despiadadamente a D. Gerónimo Rodríguez, recordando su pasividad en los acontecimientos ocurridos a partir de 1808 (“*se mantuvo siempre pasivo e indiferente sin tomar parte en nada y mirando con la mayor apatía los insultos repetidos que se hicieron al Ayuntamiento, es decir, que prefirió su propia conveniencia a contribuir por su parte a hacer más llevaderas las angustias y penalidades con que tantas veces se vio afligido el pueblo a pesar de los esfuerzos de sus representantes*”, “*desmiente sus derechos con la conducta que ha observado hasta aquí, y si en 1808 renunció el empleo de procurador síndico general por su inutilidad, mal podrá en 1815 desempeñar el de regidor que exige aún más aptitud y disposición para llenar debidamente sus funciones*”).

21 Además de su voto en el Ayuntamiento, el mismo 11 de noviembre D. Ramón Núñez envió otra relación al corregidor avisando de la actitud de D. Gerónimo Rodríguez, en la que, entre otras cosas, decía: “*En el año de mil ochocientos ocho se eligió a D. Gerónimo Rodríguez por procurador síndico general, cuyo destino no admitió, protestando sus achaques, y la imposibilidad de servirlo, y al mismo tiempo trata de habilitar su oficio de regidor, se resiste admitir el primer destino para que lo eligen y está en disposición de entrar a servir el segundo. Pero lo que más llama la atención es la época en que el expresado D. Gerónimo, a pesar de tener su título corriente, se retira a su casa y permanece en su casa como persona privada. Quien se glorié de ser español podrá decir que ha podido desentenderse un momento de la sagrada obligación de conspirar con sus conocimientos, bienes y fortuna a la restitución al trono de nuestro augusto y siempre amado rey D. Fernando VII. Y si esto es un crimen en cualquier buen vasallo, lo será mucho en quien por su título de regidor estaba constituido en la obligación de sacrificarlo todo en obsequio de la justa causa. D. Gerónimo Rodríguez no sirve su oficio de regidor, permanece tranquilo, mientras los demás cumplen con los deberes que le eran a él propios, y en medio de las violentas agitaciones que se han padecido, permanece pasivo, guardando su título, para presentarse en Ayuntamiento al ver restituida la paz y tranquilidad a esfuerzos de los que no han temido presentarse al público a sostener los derechos del más deseado y amado de los reyes. La esperanza de fomentar un partido en unión de su sobrino D. José Rodríguez, actual regidor, más bien por el celo que el D. Gerónimo manifiesta, aparece ser la causa de desear en el día su incorporación en el Ayuntamiento. Que servicios se pueden prometer de un hombre que pasa de sesenta años, habitualmente enfermo y que su vista sola convence de su inutilidad, y lo que es más quien con un espíritu de encono trata de deprimir la opinión de este Ayuntamiento, que solo ha hecho obedecer una ley que en su inteligencia y la de los letrados que ha consultado, previene que el D. Gerónimo no sea admitido sin nueva habilitación de su majestad, cuyo modo de obrar es notoriamente opuesto al carácter pacífico que debe adorar a todo el que haya de defender un empleo público, mucho más en un tiempo en que los Ayuntamientos deben emplearse con todo su esfuerzo en cortar las disensiones que por desgracia se han fomentado en todos los pueblos, y que para su logro carece D. Gerónimo de los conocimientos necesarios como lo evidencia su modo de obrar en este negocio, todo lo cual lo eleva a la justa y sabia autoridad del Real y Supremo Consejo*”. (AHN Consejos leg. 3.172 exp. 16).

A la vista de todo esto, pese a las acusaciones de parcialidad y falta de lealtad del pretendiente, el Consejo resolvió:

“El Ayuntamiento de la villa de Hellín ponga inmediatamente en posesión de su empleo de regidor y alcalde mayor honorífico a D. Gerónimo Rodríguez bajo la multa de mil ducados que se exigirán irremisiblemente a cualquiera persona que se opusiere y al efecto se libre el despacho correspondiente. Madrid veintinueve de marzo de 1816”²².

5. EL EXPEDIENTE DE CONVERSIÓN

5.1. EL INICIO

Una vez cumplido el sexenio por D. Fernando Reinoso, teniente de fragata retirado, que pasó a ser corregidor más tarde en Jerez, la Cámara hizo su propuesta el 27 de febrero de 1815 para el corregimiento de Hellín, regulado en 12.800 reales por sueldo y emolumentos. En primer lugar, aparecía D. Juan Campos Molina, si bien el camarista D. Antonio Villanueva proponía a D. José Zaldívar; en segundo lugar, D. José Angulo, con la propuesta de Villanueva a favor de D. Manuel de Santo Domingo; y, en tercer lugar, D. Fermín García Tejador, prefiriendo Villanueva a D. Joaquín Lumbreras. Fue nombrado D. José de Angulo, quien tomó posesión el 20 de agosto tras algunas prórrogas²³.

El nuevo corregidor era teniente de Marina retirado, teniendo que afrontar muchos procesos y encarar las banderías locales. Es muy posible que su carácter tampoco ayudase mucho a solventar una situación y convivencia complejas²⁴. Lo cierto es que no debió tener mucho éxito, y

22 AHN Consejos leg. 3.172 exp. 16. El despacho (del que hay copia en este expediente) se hizo el 3 de abril.

23 AHN Consejos leg. 13.609. Pese a estar hecho el nombramiento, D. Antonio Pimentel, teniente del regimiento de Trujillo, presentó un memorial el 7 de julio de 1815 pretendiendo el corregimiento de Hellín, avalado por el conde de Montijo, quien confirmaba los hechos de armas del pretendiente.

24 En la sala de gobierno se vio un escrito presentado por D. Santos de Molino el primero de octubre de 1818 en nombre de D. Gerónimo Rodríguez y Rodríguez, D. Pedro del Castillo, D. Juan Batuone, regidores los dos primeros y el último diputado del ayuntamiento, D. Valeriano Perier, D. Ginés Valcárcel, D. Antonio Marín Rodríguez y otros vecinos y hacendados hasta dieciocho. En él se hacían constar los perjuicios que ocasionaba la administración por un juez ignorante del Derecho, que

apenas 15 meses desde su toma de posesión, un destacado vecino presentaba este memorial al Rey:

“Señor: D. Mariano Rodríguez de Vera, alférez mayor y regidor perpetuo de la villa de Hellín, en el Reino de Murcia, sumisamente a V.M. expone: que la expresada villa no tiene otro juez para el despacho de los negocios contenciosos, y para el gobierno económico y político que un corregidor de capa y espada, que aunque con el auxilio de los individuos que componen el Ayuntamiento, puede dar expediente a los asuntos correspondientes a estos dos últimos ramos, sin mayores perjuicios no puede vado a los del primero sin irrogarlos muy considerables. Como esta plaza siempre recae en sujeto no letrado, tiene que asesorarse con los que lo son, y si se acompaña con los de la villa, las relaciones de parentesco, las amistades, y otros respetos hacer perder el equilibrio a la balanza de la justicia, como con dolor se ve frecuentemente, ya porque no aventuran la pérdida de ningún destino, pues que lo tienen, y ya porque aunque sus asesores pasen a la censura de la Real Chancillería de Granada por medio de la apelación de éste, como en todos los tribunales superiores siempre benignos, y muy circunspectos no suele castigar los hierros de los asesores

necesitaba el dictamen de asesores a los que era preciso buscar a grandes distancias, aumentando los dispendios de los litigantes, llegando incluso a abandonar sus derechos por los gastos. Por ello solicitaban un juez de letras que administrase justicia con imparcialidad, rectitud y celeridad como pedían las leyes del Reino, liberando a los pueblos del gravamen de asesorías. Pasaban a describir el carácter del corregidor Angulo a través de nueve incidentes: 1º dos dependientes del resguardo de Murcia, auxiliares del intendente en el cobro de los derechos de la feria de Albacete, fueron insultados por el corregidor porque llevaban armas, sin estar prohibidas, llegando su acaloramiento al exceso de conducirlos el mismo a palos a la cárcel pública, abriéndoles causa, recibiendo más tarde orden del rey para que usase moderación, pero continuó su enfrentamiento con el intendente, por lo que se le amenazó con la pérdida del empleo si reincidía en semejantes excesos. 2º Arbitrariedad en el cobro de las contribuciones, sacando dinero a los pudientes, fomentando los desórdenes, dando lugar a quejas y reclamaciones (¿pudo ser esta actitud en el cobro de la contribución general de 1817 la que hizo que la oligarquía local se lanzase, pese a sus disensiones, contra el corregidor?), por lo que se le llamó la atención por el intendente de Murcia. 3º La actitud contra D. Valeriano Perier como miembro de la Junta de Partido para el cobro de la Contribución General. 4º El poco miramiento a las órdenes superiores del gobernador de sala respecto a una causa contra D. Rafael Guerrero por corta de árboles. 5º No admitió la recusación de un asesor llegando el recurso al gobernador de sala. 6º Formación de causas de poca consideración, haciéndose despreciable y ridículo en sus procedimientos, lejos de hacer respetar su cargo. 7º La parcialidad con que procedió en la recaudación y aplicación de los caudales de las contribuciones con las reclamaciones al intendente de Murcia, intentando extender su autoridad mezclándose en cobranzas que debían estar sólo al cargo de los regidores e impidiéndoles manifestar sus ideas (quizás otro motivo de enfrentamiento con la oligarquía local). 8º Alistamiento de un salitrero, motivando otro enfrentamiento con el intendente. 9º Pese a las órdenes del capitán general de Valencia, Elío, se negó a dar alojamiento al comandante de armas de Hellín. (AHN Consejos leg. 3.172 exp. 16).

a no ser que rebosen una clara ignorancia, o una refinada malicia. Si las partes litigantes recusan a los letrados de la villa, según sucede con frecuencia por la desconfianza que les inducen los motivos que van indicados se tropieza con otro perjuicio de no menor consideración a que tiene que asesorarse el corregidor con letrados de fuera de ella, que los más cercanos están a una distancia de cinco leguas, y sobre tener algunos de ellos sus relaciones en Hellín, los derechos de recusaciones, nombramientos, peonajes y asesorías, prescindiendo del riesgo a que se exponen los procesos, motivan a los interesados crecidos gastos, que ahorrarían creada una plaza de alcalde mayor. Este establecimiento parece indispensable, y conforme a las soberanas intenciones, en la expresada villa, ya por su numerosa población, que se compone de mil y quinientos vecinos, a lo menos, porque con él cesarían todos los perjuicios que van indicados, ya porque tomarían otro aspecto los interesantes ramos de economía y policía, ya porque los asuntos contenciosos llevarían otra marcha muy regular, expedita y económica, y ya porque los propios y arbitrios, ofrecen medios suficientes para su competente dotación, mediante el producto que rinden anualmente regulado por un quinquenio, puede regularse prudentemente en unos cuarenta mil reales, aunque a éste se pagan cuatrocientos ducados anuales al corregidor, seiscientos a los médicos, cincuenta al preceptor de Gramática, y cuatrocientos al escribano de Ayuntamiento, aunque queda un superávit de veinticuatro mil cien reales de fondo, suficiente para la dotación del alcalde mayor, y para otras ocurrencias y atenciones de aquel común de los vecinos, fuera de que en este caso pudieran ahorrarse la dotación del corregidor porque vendría a ser una plaza superflua, y de todos modos siempre parece que debe reducirse la de la escribanía del Ayuntamiento, mediante que aunque fue consignada en el tiempo de las Cortes, carece de la real aprobación, y con los sueldos que disfruta el primero y con el que se debe cercenar al segundo, queda bastante dotación para la Alcaldía mayor y expedito en los mismos términos que se halla todo el sobrante de los fondos de propios y arbitrios, aunque subsista el corregidor, siempre es ventajoso dicho establecimiento, supuesto que el alcalde mayor ha de ser su asesor nato, con lo que se ahorran muchos gastos y daños a los litigantes, y que éste se ha de conducir con justificación y pureza, estimulado del interés de

prosperar en su carrera, cuyo aliciente no puede influir en los letrados del pueblo que tienen allí su arraigo, y no piensan abandonarlo. Estas cortas reflexiones que descansan sobre datos positivos y notorios como lo pueden informar los procuradores síndico general personero, y diputados de aquel común, pero no los regidores por la íntima amistad que tienen con el corregidor, y por la uniformidad con que en todo se conducen, según es público, y como también lo pueden informar todas las justicias de los pueblos de la circunferencia persuaden por si solos y sin necesidad de molestar la alta consideración de V.M. con otras muchas que son obvias, y no resultan a su sabia penetración, la conveniencia, utilidad y necesidad del expresado establecimiento, y que por lo mismo se está en el crítico caso de acceder a él con arreglo al artículo décimo de la Real Cédula de veintiuno de abril de mil setecientos ochenta y tres. Por tanto a V.M. suplica se digne pedir los informes que sean de su real agrado sobre los particulares expuestos, y resultando de ellos su certera en la parte que la servía justificación considerarse bastante, crear una plaza de alcalde mayor en la villa de Hellín, con la dotación que sea de su real agrado sobre el superior de los fondos de propios y arbitrios, o por repartimiento de sus vecinos. Así lo espera del paternal interés que V.M. toma por el bien general de sus pueblos, y por el particular de los vasallos de que se componen. Madrid cinco de noviembre de mil ochocientos dieciséis”²⁵.

El memorial fue remitido con acuerdo de la Cámara de Castilla a la sala de gobierno del Consejo de Castilla para que tomase las providencias convenientes²⁶. Allí se vio el 21 de noviembre, acordando que pasase a la Chancillería de Granada, para que oyendo a la villa de Hellín, y tomando las noticias oportunas, informase al Consejo de lo que se le ofreciere y pareciere en el asunto con la mayor brevedad posible (esto se hizo el 26 de febrero de 1817).

²⁵ AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12.

²⁶ Sobre la tramitación en el Consejo María Isabel Cabrera Bosch, *El Consejo Real de Castilla y la ley* (Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1993).

5.2. LOS INFORMES

La Chancillería se puso en contacto con distintas autoridades pidiendo noticias sobre el particular. Una de ellas fue el alcalde mayor de Jumilla, D. Francisco Javier Morales de los Ríos, quien antes de evacuar su informe pidió testimonio a varias personas el 18 de marzo de 1817, como: D. Jacobo María de Espinosa, capitán retirado²⁷; D. José María Tomar y Soria²⁸, el licenciado D. Francisco Castellanos de Moya²⁹. En base a ello elaboró un informe favorable al establecimiento de juez de letras dos días más tarde³⁰.

27 Juró como militar, poniendo la mano en la espada por Dios y el Rey. Afirmó tener varias fincas en Hellín por lo que eran frecuentes sus desplazamientos a ese lugar. Calculó unos 2.000 vecinos, con unos Propios de consideración capaces de pagar al corregidor 400 ducados, como al escribano del Ayuntamiento, 600 a los dos médicos, y 50 al preceptor de Gramática. Abogaba por un juez de letras “por el entorpecimiento, gastos y perjuicios que se han de originar en los negocios de justicia por el ningún conocimiento que debe tener del Derecho el juez o jueces de capa y espada que hay o haya, por lo que siéndole forzoso valerse de letrados como asesores, si el juez que hubiere fuere letrado se evitaría parcialidades y acepción de personas, despachándose los negocios de justicia y de gobierno por las precisísimas reglas de Derecho”. (AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12).

28 “Que por la intermediación que hay de este pueblo al de Hellín y la relaciones de amistad que en él tiene...Que siempre ha oído quejarse amargamente los vecinos de aquella villa porque los corregidores, como no son letrados, entorpecen los negocios de justicia, y que en las asesorías se les ocasionan considerables gastos, y que en los de gobierno obran por una arbitrariedad, sin ceñirse a otras reglas que a su capricho...Y últimamente que según el estado en que se halla y el que estaría si hubiere en ella un juez de letras, por todo le sería utilísimo a aquel vecindario lo hubiere, considerando en este caso superfluo el corregidor de capa y espada, y de una precisa necesidad el establecimiento de un juez de letras”. (AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12).

29 “A ninguna persona sensata se le pueden oscurecer los perjuicios que se irrogan a las partes cuando un punto litigioso se sigue por lo general por un escribano que mira cualquier negocio con distinto aspecto, como que no tiene responsabilidad personal, y cuando debe poner su providencia fundada en Derecho por necesidad se ha de valer de un letrado asesor el que no debe mirar sus providencias con el interés personal si fuera juez, este caso por una necesidad está ocurriendo con frecuencia en la villa de Hellín, y forzosamente se han de seguir aquellos naturales perjuicios incalculables, y aunque en el ramo político y gubernativo se den providencias, siempre serán ceñidas a la luz natural, pero por un juez que no siendo letrado carece de los principios de equidad y justicia tan necesarios para la recta administración de ella en todas circunstancias...Y últimamente puede y debe asegurar que es tan ventajoso como necesario se ponga en la dicha villa un juez letrado según el estado actual de ella y su población de más de mil seiscientos vecinos”. (AHN Consejos 3.412 exp. 12).

30 “Para dar cumplimiento a la orden de V.A. que se me ha comunicado por D. Mariano de Santos, secretario interino del Real Acuerdo, con fecha siete del presente en la está inserta una orden del Real y Supremo Consejo de Castilla en vista de una representación hecha a la Cámara por D. Mariano Rodríguez de Vera, alférez mayor y regidor perpetuo de la villa de Hellín, en la que solicita se sirva S.M. crear en ella una vara de alcalde mayor o juez letrado, debiendo hacerlo con justificación y no pudiendo de otro modo que por la deposición de testigos de toda imparcialidad, buena fe y conocimientos tantos en los negocios como en la referida villa, me he valido de los que anteceden, y de sus dichos resulta ser cierto cuanto expone el D. Mariano Rodríguez, y de absoluta necesidad crear en la referida villa un juez letrado, pues en este modo cesarán los perjuicios y tendrán aquellos vecinos la recta administración de justicia que desean y los fondos de propios no sufren mayores desfalcos, respecto de ser tan crecidos.

Por su parte, el alcalde mayor de Tobarra, D. Antonio Roca y Bayot, solicitó información al corregidor de Hellín el 27 de marzo³¹. El corregidor de Hellín dictó un auto ese mismo día para dar satisfacción al alcalde mayor de Tobarra³², ordenando que el escribano público Francisco Ruiz Sánchez respondiese a las cuestiones planteadas. Éste afirmó, de acuerdo al empadronamiento general de vecinos de 1816, el 29 de marzo, que

V.A. tendrá presente la Real Cédula de veintiuno de abril de mil setecientos ochenta y tres para el nuevo método en la provisión de corregimientos y alcaldías mayores presente a V.A. los capítulos octavo y décimo, en el primero se dice que la Cámara puede consultar en los corregimientos como el de Hellín indistintamente letrados y caballeros de capa y espada; en el segundo que el Consejo entienda en proponer los pueblos en que convenga la creación de alcaldía mayores. Pero como en el de Hellín hay sólo un corregidor de capa y espada, aunque pueda haberlo letrado, cuando esto no se verifique, forzosamente los vecinos deben sufrir retrasos y perjuicios en la administración de justicia. Y para evitarlos, encuentro, estamos en el caso del artículo décimo de dicha Real Cédula por la necesidad de un juez letrado en Hellín, y aunque se podría crear como asesor nato del corregidor, dotándolo, cercenado la consignación de propios hecha por aquel escribano, y del sobrante de ellos, o por un repartimiento a los vecinos. Considero por un respeto que en la villa de Hellín, sin embargo de las dotaciones de corregidor y alcalde mayor, no puede haber negocios para la decente manutención de éstos, a pesar de su vecindario. Por otro que en el corregidor y el alcalde mayor no puede haber la unión que entre sí debe tener. Por otro que a los vecinos se les causará mayores gastos en las providencias asesoradas. Y por otro que a los juicios verbales las providencias del corregidor deberán ser sin ceñirse a las leyes igualmente que en las disposiciones de policía, fundándolas todas solo en su arbitrariedad, a manera de los alcaldes ordinarios, como con dolor lo estoy experimentando.

En vista de estas reflexiones, y otras muchas que podría hacer y dejo a la sabia penetración de V.A., veo que aunque en la villa de Hellín es de absoluta necesidad crear un nuevo alcalde mayor, es de mayor haya en ella un solo juez letrado con la dotación de los cuatrocientos ducados que disfruta el de capa y espada que hay, completándose según se manda en la ya citada Real Cédula, bien cercenándose la dotación del escribano, bien del sobrante de propios respecto a ser de consideración, o bien por un repartimiento al vecindario, pues aunque tenga este nuevo impuesto no se pueden comparar con él los perjuicios que forzosamente ha de experimentar. Jumilla 20 de marzo de 1817". (AHN Consejos 3.172 exp. 16).

31 Pedía conocer la cantidad de los Propios y Arbitrios, con las cargas y reglamento; número de vecinos en base al empadronamiento, expresando la extensión del término y jurisdicción; si el corregidor, además de la jurisdicción ordinaria, tenía otras subdelegaciones señalando los pueblos que comprendía; número de expedientes tanto civiles como criminales que se estaban tramitando desde 1815, con nombre del asesor y distancia de su vecindad respecto a Hellín, costes de esas asesorías. (AHN Consejos 3.412 exp. 12).

32 En él aparecía "*D. José de Angulo corregidor político, justicia mayor y capitán de guerra por S.M. de ella y su partido, juez protector subdelegado de las reales minas de azufre de este término, de la caballería del Reino y de los montes y plantíos y sementeras de la expresada villa y pueblos agregados*". Justificaba que se daría noticia por el escribano sin anuencia de individuos de Junta alguna con copia de las cuentas de Propios y Arbitrios de los años diez, once, y no doce y trece por no haber vecinos ganaderos ni transeúntes que ocupasen las dehesas, principal ingreso de esas remesas, y quedar en el trece por orden de las Cortes a favor de los dueños territoriales; así las cuentas a presentar serían de los años 10, 11, 14, 15 y 16. También explicaría el escribano cómo su padre Francisco Ruiz obtuvo del Consejo de Castilla el salario de 400 ducados, igual cantidad que el corregidor. Daría noticia del empadronamiento del vecindario de 1816, y de la extensión, jurisdicción y subdelegaciones agregadas al corregimiento. (AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12).

Hellín con sus anejos partidos (Barajas, Molinos, Isso, su Prado, Agra, Camarillas, Cancarix, Minateda y Rincón) tenía 1741 vecinos. Certificaba:

“Que habiendo reconocido más diligencias practicadas por peritos inteligentes en dieciocho de noviembre de mil setecientos cincuenta y cinco ante la Junta de esta dicha villa, en uno de sus particulares en que se identifica el término de esta villa, se expresa en este que ocupará este término de levante a poniente cinco leguas, de norte a sur dos y media de circunferencia, y que por lo penoso de su terreno se andarían en dieciocho horas; que linda por levante con la villa de Cieza y Jumilla, y lo divide un mojón de cal y canto, siguiendo a la Sierra que llaman del Picacho del Puente, de allí a la Sierra Cabeza de tienda, desde ésta al Collado de las Dos Hermanas, al de la Casa de Montesinos donde entra el norte, siguiendo la Cueva Negra hasta llegar al mojón de la Huesa, lindando con los términos de Albatana y Jumilla, y desde allí al Cerro del Castellón que divide los términos de Tobarra y el mismo Albatana, desde éste al de Fuente García hasta el Collado del Gallo, siguiendo al Cerro de las Cruces que divide los términos del mismo Tobarra, Albacete y Las Peñas, de allí al Pozo de la Higuera por donde entra el poniente, lindando con el término de Liétor, de allí al Cerro que llaman de Ruy Sánchez, desde éste a la Sierra de Peña Lavada, desde ésta a la Cañada del Judío y lo divide el término de Socovos por donde entra el sur, lindando con el término de Moratalla que lo divide el río Segura hasta llegar a la Casa de Perales, que lo divide también el término de Calasparra, desde allí a la Sierra de Cabeza del Asno, Puerto de la Mala Mujer, término de Cieza, su figura la del margen”.

En cuanto a la jurisdicción del corregidor:

“Doy fe que habiendo reconocido varios documentos, por ellos se acredita que los caballeros corregidores de esta villa son y han sido jueces protectores subdelegados de las Reales Minas de Azufre que en esta jurisdicción se administran de cuenta de la Real Hacienda (y según se me ha manifestado por el presente señor corregidor, y tengo entendido por los anteriores hasta D. José Gabriel del Águila, que tomó posesión en el año de mil setecientos noventa y ocho que han

gozado de renta anual de cincuenta ducados, y que el señor corregidor no ha recibido hasta el día cosa alguna por dicho sueldo). Que también lo es el actual señor corregidor y sus señores excorregidores que le antecedieron D. José Gabriel del Águila y D. Fernando Reinoso subdelegados de los ramos de caballería del Reino y de Montes y Plantíos, a cuyas subdelegaciones en la primera se hallan agregadas las villas de Tobarra, Ontur, Albatana, Agramón y Jumilla; y a la segunda, que es la de Montes, en el día las mismas villas de Agramón, Ontur y Albatana, y las de Montealegre, Alpera y Carcelén. Que dichos montes no son dependientes de la Intendencia de Marina, de las que y por ellas no se goza de renta ni salario alguno y de emolumentos, sino en el caso que haya multas y condenaciones. Y remitiéndome a los documentos de ambos ramos en diez años no he encontrado causas en que hayan resultado multas ni condenaciones, y por lo mismo no ha habido ingreso alguno. No siéndome posible dar cálculo alguno aproximado de los ingresos que tenga la vara por estos ramos más que el que llevo expresado”³³.

En base a estos y otros datos el alcalde mayor elaboró su informe para la Chancillería, advirtiendo que

“de las diligencias que en su virtud se han obrado, aparece que tanto por la confusión de unas, cuanto por haberse omitido otras no presta el expediente los debidos conocimientos”, dando por ello “sobrados motivos” para dar por ciertos los señalados en la representación de Rodríguez de Vera. Así “sea la primera reflexión el haberse formado quinquenio por el último de ochocientos diez a ochocientos dieciséis para depurar el sobrante del caudal de los Propios y Arbitrios de Hellín. En este quinquenio como que por la destrucción de ganados, casi general, con el motivo de la guerra desoladora que hemos sufrido, no ha habido particularmente en esta provincia vecinos ni forasteros que pasten las dehesas, de aquí es el poco ingreso de caudales que han tenido los Propios, en donde entra su importe a que se agrega la baja y alcance en contra de los derechos caudales que resulta y forzosamente debe resultar, así por la razón apuntada, como por la ninguna entrada que hubo en el año de trece y cortísima del año de doce, como

33 AHN Consejos leg 3.412 exp. 12.

se evidencia del auto levantado por el corregidor de Hellín a virtud del oficio que le pasé, y en el que expresamente manda que el testimonio que le reclamaba, se librare sin intervención de la Junta de Propios, como yo pedía, con el fin de evitar el inconveniente que se toca de haberse librado por el último quinquenio, que necesariamente debe ser el más bajo por las reflexiones anteriores, a que se agrega la observación que se hace en las cuentas del año dieciséis, pues ya aparece de ellas que por el ramo de pastos ingresaron en Propios cuarenta y un mil trescientos sesenta y ocho reales y veintidós maravedís...”

Destaca la omisión por el corregidor de los testimonios solicitados sobre asesorías, pero como hechos públicos

“son frecuentes las remesas de autos con dicho objeto a Murcia, Moratalla, Chinchilla, Peñas de San Pedro, Jumilla; distando el primer pueblo de Hellín quince leguas, el segundo nueve, el tercer seis, y los dos últimos cinco, siguiéndose de aquí los crecidos desembolsos de las partes en el pago de Propios, quienes con sus detenciones entre tanto que los autos se ven por el asesor, o por no encontrar a éste y otros accidentes que frecuentemente ocurren, perciben por lo regular dos terceras partes más que el importe de los proveídos. Estos hechos constan a V.A. como y también la suma considerable a que ascienden los derechos de vistas repetidas por las recusaciones, que se hacen coste en conducir los expedientes a otra parte, si los asesores se excusan, y lo peor de todo, es el atraso que se experimenta en los negocios cuyo breve curso está tan recomendado por las leyes, y lo expuesto que están los expedientes a perderse, ya por un descuido de los propios conductores, y ya por ser éstos acometidos por las partes que se presumen agraviadas, salteadas u otro cualquiera accidente de semejante naturaleza, en cuyos casos tal vez no esté segura la vida del conductor”³⁴.

34 No obstante, por un escrito posterior, con fecha de 20 de junio de 1818, encabezado por D. Gerónimo Rodríguez y Rodríguez con otros firmantes, se afirmaba “que en la mayor parte y casi en todos los negocios contenciosos que se giran en este juzgado han sido asesores D. Miguel Caspe y D. Antonio Arnao de Murcia; D. Marcos Cañavate y Velasco en Moratalla; D. Juan José Salas de Chinchilla; D. Juan de Oñate y Alfaro y D. Manuel Rodríguez de Vera de las Peñas; D. Francisco Javier de los Ríos y D. Miguel de Roda y Caro de Jumilla, sin otros muchos distantes de esta población

Considerando por todo que:

“Los vecinos de Hellín, y principalmente los sujetos pudientes y de principal rango, consta de público y notorio, en toda la circunferencia, que no observan entre sí la mejor armonía, pues divididos en partidos, aun los mismos individuos que componen el Ayuntamiento, no pueden atender a tratar ni proporcionar al público las debidas ventajas, y cuya verdad consta a V.A. por los diferentes recursos que se han seguido, y siguen en ese superior Tribunal, en cuyo estado de división, y para evitar su fomento, y que pueda producir fatales consecuencias, sería muy conveniente el que se crease una plaza de alcalde mayor, que estando al lado del corregidor, cuya instrucción y conocimientos, por la cualidad de lego, puede ser la suficiente para cortar de raíz la fermentación que se experimenta, pudiese con su ilustración estar a la mira de pronto en cualquier caso que ocurriese, pues a V.A. le consta muy bien que un mal que en su principio no se corta suele hacerse incurable, y no parece conforme el que se mire con indiferencia la suerte de un pueblo de la consideración de Hellín, ni la fatal que pueda seguirse a algunos sujetos en particular, mayormente estando prevenido por las leyes y principalmente por la Instrucción de Corregidores, que los jueces en todos los casos que lo permitan, deben valerse de reflexiones paternales y amigables, para cortar los litigios y no fomentar disgustos, dedicándose y empleando sus desvelos en conservar la paz, haciéndose al mismo tiempo de respetar y querer de sus súbditos.

Por las consideraciones anteriormente hechas, y partiendo que debe resultar un sobrante de Propios suficiente para dotar competentemente la vara de un alcalde mayor...considero por de absoluta necesidad la creación de una vara de alcalde mayor en la villa de Hellín, y a ser con el fin de que sirva como asesor nato del corregidor, o en términos que S.M. tenga por conveniente, a quien y a V.A. como sabio y recto Tribunal, someto todos los particulares de este informe, para que haga el uso que le parezca correspondiente, y advirtiendo de que he oído inestructivamente al Ayuntamiento de Hellín, por cuanto he presumido fundadamente que no se mandarían su reunión, como no

cinco, seis, nueve y catorce leguas con expresión de que los autos que se han conducido por Propios ganan grandes cantidades de dinero”. (AHN Conejos leg. 3.412 exp. 12).

*se hizo con la Junta de Propios. Que es cuanto puedo informar a V.A. y por ello lo firmo en Tobarra y abril tres de mil ochocientos diecisiete*³⁵.

Por su parte, el licenciado D. Antonio Rodríguez Escobar, abogado de los Reales Consejos, alcalde mayor de Liétor, capitán de guerra y subdelegado de sus montes y plantíos, quien había estado en comisión en las villas de Cotillas y Villaverde, tuvo noticia de la petición de informe de la Chancillería de Granada por el regente de la jurisdicción real ordinaria en su ausencia, el conde de las Navas de Amores, el 3 de abril. D. Antonio también solicitó una información similar al corregidor de Hellín a la que hizo el alcalde mayor de Tobarra. D. José de Angulo excusó su demora por estar dedicado al exterminio y aprensión de malhechores, especialmente de la Partida de los Niños de Écija. Finalmente, el 23 de abril, el alcalde mayor emitió su informe desde Liétor favorable al establecimiento de un juez de letras en Hellín³⁶.

35 AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12.

36 Advertía que tenía conocimiento desde hacía tiempo de la situación de Hellín por haber sido su residencia anterior otra localidad cercana, Elche de la Sierra, con estudio abierto. Consideraba que la población rondaba los 2.000 vecinos pese al padrón en el que sólo aparecían 1.741, al no incluirse viudas, pobres y jornaleros, *“pudiendo considerarse por una de las poblaciones más productivas y florecientes, tanto en el ramo de agricultura como de comercio, además de ser continuado paso y carrera sobre ser así influye a que sus negocios se multipliquen con exceso y demasia, y por lo tanto es conveniente y de utilidad un juez de letras, el que uniformando sus ideas a los conocimientos de las leyes, sus decisiones sean conformes a estos y a los principios del Derecho y Justicia, mayormente cuando el pueblo de Hellín se halla convertido en facciones y partidos, de que se origina la destrucción tanto del honor como de las haciendas y bienes de varios vecinos de todas clases; pero como su gobierno consista un corregidor de capa y espada y sin la instrucción que se requiere y además de ser un genio bastante acalorado, y que acaba de experimentar los disgustos de sus desacertadas providencias, no es de inferir llegue el caso de establecerse la tranquilidad, y que calme el fuego de la discordia las providencias de prudencia y arregladas y por el orden de las leyes, y sin precipitación como puede hacerlo un juez de letras”*.

También señalaba el perjuicio de asesorías es evidente, mayormente cuando el corregidor por ideas y sostener sus providencias, se vale de asesores a la larga distancia de seis, ocho, doce y catorce leguas, como son en la ciudad de Murcia, Jumilla, Chinchilla y otros pueblos, de forma que después de los crecidos derechos que se le exigen a los litigantes por aquellas, se les aumenta en tener que abonar a los propios y conductores su trabajo, tanto en ida como en vuelta, como por su detención hasta ser despachados, por lo que tienen que abandonar sus litigios por más justos que sean o experimentar los perjuicios que a veces causan su total ruina, y aunque en la villa de Hellín existen cuatro o cinco letrados, y en la de Tobarra que se halla inmediata algunos otros con un alcalde mayor, son muchas las recusaciones y los derechos de vista que por cada uno se exige y siempre es motivo e iguales o mayores costeos y perjuicios.

Consideraba que los Propios y Arbitrios de la villa bien administrados eran suficientes para costear las dos autoridades. Además, el establecimiento de un juez de letras estaría de acuerdo con la Real Cédula de 1783 recogida en la Novísima Recopilación. (AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12).

Casi un mes antes, el 29 de marzo de 1817, el antiguo fiscal del Consejo de Castilla D. Francisco de Soria y Soria³⁷, natural de Hellín, donde

37 El 4 de octubre dirigió dos memoriales al rey solicitando la confirmación de su pensión. Uno es más extenso, dando cumplida cuenta de su vida:

“Señor

D. Francisco de Soria y Soria, residente en la villa de Hellín, Reino de Murcia, se ve en la sensible resolución de molestar la soberana comprensión de V.M. exponiendo, que colocado por el Augusto abuelo de V.M. en la Secretaría del Despacho Universal de la Real Hacienda de oficial segundo, pasó muy luego a primero, despachando los graves asuntos que ocurrieron a satisfacción de S.M. y del mismo conde de Lerena, su jefe y general, hasta que trasladado por Decreto del augusto padre de V.M. a la Fiscalía del Consejo Real y de la Cámara, continuó sus servicios con aprobación del Consejo y satisfacción harto general de que existen varios documentos en el archivo del mismo tribunal y escribanías de Cámara.

En el año 1792 fue exonerado de la Fiscalía sin hacerle el menor cargo, aunque en medio de la severidad que experimentaron varios ministros en aquella época, se distinguió al exponente, pues cuando a muchos se les envió a castillos y a otros destinos, se le mandó únicamente venirse a la villa de Hellín su patria con dos mil ducados de sueldo anuales, tercera parte que disfrutaba por fiscal del Consejo y Cámara, y cobró por tesorería general hasta el año de 1808, manifestando indirectamente no tener demérito alguno en su conducta y servicios, pero si haber merecido notable distinción y aprecio del primer Secretario de Estado conde de Floridablanca que acababa de exonerarse, por cuya mano y propuesta fue colocado en la plaza del Consejo.

Cuando V.M. subió al trono demostró que la separación de los ministros y otros dependientes podía haberse procedido más por política que por cargo o culpa en que hubiesen incurrido y mandó pudiesen volver a ocupar sus plazas todos los que habían sido sin formación de causa como lo fue el suplicante, que no pudo como otros usar de esta indulgencia porque muy en breve se ausentó V.M. del Reino y subsiguieron los excesos y escenas que no deben recordarse.

En el reciente decreto que al feliz regreso de V.M. se dignó expedir en Valencia, recuerda oportunamente aquella resolución, y en uso de ella se hallan en los primeros empleos del gobierno varios ministros separados al tiempo que el suplicante aunque con más rigor en los procedimientos.

Podría el exponente, Señor, recurrir a V.M. con la segura confianza de obtener igual gracia, pero haría agravio a su real beneficencia y faltaría a su conciencia y honor solicitando una plaza que no puede servir con la actividad y exactitud que pide el estado de las cosas que exigen una regeneración universal en los diferentes ramos de gobierno, y que a serle asequible sacrificaría con gusto los cortos días que pueden restarle de vida, como lo practicó en los destinos anteriores que lo permitía el estado de su salud decaída por el tiempo y más por los infortunios, pérdidas y perjuicios que ha sufrido en las ocurrencias pasadas.

Por efecto de ellas ha quedado reducido a un estado que no podría explicar sin abusar de la clemencia de V.M. a cuyas puertas debe clamar con el honor que justamente adquirió en servicio de la Patria y atender a su precisa subsistencia, que a poder conseguirla de otro modo excusaría molestar la atención de V.M. constándole el estado del Erario y sus obligaciones. Por tanto:

A V.M. rendidamente suplica se digne mandar expedirle la Real Cédula correspondiente de jubilación de la plaza del Consejo, con los honores que le son consiguientes y los dos mil ducados de sueldo que le reservó el augusto padre de V.M., satisfaciéndole las mesadas vencidas en la Administración de Rentas de esta villa, como lo espera todo de la inimitable bondad de V.M., a cuyos pies se ofrece con los más vivos sentimientos de gratitud y respeto, y la obligación de dirigir sus votos al cielo por la prosperidad y acierto de V.M. Hellín 4 de octubre de 1814”.

La jubilación le fue concedida con la tercera parte de su sueldo el 16 de octubre, y se dio noticia a Hacienda el 18 de marzo de 1815”.

D. Francisco de Soria escribió también el 4 de octubre al Secretario de Estado y del Despacho de Justicia, D. Pedro Macanaz, interesándole por el asunto (AHN FFCC Ministerio de Justicia leg. 4684-1 exp. 6251). Este Macanaz era nieto del famoso D. Melchor Rafael de Macanaz. Igualmente era natural de Hellín, donde acabó sus días. Como Soria, era otra criatura de Floridablanca. Empezó a servir en la Secretaría del Despacho de Estado. Floridablanca mantuvo relaciones familiares con Hellín, su hermana Manuela Moñino Redondo contrajo matrimonio con un vecino de esta localidad,

residía, emitió este informe, que adelanta la solución final de este expediente:

“Por la orden de V.S. de siete de este mes, veo la memoria y confianza que he merecido al Real Acuerdo (para mi siempre apreciable) de que informe sobre la representación adjunta, de que se nombre Alcalde Mayor en este pueblo, cuya solicitud además de las razones que se expresan y son constantes y acreditadas por la experiencia, tienen a su favor la autoridad de la Ley 29 Título 11 libro 7 de la Novísima Recopilación, en cuyo artículo 10 se indicó la necesidad del establecimiento de Alcalde Mayor para evitar el gravamen de asesorías.

Dirigido aquel Real Decreto al Consejo para su ejecución hallo en las primeras diligencias de la instrucción del expediente (por certificación de la Contaduría General de Propios y Arbitrios del Reino) que los de este pueblo no podían sufragar la dotación de ambos jueces y demás cargas, debiendo ser la de mil ducados anuales cada uno, conforme al artículo 1º de la misma ley, lo que también se repitió en resoluciones posteriores, de que se formó la Ley 30 siguiente y expresa su artículo 13, y no pudiendo extraerse la consignación del fondo de Real Hacienda, habría de recurrirse al repartimiento vecinal, siempre gravoso a los pueblos.

concretamente con Carlos Salinas y Moreno, hermano de Antonio Salinas, obispo de Tortosa quien además de sus cualidades piadosas debió contar con el influjo familiar. Fruto de aquel matrimonio nacieron: Antonio Salinas y Moñino, sumiller de cortina, y Francisco Salinas Moñino, caballero de Santiago, teniente general y consejero de Guerra, embajador en Marruecos, Florencia y Viena, casado con María Josefa González de Guiral, con quien tuvo a Manuela Salinas González de Guiral quien contrajo nupcias con el hellinero Mariano Rodríguez de Vera y López Guerrero, autor del memorial que dio lugar al expediente que estamos comentado (Mariano tuvo un hermano llamado Francisco Javier que fue Ministro interino de Guerra entre el 26 de noviembre de 1836 y el 28 de febrero de 1837, siendo un liberal progresista; un primo hermano suyo fue el brigadier de la Armada D. José María Salazar y Rodríguez de Vera, jefe del Apostadero de Montevideo en el momento del levantamiento de Buenos Aires teniendo una actividad destacada; estos datos en Dionisio Antonio Perona Tomás *Noticias familiares y breve semblanza del brigadier José María Salazar* (Hellín: Ediciones Illinum El Diario, 2001).

Hay referencias a Soria en: Pere Molas Ribalta, *Los magistrados de la Ilustración* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), 107; Santos M. Coronas González, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el Siglo XVIII* (Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas, 1992), 254 y 260. Sobre Pedro Macanaz: Juan Francisco Lasso Gaité, *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica (1714-1981)* (Madrid: s. l., 1984), 53; Beatriz Badorrey Martín, *Los orígenes del Ministerio de Asuntos Exteriores (1714-1808)* (Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores Secretaría General Técnica, 1999), 499; Jacobo Serra Martínez, “Noticias y documentos sobre D. Pedro Macanaz”, En *Publicaciones del Seminario de Historia y Arqueología de Albacete* (Albacete: Imprenta Provincial, 1962), 121-134.

El medio de combinar ambos objetos, parecía fácil erigiéndolo en corregimiento de letras, pues se evitaban las asesorías con sola una dotación; pero había el inconveniente por la necesidad de conservarlo como premio del mérito de los empleados en la carrera política y militar, aunque éstos podrán aspirar a destinos decorosos en otros ramos del servicio y no impedir el beneficio público.

El expediente quedó suspenso y el corregidor de capa y espada que había en Hellín permaneció en Hellín, hasta que por su fallecimiento procedió la Cámara sin esperar ya resolución del Consejo en los puntos de erección y dotación, cuya ejecución se le había confiado a consultar el corregimiento.

Mas no recayó la elección en alguno de los propuestos porque habiendo S.M. prohibido el regreso a América del teniente coronel D. Gabriel Ugarte y Gallegos, mandó darle en la Península destino correspondiente a su clase, y fue el corregimiento vacante en Hellín, que habiéndolo servido el tiempo señalado, fueron nombrados para él sucesivamente dos oficiales de Marina sin consulta de la Cámara, según los mismos expresaron, y al sexenio siguiente eligió la Regencia del Reino a D. José Luis Mira, en el día alcalde mayor de Cartagena, en cuya ausencia ha sido electo el actual corregidor D. José Angulo, teniente de la Real Armada, que sirve año y medio.

La regulación del producto de los Propios, que expresa la representación está proporcionada, pero diminuta la expresión de las cargas, pues gozando por reglamento setecientos ducados el corregidor, dota cuatrocientos y omite los doscientos anuales del cirujano titular, el 17% para el crédito público, manutención de niños expósitos; pago de los animales nocivos que se matan; alimento de reos pobres; correspondencia de oficio; festividades y otros gastos de dotación fija, sin contar los extraordinarios, que todo absorbe el producto del ingreso, y aun queda empeñado el fondo, como lo está actualmente de modo que solo puede extraerse de él la dotación al corregidor, reducida setecientos ducados, regulándole trescientos anuales por el producto de poyo y juzgado, que debe tenerse en consideración según el artículo primero de la citada ley 29 para el cómputo de los mil ducados como corregimiento de primera entrada, y en el concepto de ser solo un juez de letras, que es el medio que parece indispensable adoptar,

agregando el corregimiento en su vacante a dicha clase, elevando S.M. para esta variación todas las consideraciones que ofrecen las circunstancias, no pudiendo para el establecimiento de Alcalde Mayor sufrir un repartimiento los vecinos, arruinados por las extraordinarias contribuciones a que obligaron las ocurrencias pasadas y esterilidad de los años, habiendo cerrado muchas labores, y si continúa la falta de lluvias, se cerrarán en éste las demás, con suma decadencia de la agricultura.

Se exige aquí un arbitrio de un cuarto en cada libra de carne, aceite y jabón que se vende y destina al fondo de contribuciones ordinarias, rebajando al vecindario lo que importa su producto del encabezamiento o cupo de ella, y si se emplease en la dotación de setecientos ducados al Alcalde Mayor, habría que aumentarlos en el repartimiento vecinal, que es lo que trata de evitarse para no acelerar la ruina del pueblo, no pudiendo escogitar arbitrio alguno soportable para aquel objeto, en el caso de haber de llevarse a efecto la disposición de la ley de mantener dos jueces.

He manifestado todo lo que alcanzo en el asunto, y el Acuerdo con su mayor discernimiento podrá combinar cuanto conduzca a su resolución, que será como siempre la más acertada.

*Dios guarde a V.S. muchos años como deseo. Hellín 29 de marzo de 1817. Francisco de Soria a Sr. D. Mariano José de Santos*³⁸.

El Ayuntamiento de Hellín envió su informe casi tres meses más tarde, manifestándose a favor del establecimiento del juez letrado y confirmando el incremento de los Propios una vez que había aumentando el ganado tras la guerra³⁹.

38 AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12.

39 "M.P.S.

El Ilustre Ayuntamiento de esta villa, con su Procurador Síndico General (José María Buitrago y Marín), en vista del despacho de V.A. expedido en veintitrés de mayo próximo, y comunicado en veintisiete del mismo del cual no se ha dado cuenta por el señor corregidor presidente hasta el diecinueve del que rige, informa: Que la solicitud de D. Mariano Rodríguez de Vera, que va por cabeza del citado documento, es justa y prudente, aun cuando en la referencia de los hechos contenga algunas equivocaciones. Siendo indudable el singular beneficio que a la villa resultaría de ser gobernada por un juez letrado, que reuniendo los conocimientos de la legislación y de la política la llevase al grado de prosperidad a que convidan su situación topográfica, sus fáciles avenidas, sus huertas y campiñas, sus montes y la ilustración de sus vecinos. Éstos según el testimonio del folio 7º ascienden a mil setecientos cuarenta y siete, y de ello se deduce la necesidad absoluta de reparar los peligros de una administración

arbitraría, como la ejercen ordinariamente todos los jueces legos, que por no conocer las leyes no las respetan. Los negocios que se agitan a consecuencia del recíproco choque de las pasiones y de los intereses de tantos son muchos, y en su decisión bien sea verbal o escrita se tocan inconvenientes y escollos muy funestos. Si la cantidad que en ellos se versa es de corta entidad se oyen y determinan sin asesor, y de aquí resultan diariamente injusticias notorias porque en dichos juicios aunque se ventilen pequeños intereses, juegan delicados puntos de Derecho que le son desconocidos. Si su gravedad es tal que admite las fórmulas procesales, cuesta cuadruplicados derechos su seguimiento por la necesidad de asesorar las providencias, y si éstas se dirigen a letrados distantes de la población ocho, nueve y catorce leguas, como el señor corregidor actual ha tenido la costumbre (sin deslucir el cabildo la justa causa de ello) se hacen exorbitantes los dispendios, pues los Propios se llevan en sus jornales una crecida cantidad fuera de la que se invierte en el pago de asesorados. Si a esto se añade la confusión y el desorden que se engendra en los procesos, con la multiplicación de actuaciones que producen las vagas recusaciones de abogados que a las partes les son permitidas, las excusas justas o maliciosas de otros, y los nuevos nombramientos se presenta un nuevo fundamento para que se provea este corregimiento en juez de letras que dirija las causas con el orden, sencillez y equidad posibles. De estos extremos no puede ofrecer el Ayuntamiento justificación porque el citado corregidor ha denegado los testimonios que se le solicitaban en el escrito de que acompaña a V.A. copia fehaciente, pero se persuade el concejo que es innecesaria porque se puede acreditar en todo tiempo que cada proceso es un simulacro vivo de esta monstruosidad, prescindiendo de que el contexto de la negativa del juzgado inserta en la providencia que recayó sobre el pedimento comprueba esta verdad. Además de lo expuesto no puede menos el Ayuntamiento de hacer presente a V.A. que un juez militar acostumbrado a la severidad de la Ordenanza, indispensable en los Ejércitos, ignora ordinariamente la diferencia de la disciplina del soldado y la del paisano constituido en sociedad, y confundiéndolas en su mente, se atropella y acalora en sus procedimientos causando los males más enormes. De estas experiencias funestas ha tenido conocimiento el cabildo en todos tiempos por experiencia propia y fama pública, y en los presentes ha visto con disgusto los excesos de denegarles a regidores y diputados la palabra, de prohibirles las discusiones confidenciales necesarias a la justa deliberación y de fulminarlos con frívolos pretextos, causas que por fortuna no han tenido trascendencia. Hechos tales que juntos a los irremediables arriba indicados claman la necesidad perentoria de variar la administración de justicia danto término a estos perjuicios. Mas sin embargo de todo, conoce el Ayuntamiento que esta villa no puede sostener perpetuamente dos autoridades porque el estado de sus fondos públicos sólo podrá subvenir a la decente manutención de una, según lo demuestra el extracto de entradas y salidas legítimas que se ha formado con la posible exactitud y se eleva a V.A. para la mayor claridad, y para subsanar los vicios que contienen los testimonios librados por el escribano en los cuales se insertan varias partidas de data que unas son ilegales y han merecido la tacha y otros son excesivas, y deben disminuirse por la cesación de circunstancias. Y de todo ello resulta que percibiendo el corregidor lo más setecientos ducados que le están asignados por Reglamento habiendo abundancia de Propios, y el escribano seiscientos reales, sobran seis mil reales para la dotación de un alcalde mayor que ejerza sus funciones desde el momento que S.M. tenga a bien nombrarle, cuya cantidad disfrute los cuatro años que le quedan al actual corregidor, quedándose juez exclusivo luego que este cumpla con la agregación de cuatrocientos ducados de los setecientos que gozaba, con lo que compone en los sucesivo la suma de mil, que es decente y equitativa, advirtiendo que los trescientos restantes que por Reglamento se añaden a la dotación del corregidor, si hay sobrante de Propios pueden destinarse a la del escribano si se aprueba por S.M. en cuyo caso queda suficientemente remunerado su trabajo.

La regulación de cincuenta y un mil cuatrocientos cincuenta y un reales con veintiún maravedíes anuos que se ha hecho de los caudales de Propios, es moderada atendiendo a que en el año pasado han llegado los hacimientos a dicha cantidad, y es indudable de que en los venientes debe subir considerablemente porque la puja de las subastas crece a proporción de los ganados, y éstos van en aumento desde la terminación de la guerra. Dicho cómputo se entiende libre de las rentas de corredería y quiebra de millones que se le agregaban, y que el cabildo supone extinguidas por la Única Contribución, pues subsistiendo son un sobrante conocido. Las salidas legítimas son la que en el dicho extracto por las razones allí indicadas sin que las autoriza, ni las órdenes específicas y directas indispensables, y si solo dos que no deben contraerse al caso presente, y un relato de inversiones de las cuales unas han sido reprobadas por la Intendencia en cartas de reparos que con las cuentas se han dirigido, como son las dotaciones del señor corregidor y escribano, y no deben normar en adelante porque cesaron las que causaron su incremento. Así es que la manutención y gastos que causaron los presos en los últimos

5.3. LOS BANDOS Y EL CONTENCIOSO

Meses más tarde se vio en el Consejo un recurso de D. Santos de Molino, en nombre de D. Antonio Marín, D. Ginés Valcárcel y D. Juan Batuone, señalando que los males de Hellín habían llegado

“a su más lastimoso estado por la falta de juez que gobierne en justicia y equidad...la fatal disposición en que la mayor parte de los de España se encuentra por una precisa consecuencia del anterior desorden ocasiona tal vez que las pinturas que se hacen de aquella desgraciada villa se tengan por rasgos del mal humor de partidarios díscolos, pero no es así, Hellín necesita de remedio pronto, y no hay otro que nombrar un juez letrado que corrija los excesos del actual corregidor político, y dirija su ignorancia hacia al acierto. De otra suerte podrán ser muy fatales las resultas de la permanencia de dicho corregidor independiente de reglas y de ley”.

Allí se acordó que se pasase a la Chancillería de Granada, la que acordó:

“Con vista de todo lo que aparece de dichas diligencias, teniendo presente el contenido del recurso hecho al Real Consejo a nombre de D. Antonio Marín, D. Ginés Valcárcel y D. Juan Batuone, vecinos de la misma villa de Hellín, del que acompaño copia certificada a la orden de V.A. comunicada a este tribunal con fecha veinticuatro de diciembre último estima ser conveniente que se establezca inmediatamente

años fueron exorbitantes porque jamás ha habido tantos y tan pobres, y por lo mismo deben hacerse los cómputos con proporción a lo que sucede con frecuencia y no a lo que rara vez. Por todo lo cual juzga el Ayuntamiento que la creación de una vara exclusiva de letras es indispensable en esta villa, pero que para remediar los males que nunca más que ahora ha sentido el público con la dirección de un juez lego, convendría se nombrase inmediatamente un alcalde mayor, que fuese asesor nato del actual corregidor en los cuatro años que a éste le quedan para cumplir el sexenio, quedándose solo después para evitar la duplicación de autoridades, lo cual se entiende si S.M. no tiene a bien darle al presente señor juez darle otro destino o colocación, pues dándosela y estableciendo desde luego la vara exclusiva resultaría en la población ventajas singulares. No pudiendo menos de llamar la atención de V.A. con el término medio que ha adoptado el cabildo en razón de que conoce que si es un mal gravísimo el establecimiento de dos jueces que el pueblo no puede sostener de modo alguno, y que ordinariamente es causa de competencias y acaloramiento de partidos, no es otro menor la continuación de la presente administración de Justicia. Es cuanto en verdad se puede informar a V.A. en cumplimiento de su citada real orden suplicándole supla la falta de justificación que encuentra porque no ha estado de parte del concejo, y la de firmar de los capitulares porque muchos de ellos tenían representado a S.M. sobre el mismo asunto. Hellín veinticinco de junio de mil ochocientos diecisiete”. Firman Manuel Rodríguez Cebrián, José María Buitrago y Marín, Pedro del Castillo y Miguel Guerrero. (AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12).

en la mencionada villa Juez Letrado que por si solo desempeñe la judicatura de ella para evitar los perjuicios que se siguen a su vecindario de hallarse ésta a cargo de un corregidor lego, y que esta determinación sea el caso de que así se adopte sin perjuicio de la promoción a otro destino o ascensos a que pueda haberse hecho acreedor por su versación en la carrera el actual D. José de Angulo. Más sin embargo V.A. se servirá determinar lo que tuviere por más justo y oportuno. Granada 7 de febrero de 1818⁴⁰.

Este acuerdo se vio en la sala de gobierno del Consejo de Castilla el 10 de marzo, pasando luego al fiscal con los demás antecedentes. A partir de aquí el expediente cobra un nuevo aspecto cuando el corregidor se erige como parte perjudicada. Dos meses más tarde un grupo de 18 personas pudientes acordaban mediante este escrito comprometerse a pagar de su peculio el salario del juez letrado, dejando abierta la posibilidad de un reparto entre los vecinos como si de un nuevo impuesto se tratase:

“Por el presente nosotros D. Gerónimo Rodríguez y Rodríguez, D. Pedro del Castillo y D. Juan Batuone, regidores perpetuos y diputados del Ayuntamiento de Hellín, D. Antonio Marín y Rodríguez, D. Ginés de Valcárcel, D. José Joaquín Salazar, D. Valeriano Perier, D. José Rafael Guerrero y D. José García Moya y D. Antonio Carmona y Clemente, presbítero y demás personas que abajo suscriben, y no se mencionan por evitar molestas repeticiones todos vecinos y hacendados pudientes de la referida villa, hoy obligamos libres y espontáneamente a sufragar la dotación de quinientos ducados anuales de un juez letrado, pagando cada uno la cantidad que le corresponda como si se ligase por escritura pública solemne, si S.M. no tuviese a bien nombrarlo exclusivo inmediatamente removiendo al actual corregidor lego atentas las justas causas y poderosas razones que se expresan en el expediente que sobre este objeto se halla promovido y queremos por la general utilidad del vecindario que en el evento de que dicha exclusiva de vara no se lograre en los tres años que quedan al mencionado presente juez y por una fatal combinación no pudiesen los caudales de propios subvenir a la dotación indicada de letrado, gozar de las ventajas y beneficios que reportaba semejante

40 AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12.

*establecimiento, desprendiéndonos de las cantidades que nos cupieran en defecto de dicho fondo dado caso que el Supremo Consejo no tuviese a bien hacer extensiva esta contribución a todo el vecindario por defecto de manifiestas pruebas que acreditan su voluntad por este sacrificio. Cuyo contrato otorgamos con protesta de elevarlo a escritura pública si fuese necesario, la que al presente omitimos para precaver que a este acto inocente se le de el dictado de bando y confabulación criminal. Hellín treinta de mayo de mil ochocientos dieciocho*⁴¹.

El 7 de julio otorgaron un poder en Hellín a favor de D. Eugenio de Mesa, agente de negocios ante los Reales Consejos en la Villa y Corte de Madrid, para llevar a cabo su propuesta ante el Consejo de Castilla. En este documento detallaban las profesiones y posición de cada uno de ellos, a saber: D. Gerónimo Rodríguez de Vera y D. Pedro del Castillo, regidores perpetuos del Ilustre Ayuntamiento de Hellín; D. José García Moya, presbítero de la parroquial; D. Juan Batuone, diputado más antiguo del común; D. Tomás Rodríguez de Vera, caballero de la Real Maestranza de Ronda; el Dr. D. José Guerrero, abogado de los Reales Consejos, fiscal celador de los montes de Marina con agregamiento a los pueblos de Peñas de San Pedro y Bogarra; D. Ginés Valcárcel y D. Antonio Marín Rodríguez, teniente y alférez retirados del Ejército; D. Valeriano Perier y Vallejo, vocal de la Junta de Partido y estadística establecida en Hellín; D. Vicente Fernández de Montesinos, fiscal de Cruzada; D. José Joaquín Salazar, D. Juan Antonio Fernández Montesinos, D. Francisco Javier de Moya, D. Mariano Guerrero y D. Esteban Gómez, vecinos y hacendados pudientes de la localidad.

Pocos días más tarde pasaba a la sala de gobierno del Consejo Real un escrito en que se hacía oficialmente la petición acordada apenas mes y medio antes por ese grupo de vecinos. Al tiempo, por esos días de julio de 1818, también estaba en Madrid el corregidor D. José de Angulo para defender su posición. Para ello presentó un escrito en su nombre D.

41 AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12.

Tomás García Prieto en el que descalificaba a D. Manuel Rodríguez Cebrián, a su tío carnal D. Gerónimo Rodríguez (al que ya hemos visto más arriba), y a dos regidores más vendidos con el síndico a la prepotencia de aquellos, a los que acusaba de intentar hacer daño al corregidor *“sin otro motivo que no haberles vendido la autoridad que el Rey se dignó conferirle para la recta administración de Justicia”*; con todo, dedicaba especial atención al primero de ellos, al que calificaba de *“jefe por así decirlo del partido enemigo de la autoridad”*. No satisfecho del todo, ya con mayor conocimiento del expediente, presentó otro escrito al Consejo, a través de Fermín Antonio Lumbreras, en el que de nuevo era su blando principal D. Manuel Rodríguez Cebrián; recordaba la relación de parentesco entre éste y D. Gerónimo Rodríguez; la íntima relación de amistad de D. Pedro del Castillo con Rodríguez Cebrián; el resentimiento con el corregidor por parte de D. Miguel Guerrero; D. Juan Batuone había sido apercebido por tolerar en su casa reuniones en las que se ventilaban asuntos perjudiciales; D. Ginés Valcárcel había sido procesado por haber faltado el respeto al corregidor en el sorteo. Aseguraba que pese al gran número de causas civiles y criminales a partir de 1814 como consecuencia de la revolución, no llamaba a los letrados de los alrededores ni a los alcaldes mayores de Tobarra y Liétor por las relaciones de amistad y parentesco con las gentes de Hellín, especialmente al de Liétor por su amistad con D. Ginés Valcárcel⁴². También defendió su actividad, destacando la realización de una alameda pagada con su propio peculio.

42 No deja de ser curioso que nada objetase contra D. Mariano Rodríguez de Vera, ya que entendía que no había hecho ninguna descalificación a su persona en el escrito que dio lugar a todo el expediente. Pero lo cierto es que D. Mariano tuvo la habilidad de escribir un segundo documento del que el corregidor no debió tener noticia:

“M.P.S.

D. Mariano Rodríguez de Vera, alférez mayor y regidor decano del Ayuntamiento de la villa de Hellín a V.A. con el debido respeto, expone: Que habiendo manifestado en su representación a la Real Cámara de Castilla en cuatro de noviembre último la necesidad de crearse una vara de letras en este pueblo, hizo presente entre razones que apoyaban su solicitud las vejaciones que se seguían a las partes interesadas en la buena administración de Justicia por falta de conocimientos y prudencia legal en los jueces legos, y como la adjunta copia sea un documento que confirma esta idea, y además descubra por el carácter del actual corregidor, que se hace más urgente aquella medida, ha creído conveniente dirigirla a V.A. en copia simple que es como la ha podido adquirir si V.A. tuviese a su cargo informar sobre este recurso, pues sin duda se conocerá por su vista que no nace esta pretensión de acaloramamiento en interés de partido, y si de la precisión en que considera a este vecindario para

Los partidarios del corregidor en Hellín no estaban quietos. El más activo de ellos fue D. Hipólito Núñez Montesinos, quien solicitó a D. Francisco Sierra Marín, regidor perpetuo y regente de la Real Jurisdicción ordinaria en Hellín por ausencia del corregidor, para que comparecieran ante éste una serie de testigos y declarasen la actividad que estaban llevando a cabo los enemigos del corregidor⁴³. Los del bando contrario tampoco quedaron impasibles: D. Miguel Morote, maestrante de Ronda; Miguel Guerrero, regidor; los presbíteros D. Francisco Javier González y D. Antonio Pérez; los clérigos de menores D. Benito del Castillo y D. Juan Mateo Guerrero otorgaron, en Tobarra, el 13 de julio, otro poder a favor de D. Eugenio de Mesa. A ese documento se sumaron al día siguiente en Hellín otras personas, incluyendo labradores y artesanos.

Las acusaciones contra el corregidor, vistas en la sala de gobierno el 1 de octubre de 1818⁴⁴, motivaron la réplica de Angulo a través de Francisco Toboso Mascuñán desde Hellín⁴⁵. Pero sobre todo se planteó un pedimento ante Francisco Sierra Marín, regidor y regente de la Real Jurisdicción ordinaria por ausencia del corregidor (como ya sabemos). Como consecuencia, se presentaron diversos testigos el 16 de septiembre, que declararon ser público y notorio que, por últimos de mayo de 1814, se celebró en Hellín una función de máscaras por el regreso de Fernando

que se le dispense el beneficio que en su favor previene la ley 29 título 11 del libro 7 de la Novísima Recopilación. Hellín 17 de abril de 1817. (AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12).

43 Los testigos fueron: Juan Jiménez Díaz criado de D. Manuel Rodríguez, quien fue preguntado por D. Valeriano Perier y D. Ginés Valcárcel si quería pagar una peseta o dos para el alcalde mayor; Pablo Garrido, quien dijo que D^a Antonia Jiménez, madre del abogado D. José Rafael Guerrero, y su otro hijo, Juan, clérigo de menores, le pidieron que firmara un papel sobre el juez de letras; Juan García, labrador, al que D. Manuel Rodríguez y Valeriano Perier pidieron firmar un papel sobre lo mismo; Juan Guerrero, hacendado de Isso, al que D. Juan Batuone en las puertas de su comercio y D. Vicente Montesinos le preguntaron sobre el juez de letras.

44 Ver nota 24.

45 Destacaba: 1º Causa criminal por tala de pinos contra Juan Torrente Moya en 1808, comenzada por el entonces corregidor D. Fernando Reinoso, que se proveyó por D. Manuel Rodríguez Cebrián alcalde electo por el pueblo. 2º Oficio del comandante general de la provincia al regente de la real jurisdicción ordinaria de la villa en 14 de octubre de 1814, por el que se acreditaba que D. Manuel Rodríguez Cebrián fue declarado falso delator del teniente coronel D. Julián González, residente en Isso. 3º Auto del presidente y oidores de la Chancillería de Granada de 25 de noviembre de 1816 por pleito de capitulación entre D. Manuel Rodríguez Cebrián y D. Esteban Gómez contra D. Hipólito Núñez y D. Mariano Rodríguez de Vera por el que se les condenó en costas, se les multó y apercibió. 4º Auto proveído por el gobernador y alcalde del crimen agitado por el presbítero D. Juan Gómez contra D. Manuel Rodríguez Cebrián el 3 de octubre de 1817.

VII; en ella se presentó un carro triunfal adornado de damascos y ramas de chopos o álamos, formando una especie de trono de solio, y dentro de él un burro con una inscripción al frente del solio; esto causó gran escándalo en el vecindario por considerarse alusiones denigrativas a la soberanía, y más en aquella época por la diversidad de opiniones que había suscitado la extinción de la Constitución. El carro lo sacaron D. Manuel Rodríguez Cebrián, el abogado D. José Guerrero, D. José Joaquín Salazar y D. Ginés Valcárcel con gran alboroto, paseando por las calles, sirviendo unos de muleros y otros de lacayos y algunos montados en caballerías como batidores, pero se les conoció por llevar la cara descubierta y la máscara a la altura del cuello⁴⁶.

Estas acusaciones movieron a los partidarios de crear un juez de letras a presentar otro escrito al Consejo⁴⁷, y sobre todo la participación aún más decidida en este grupo de D. José Joaquín Salazar, destacado hacendado, uno de los más pudientes de la localidad, ya que se consideró

46 Ésta fue básicamente la declaración de D. Juan Zaragoza, presbítero de 33 años, a la que se sumaron D. Diego Blázquez Dávila, diputado del común e hidalgo, D. Antonio Claramonte, D. Ramón Núñez, teniente de alguacil mayor con voz y voto en el Ayuntamiento (de 31 años), y D. José Fernández. Algún dato más apuntó D. Pedro Pablo Falcón del Portal (33 años), regidor perpetuo segundo acrecentado, ya que había sido encargado por el Ayuntamiento para la fabricación de un tablado en la plaza principal y la iluminación de un solio que se hizo en la fachada de la casa capitular, con gran ornato y pompa, colocando dentro de él el retrato del monarca, y por ello tuvo ocasión de ver en la calle de Osarios entrada de la de Morote la comitiva señalada por los otros testigos (si bien él no hizo mención de D. José Joaquín Salazar).

47 D. Santos de Molino presentó un escrito en nombre de los miembros de este grupo, señalando: *“mis representados, que el Consejo conocerá cuales son las miras del actual corregidor lego, no han podido mirar con indiferencia que éste según se dice públicamente los haya calumniado tan atrozmente ante V.A. suponiendo que en el año pasado de 1814, y con motivo de la feliz y deseada restitución de nuestro amado soberano al trono de sus mayores, dispusieron un carro triunfal con cierta alegoría ofensiva en gran manera al respeto y veneración debido al monarca, semejante calumnia ha llenado de una justa indignación a sus principales, quienes tienen la satisfacción de asegurar que en todas épocas, aun en las de más opresión han dado las mayores pruebas de su patriotismo y constante adhesión y afecto a su legítimo y deseado soberano, prefiriendo gustosos todo género de atropellos y vejaciones al olvido de los deberes de un buen vasallo...son bien conocidas y mis principales no deben prescindir de un hecho en que tanto se interesa su honor, antes si miran como un deber sagrado que les impone su misma conciencia, vindicar su reputación a las calumnias con que se intenta mancillarla ante el Supremo Tribunal de la nación. Pero como esta incidencia sea absolutamente independiente del punto principal del establecimiento de un juez de letras en Hellín, al que se opondrá D. José Angulo valiéndose de unos medios tan poco conformes, estamos en el caso de que conozca de ella el Tribunal competente en el que no dudan mis poderdantes hacer ver hasta la evidencia con testimonios incontrastables su inocencia y la malignidad con que se les ha acriminado y que su calumniador quede sin el condigno castigo que las leyes imponen a los que sin respeto ni miramiento alguno atacan el buen nombre de los demás”*. (AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12).

calumniado por el corregidor “atribuyéndole gestiones impropias de la calidad de su nacimiento”.

5.4. LA RESOLUCIÓN

Pese a estos recursos, un mes más tarde el fiscal presentaba este escrito para resolver el expediente:

“El fiscal ha examinado este expediente con la madurez y reflexión que exige el punto que se ventila en él de si convendrá crear en la villa de Hellín un alcalde mayor con la dotación correspondiente además del actual corregidor de capa y espada D. José Angulo, según solicitó al principio D. Mariano Rodríguez de Vera, regidor perpetuo de dicha villa, y han instado después otros vecinos de la misma, o si será más útil el remover desde luego a dicho corregidor, como también se ha indicado en el expediente. Y hecho cargo de cuanto resulta, dice:

Que si bien concuerdan todos los informes que pidió la Chancillería de Granada para evacuar, he preceptuado a la misma por el Consejo en que con efecto será muy útil al establecimiento de dicho alcalde mayor para evitar por este medio las muchas vejaciones y gastos que sufren los litigantes por falta de un juez letrado en dicha población. Se advierte, sin embargo, que varios de los informantes están encontrados acerca del medio que debe adoptarse en la actualidad para el establecimiento del alcalde mayor, pues el Ayuntamiento de Hellín, partiendo del principio de haber fondos suficientes para la dotación de corregidor del día y alcalde mayor que se nombre, juzga que podría nombrarse este desde luego quedando por único juez cuando acabase el sexenio el corregidor. Don Francisco Soria, vecino de la propia villa, y fiscal que fue de este Consejo, y que por ambos conceptos debe suponerse por más imparcial e ilustrado en el asunto, teniendo lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 29 del título 11 libro 7º de la Novísima Recopilación, y expediente suscitado en este Supremo Tribunal sobre el mismo punto del que hará mérito a su debido tiempo, opina que el mejor medio adaptable en el caso de que se trata sería poner en noticia de S.M. las consideraciones oportunas a penetrar en su real ánimo de que conviene agregar este corregimiento en

su vacante a la clase de los de letras por no bastar el fondo de Propios en el día a la dotación de dos jueces, y no poder sufrir los vecinos un repartimiento para este efecto, mediante a estar arruinados con las frecuentes contribuciones a que estuvieron sujetos en las ocurrencias pasadas, y esterilidad de los años. Y por último, la Chancillería, con presencia de estos informes y los de los alcalde mayores de Tobarra, Liétor, Jumilla, que convienen igualmente en el nombramiento de un juez de letras, aunque sin expresar en qué términos, estima que será conveniente el que se establezca inmediatamente en Hellín un juez letrado, que desempeñe por sí solo la judicatura para evitar los perjuicios que se siguen a su vecindario de hallarse ésta al cargo de un corregidor lego, y que esta determinación sea, en el caso de que así se adopte, sin perjuicio de la promoción a otro destino o ascenso a que puede haberse hecho acreedor por su versación en la carrera el actual D. José Angulo. En confirmación de que en el día no hay fondos suficientes en Hellín para dotación del alcalde mayor junto con el corregidor está también el informe de la Contaduría General de Propios por el que resulta que en el quinquenio de los años 1805, 6, 7, 815 y 16 ascendieron los valores del fondo de Propios de dicha villa a 252.230 reales y 1 maravedí, y las cargas 301.977 reales con 33 maravedíes, faltando por consecuencia para atender a sus obligaciones 49.747 reales y 31 maravedíes. Así lo han debido conocer D. Gerónimo Rodríguez y Rodríguez, y hasta dieciocho vecinos de la propia villa en el hecho de ofrecer por su recurso en el folio 114 el depósito de la cantidad necesaria para que el juez acompañado asegure por el tiempo que lo sea la dotación de 500 ducados anuales. Y finalmente la misma falta de fondos debió haber antiguamente con corta diferencia en la villa de Hellín, pues consta del expediente unido y seguido en el Consejo en 28 de septiembre de este último que no se hiciese novedad en la villa de Hellín sobre nombramiento de corregidor y pasar aviso de tal providencia a la Real Cámara fue la escasez de fondos, según manifestó entonces la Real Chancillería de Granada con arreglo a los informes pedidos, sentando que los Propios y Arbitrios de aquella villa apenas alcanzaban a cubrir las cargas y dotaciones de su reglamento.

En medio de estas circunstancias se ve en este expediente el mayor acaloramamiento entre los vecinos de Hellín que solicitan el

nombramiento de alcalde mayor, y su corregidor D. José Angulo, pues se han echado inmediatamente a la cara faltas de su conducta particular y pública: los primeros acompañando varias copias de providencias y reales resoluciones en que se ha prevenido y apercebido al corregidor por las causas que se refieren, y éste presentando informaciones y testimonios con el fin de justificar que la solicitud de los vecinos de Hellín sobre que se ponga alcalde mayor procede de la prepotencia y cábala de dos o tres de los mismos que buscan firmas y partido para persuadir de la necesidad de tal juez, la mayor parte de los cuales han sido procesados por las causas que especifica.

Y el fiscal en vista de todo entiende que apareciendo justificado en bastante forma no haber fondos suficientes en la villa de Hellín para dotar competentemente al corregidor y otro juez de letras, careciendo al mismo tiempo el común de los vecinos de facultades correspondientes para repartirse la cantidad que falta y no correspondiendo de modo alguno que el juez de letras que se nombrase en su caso hubiese de depender precisa y únicamente de los dieciocho vecinos de Hellín que ofrecen contribuciones con 500 ducados anuales, sería más útil o conveniente que se conmutase o agregase el corregimiento actual en su vacante a la clase de corregidores de letras de 1ª entrada según propuso en su información a la Chancillería D. Francisco de Soria, manifestándose así a S.M. con expresión y méritos de los antecedentes referidos que exigen esta media, y demás consideraciones que el Consejo estime convenientes, todo sin perjuicio de que tanto los que increpan al corregidor por el modo con que desempeña su destino, como éste respecto de cuanto dice contra los mismos, usen de su derecho ante el tribunal correspondiente en el modo y forma que previenen las leyes.

El Consejo siendo servido podrá consultarlo así a S.M. o acordar no obstante lo más conforme. Madrid 31 de diciembre de 1818⁴⁸.

48 AHN Conejos leg. 3.412 exp. 12.

El dictamen del fiscal fue aceptado por la sala el 12 de marzo de 1819, y el 31 de ese mes se elevaba a consulta con el rey:

“Dictamen...} dice así.= El Consejo, Señor, después de reservar su derecho al corregidor y vecinos recurrentes para que usen de él acerca de las acriminaciones que se hacen respectivamente en sus escritos, fija únicamente su atención en el objeto principal del bien público, que motivó la formación del expediente, y halla suficientemente acreditada la necesidad de un juez letrado en la villa de Hellín, pues además de tener en su apoyo todos los informes y el voto del tribunal territorial, es indudable que los pueblos están mejor gobernados por los jueces letrados que por los capa y espada, que por este medio se ahorran los gastos de asesorías, y que es digna de tal establecimiento una villa rica y popular dotada de fértiles terrenos, y que desgraciadamente se halla devorada por el espíritu de desunión. No cree el Consejo conveniente ni político constituir al juez que se establezca bajo la dependencia de los dieciocho vecinos que ofrecen la dotación de dos jueces, pero bastan para sostener uno como se verifica en el día y puede verificarse en los sucesivo sin aumento de gastos, sin gravamen del vecindario empobrecido y con ventajas y ahorros en la administración de Justicia. Por lo mismo y conformándose el Consejo con el dictamen de vuestro fiscal es de parecer que el Corregimiento de Hellín se agregue en su vacante a la clase de los de letras de primera entrada con el sueldo de setecientos ducados, que unidos a los trescientos en que se regulan los productos del juzgado forman los mil que señala la ley para su decente subsistencia, y que si V.M. se sirviese conformarse con este dictamen, se de aviso a la Real Cámara para los fines correspondientes. V.M. resolverá sin embargo lo que fuere de su Real agrado. Madrid treinta y uno de marzo de mil ochocientos diecinueve.

Real resolución...} Como parece.

Publicación...} Publicado en el Consejo hoy veintisiete de abril de mil ochocientos diecinueve, acordó su cumplimiento y que poniéndose certificación en el expediente se remita otra al Ministerio de Gracia y Justicia, y se comuniquen las órdenes correspondientes a la

Secretaría de la Cámara, a la Real Chancillería de Granada y al Ayuntamiento de Hellín.

Y para que conste en el expediente del asunto lo firmo en Madrid a veintiocho de abril de mil ochocientos diecinueve. Por el secretario D. Bartolomé Muñoz a D. Valentín Pinilla⁴⁹.

La real resolución fue notificada al corregidor con fecha de 27 de mayo, dando aviso de recibo en Hellín el 3 de junio de 1819. Pero la actitud de D. José de Angulo hizo que fuese removido antes de cumplir el sexenio, ya que en abril dos vecinos hicieron esa solicitud para contener al corregidor. Angulo elevó un memorial al rey protestando desde Hellín 5 de octubre de 1819, quien ordenó a través del marqués de Mataflorida, ministro de Gracia y Justicia, al Presidente de Castilla el 23 de enero de 1820 que se viese en el Consejo Real. Unas semanas más tarde, el 10 de febrero, la sala de gobierno pasaba la queja al fiscal para que informase. El cambio de régimen debió paralizar el procedimiento.

6. LA ETAPA LIBERAL Y LA DÉCADA OMINOSA

El Trienio Liberal supuso la implantación del sistema constitucional con la separación de poderes. Como consecuencia los corregidores desaparecieron y en su lugar se crearon juzgados con los correspondientes jueces de primera instancia. Gómez Rivero asegura que el restablecimiento del régimen liberal hizo que la mayoría de los alcaldes mayores y corregidores formasen parte de los Ayuntamientos constitucionales al jurar la Constitución, haciendo posible que continuasen en sus destinos en calidad de jueces interinos de primera instancia, en especial los corregidores de letras nombrados durante el último sexenio⁵⁰. La antigua Chancillería de Granada pasó a ser Audiencia, en la que se incluyó al

49 AHN Consejos leg. 3.412 exp. 12.

50 Ricardo Gómez Rivero, *Los Jueces del Trienio Liberal* (Madrid: Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 2006), 74.

Reino de Murcia que fue dividido en 12 partidos en octubre de 1820 (Caravaca, Cartagena, Cieza, Hellín, Lorca, Molina, Murcia con dos juzgados, Segura de la Sierra, Totana, Villena y Yecla). En 1821 fueron propuestos los tres letrados que correspondían a Hellín: Joaquín Beneito y Beneito, interino de Leganés; Francisco Javier Surga, abogado; y Juan de Mata Garralón, abogado⁵¹. El 27 de enero de 1822 un decreto dividió España en provincias, que no afectó en principio a los partidos judiciales⁵². La ley de 1822 integró a Hellín en la provincia de Chinchilla.

La llegada de “Los Cien Mil Hijos de San Luis” supuso el fin del Régimen Liberal y la vuelta al Absolutismo, iniciando el período conocido como Década Ominosa. Esta etapa supuso el restablecimiento de los corregimientos. Hellín inició esta etapa como corregimiento de letras de entrada o ingreso, conocido como de primera clase. En 1824 fue nombrado para desempeñarlo D. Ramón Antonio Artuñano, quien falleció en el ejercicio de su cargo en la madrugada del 28 de junio de 1829⁵³. En los días siguientes el Ayuntamiento Real de Hellín elevó dos memoriales al Rey, el primero estaba firmado por el regente de la Real Jurisdicción ordinaria D. Francisco Sierra Marín, solicitando la calificación para el corregimiento de segunda clase o ascenso, al tiempo que destacaba la actividad del difunto corregidor y sus cualidades:

51 Gómez, *Los Jueces...*, 192-197. Gómez Rivero en su biografía de Joaquín Beneito y Beneito informa que nació en Novelda en 1784. Fue Bachiller y Doctor en Teología por la Universidad de Orihuela, Bachiller en Leyes por la de Valencia, abogado de esa Audiencia (16-V-1811). Se alistó voluntario en enero de 1810 en el batallón de artilleros estudiantes de la Universidad de Valencia, estando al frente de una batería. En 1813 se presentó a servir en el Cuerpo de Reales Guardias con licencia absoluta en 1817. Alcalde mayor de Leganés a finales de aquel año. También señala que para el juzgado de Chinchilla fue designado Benito Romero, abogado y catedrático de Elocuencia, nacido en Hellín en 1785. Bachiller en Leyes por la Universidad de Alcalá de Henares. Catedrático de Elocuencia y de Filosofía en el Seminario de Játiva. Participó en la Guerra de Independencia por las tierras de Valencia. Abogado del Consejo Real (14-X-1816). En 1813 publicó una traducción de derecho de gentes con notas suyas, y por ser adicto al régimen constitucional fue despojado de su cátedra el 10 de abril de 1818. Profesor de la Academia de ambas jurisprudencias de Madrid desde mediados de 1818. Juez de primera instancia de Madrid.

52 Gómez, *Los Jueces...*, 97.

53 AHN Consejos leg. 13.609.

“Señor

El Ayuntamiento Real de la villa de Hellín en el Reino de Murcia a V.M., con la debida consideración y respeto, hace presente: Que en la madrugada del día veintiocho del que rige falleció en ella de muerte natural su corregidor letrado D. Ramón Antonio de Antuñano.

Al cumplir esta corporación con la obligación de dar parte a V.M. de esta vacante tiene la respetuosa confianza que le inspira la ilustrada justificación de V.M. para manifestarle que en 19 de febrero de 1827 se fijó en mil ducados anuales la dotación de esta vara por superior determinación del Ilmo. Señor Director de Propios y Arbitrios del Reino, cuya circunstancia unida a la calidad de esta población que es una de las principales de esta Provincia por sus producciones, situación, número y clase de sus vecinos reclaman que el juez que haya de regirla posea la aptitud y prudencia que nacen de la experiencia, y por consiguiente que la calificación de este corregimiento, lo ponga en los de segunda clase en vez de los de primera, a que hasta aquí ha sido reducido, cuando tenía solamente de asignación segura cuatrocientos ducados anuales.

Los antiguos disturbios que han tenido divididos los ánimos de estos vecinos en partidos de mando los ha reprimido en gran parte la calma y honradez del difunto corregidor Antuñano que a su edad, madurez y carácter reflexivo, añadía probidad, soltería y procedencia de país lejano, cualidades que lo hicieron exento de protecciones apasionadas y de otras combinaciones de la intriga que por fortuna de esta villa no han tenido cabida en su seno, conservándose en su lugar el orden, la paz y sumisión a las leyes.

Por esta razón, y teniendo presente que este Ayuntamiento que ya antes de la provisión de este corregimiento en el ya nombrado D. Ramón Antonio de Antuñano, solicitaron algunos de estos vecinos que S.M. se dignase tener en consideración las particulares circunstancias de este pueblo que se han apuntado para que el nombramiento de su juez recayese en persona que tuviera la edad y demás requisitos que se han referido, y que por los resultados comprendieron que no se había desestimado su justa solicitud, se atreve ahora de nuevo esta corporación a repetirla llena de respeto y sumisión, esperando que el

interés bien acreditado con que V.M. mira por el bienestar de los pueblos hasta que no sea desoída y que Hellín tenga la fortuna de recibir un corregidor experimentado y de buen crédito, libre de las ligaduras y conexiones que suelen estorbar la imparcial y recta administración de justicia.

El cielo guarde y prospere la importante vida de V.M. por m.a.

*Hellín 30 de junio de 1829. Señor ALRP de VM como presidente Francisco Sierra Marín, secretario Francisco Ruiz Sánchez*⁵⁴.

Al día siguiente se envió otro memorial al rey de contenido prácticamente idéntico, pero ahora firmado por los miembros del Ayuntamiento⁵⁵. La petición surtió efecto y Hellín pasó a ser corregimiento de letras de segunda clase o ascenso, sin poder determinar la fecha.

La Cámara acordó la terna el 15 de febrero de 1830 para el nombramiento del corregimiento de Hellín de letras de segunda clase o ascenso, regulado en 14.300 reales, que presentó a consulta el 17: en primer lugar D. Miguel Martínez Delgado; D. José María Puig propuso s D. Félix Fernández Avilés; D. Tadeo Ignacio Gil a D. Pedro Antonio Porrillo. 2º lugar D. Eugenio Hernández Borbón; D. Tadeo Ignacio Gil a D. Ambrosio Morales. 3º lugar D. Juan María Domínguez; D. Tadeo Ignacio a D. Juan Antonio Bernal. Fue nombrado el propuesto en primer lugar, D. Miguel Martínez Delgado, siendo publicado el 13 de marzo de 1830. D. Miguel, vecino de Almansa, solicitó realizar el juramento ante el obispo de Cartagena por los gastos que le podría ocasionar hacerlo ante el Consejo, como era preceptivo. La petición le fue denegada dándole la alternativa

54 AHN Consejos leg. 13.609.

55 Sólo varían unas pocas palabras al principio del segundo párrafo sin alterar el sentido. Los firmantes de este memorial de 1 de julio de 1829 fueron el regente de la Real Jurisdicción ordinaria Francisco Sierra Marín, Pedro Castillo, Ginés Valcárcel, Miguel Guerrero y Hoyos, Valeriano Perier y Vallejo, Francisco Jiménez, Juan Batuone, Fausto Rodríguez Escobar, y el secretario Francisco Ruiz Sánchez (AHN Consejos leg. 13.609). Una fuente importante para conocer el desarrollo de Hellín en estos años es el *Diccionario Geográfico-estadístico de España y Portugal* de Sebastián Miñano (Fernando Rodríguez de la Torre y Antonio Moreno García, *Hellín en textos geográficos antiguos (facsimiles y transcripciones)* (Albacete: Instituto de Estudios Albacetenses, 1996), 137-148). Según esta fuente en torno a 1826 la villa de Hellín contaba con 2.141 vecinos, lo que suponía 8.229 habitantes; según los datos manejados en este trabajo apenas una década antes esta localidad contaba con 1.741 vecinos. Esto supondría un importante incremento de población. Una actividad destacada es la introducción del cultivo de la patata.

de hacerlo ante el Consejo o la Chancillería de Granada. Martínez Delgado satisfizo sus contribuciones y título de capitán de guerra al montepío de corregidores y alcaldes mayores el 5 de mayo, unos días antes había pagado la media annata. También pidió varias prórrogas, teniendo noticia que por la última se le señalaba como fecha límite para tomar posesión el 3 de junio de 1830. Don Miguel Martínez Delgado debió ser el último corregidor de Hellín (y el primero de letras de segunda clase o ascenso).

7. CONCLUSIONES

El gobierno ilustrado de Carlos III potenció claramente los corregimientos “de letras” en detrimento de los “de capa y espada”, como se aprecia claramente en la reforma de 1783. Se decantó por el personal civil en el ámbito local, afianzando un perfil más burocrático. Se optó por un oficial condecorador del Derecho destacando su función judicial y administrativa, que debería ser menos costoso y más flexible para los administrados.

Como consecuencia de esos planteamientos se llevó a cabo la conversión, en el caso concreto de Hellín, de un corregimiento “de capa y espada” sin teniente letrado, algo inusual, en un corregimiento “de letras” de primera clase o entrada, que terminó siendo de segunda clase o ascenso. La justificación de esa conversión vino dada por los gastos que suponían las asesorías, al no tener el corregidor conocimientos jurídicos, lo que suponía el encarecimiento de la justicia (destacando esa función en el corregidor).

El peso de la protesta o de la propuesta lo llevó el grupo dirigente local, lógicamente, en un principio dividido. La Guerra de la Independencia favoreció y agudizó las diferencias existentes en los años previos; los enfrentamientos y los ajustes de cuentas estuvieron a la orden del día, si bien siempre se han personificado en Fernando VII. Con todo, son

muchos los indicios de que ese encono, esas banderías estuvieron en muchos lugares. La propuesta de conversión pudo ser una excusa más para manifestar esa división. Es posible, que, junto al carácter de Angulo, haya que tener presente la reforma de la Hacienda de Martín de Garay; existe alguna referencia en la documentación a la actitud del corregidor por allegar fondos, presionando a los miembros del grupo dirigente, motivando la reprimenda del intendente. Se puede comprobar que es en 1818, el siguiente a la implantación de la reforma y se está intentando llevar a cabo, cuando aumentan los memoriales y las personas en contra del corregidor (es conveniente recordar a D. Valeriano Perier, vocal de la Junta de Partido y Estadística establecida a raíz de la reforma). También provisionalmente es posible considerar al grupo del corregidor más próximo al realismo y al grupo opositor, al menos a algunos de sus miembros, cercano al liberalismo.

La tramitación y resolución de este expediente por parte de Consejo Real de Castilla se llevó a cabo sin entrar en esas cuestiones de banderías, dejando la posibilidad de llevarlas ante los tribunales competentes. Se resolvió con objetividad, tomando los informes que se consideraron oportunos, destacando el de un antiguo fiscal del propio Consejo que vivía en la localidad, que en definitiva fue el fundamento de la decisión final, posiblemente la más ponderada y juiciosa.

Con todo, fue decisiva la situación económica del lugar para resolver el asunto, ya que los fondos eran cruciales para poder satisfacer los salarios (debían correr a cargo del propio municipio). Por otra parte, la recuperación económica de esta localidad ya era apreciable en 1826 según apunta Miñano en su *Diccionario*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez Cañas, María Luisa. *Corregidores y alcaldes mayores. La Administración territorial andaluza en el siglo XVIII*. Alicante: Universidad de Alicante, 2012.
- Badorrey Martín, Beatriz. *Los orígenes del Ministerio de Asuntos Exteriores 1714-1808*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores Secretaría General Técnica, 1999.
- Bermúdez Aznar, Agustín. *El corregidor en Castilla durante la Baja Edad Media (1348-1474)*. Murcia: Sucesores de Nogués, 1974.
- Cabrera Bosch, María Isabel. *El Consejo Real de Castilla y la ley*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1993.
- Coronas González, Santos M. *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas Instituto Nacional de Administración Pública, 1992.
- Escudero, José Antonio. *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones Político-Administrativas*. Madrid: s. l., 1995.
- Garma y Durán de, Francisco Xavier. *Theatro Universal de España, descripción eclesiástica y secular de todos sus Reinos y Provincias en general y particular, T. IV*. Madrid: Imprenta Mauro Martí, 1751.
- Giménez López, Enrique. *Los militares en Valencia (1707-1808)*. Alicante: Diputación Provincial de Alicante Instituto Cultural “Juan Gil-Albert”, 1990.
- Gómez Rivero, Ricardo. *Las competencias del Ministerio de Justicia en el Antiguo Régimen*. 3 vols. Madrid: Ed. del Ministerio de Justicia 1990.
- . *Los jueces del Trienio Liberal*. Madrid: Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 2006.

- González Alonso, Benjamín. *El corregidor castellano (1348-1808)*. Madrid: Instituto Estudios Administrativos, 1970.
- . *Gobernación y gobernadores. Notas sobre la Administración de Castilla en el período de formación del Estado Moderno*. Madrid: Universidad Facultad de Derecho Sección de Publicaciones, 1974.
- Granda, Sara. *La Presidencia del Consejo Real de Castilla*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- Lasso Gaité, Juan Francisco. *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica (1714-1981)*. Madrid: s. l., 1984.
- Martín de Balmaseda, Fermín. *Decretos del Rey Don Fernando VII año primero de su restitución al trono de las Españas*. Madrid: Imprenta Real, 1816.
- Molas Ribalta, Pere. *Los magistrados de la Ilustración*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Molina Puche, Sebastián. “El gobierno de un territorio de frontera. Corregimiento y corregidores de Chinchilla y las nueve villas: 1586-1690”. *IH XXV* (2005): 55-84.
- . *Como hombres poderosos. Las oligarquías locales del corregimiento de Chinchilla en el siglo XVIII*. Albacete: Instituto de Estudios Albacetenses, 2007.
- . *Poder y Familia: las élites locales del corregimiento de Chinchilla-Villena en el siglo del Barroco*. Albacete: Universidad de Murcia Universidad de Castilla-La Mancha: 2007.
- Ortuño Molina, Jorge. *Realengo y Señorío en el Marquesado de Villena. Organización económica y social en tierras castellanas a finales de la Edad Media (1475-1530)*. Murcia. Real Academia de Alfonso X el Sabio, 2005.

- Perona Tomás, Dionisio Antonio. *Noticias familiares y breve semblanza del brigadier José María Salazar*. Hellín: Ediciones Illunum El Diario, 2001.
- Pretel Marín, Aurelio. *Hellín Medieval*. Albacete: Instituto de Estudios Albacetenses, 1998.
- Santamaría Conde, Alfonso. “Aproximación a las instituciones y organización del marquesado de Villena en el siglo XVI”. En *Congreso del Señorío de Villena. Albacete 23-26 octubre 1986*. 371-392. Albacete: Instituto de Estudios Albacetenses, 1987.
- Rodríguez de la Torre, Fernando y Antonio Moreno García. *Hellín en textos geográficos antiguos (facsimiles y transcripciones)*. Albacete: Instituto de Estudios Albacetenses, 1996.
- Serra Martínez, Jacobo. “Noticias y documentos sobre D. Pedro Macanaz”. En *Publicaciones del Seminario de Historia y Arqueología de Albacete*, 121-134. Albacete: Imprenta Provincial, 1962.
- Torres Fontes, Juan. “La conquista del marquesado de Villena en el Reinado de los Reyes Católicos”. *Hispania* 50 (1953): 37-151.

Dionisio A. Perona Tomás
Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público
Facultad de Ciencias Sociales
Universidad de Castilla-La Mancha. Campus de Cuenca
Avda. de los Alfares nº 44
16071 Cuenca (España)
Dionisio.Perona@uclm.es
<https://orcid.org/0000-0002-6273-374X>



COMENTARIO PARCIAL A LA LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS

PARTIAL COMMENTARY TO THE REAL ESTATE CREDIT CONTRACT LAW

MARÍA SANDRA VELÁZQUEZ VIOQUE

Ilustre Colegio de Abogados de Cáceres

Recibido: 08/06/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

Se ha publicado en el BOE de 16 marzo la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Mediante esta ley, y con tres años de retraso, se transpone parcialmente la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. El objeto de este artículo es poner de manifiesto alguna de las novedades más importantes que introduce respecto a los contratos que pretende regular.

Palabras clave: Contratos de créditos inmobiliarios, deber de transparencia, contenido contractual imperativo, hipoteca, Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN).

ABSTRACT

It has been published in the BOE (March 16) Law 5/2019 regulating Real Estate Credit Contracts. By means of this law, and with three years of delay, Directive 2014/17 / EU of the European Parliament and of the Council, dated February 4, 2014, is partially transposed, Directive that regulates credit contracts celebrated with consumers related to real estate for residential use. The purpose

of this article is to highlight some of the most important novelties that it introduces with respect to the contracts it intends to regulate.

Keywords: Real estate credit agreements, duty of transparency, imperative contractual content, mortgage, European Standardised Information Sheet (ESIS).

Sumario: 1. *Ámbito de aplicación de la Ley:* 1.1. *Delimitación subjetiva;* 1.2. *Delimitación objetiva.* 2. *Procedimientos previos al otorgamiento del contrato:* 2.1. *Publicidad de los préstamos y deber de transparencia;* 2.2. *Evaluación de la solvencia del prestatario;* 2.3. *Información precontractual personalizada y asesoramiento del notario;* 2.4. *La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN);* 2.5. *Tasación de los bienes inmuebles.* 3. *Contenido del contrato:* 3.1. *Las ventas vinculadas;* 3.2. *Préstamos en divisa extranjera;* 3.3. *Tipo de interés remuneratorio;* 3.4. *Amortización anticipada a voluntad del prestatario;* 3.5. *Vencimiento anticipado del préstamo por incumplimiento;* 3.6. *Interés de demora.* 4. *La subrogación en el préstamo.* 5. *Conclusiones.*

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

1.1. DELIMITACIÓN SUBJETIVA

Una de las cuestiones que en su momento más llamó la atención de la ley –transcurridos 5 años desde la Directiva y 3 desde el Anteproyecto es difícil que sorprenda su regulación–, fue la modificación-ampliación de su ámbito subjetivo, ya que el “consumidor” de la Directiva se transforma en el “prestatario” de la Ley, de forma que las medidas de protección que vamos a ver serán de aplicación a toda persona física que suscriba un contrato de crédito con unas determinadas condiciones, con independencia de que lo haga como particular o como empresario (la Exposición de Motivos hace referencia a los “autónomos”). Además, la protección se extiende al fiador o garante del prestatario¹ siempre que sea

¹ Artículo 1. Objeto: Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir.

persona física, con independencia de que el prestatario sea una persona jurídica y de que el crédito/préstamo se solicite en el ámbito de su actividad empresarial.

Por otra parte, será de aplicación también a aquellos contratos de crédito que otorguen los consumidores –aquí parece que sí- cuando tengan por objeto el adquirir o mantener derechos de propiedad sobre inmueble o un terreno con o sin edificación (terrenos o inmuebles construidos o por construir /fincas o edificios construidos o por construir), sin requerir expresamente la constitución hipoteca sobre la misma². No será requisito indispensable para la aplicación de las cautelas de la ley el otorgar una garantía inmobiliaria.

La condición de consumidor que parece exigir la Ley para ser aplicable a este segundo grupo de contratos es olvidada en otras ocasiones a lo largo de la misma. Ya en el artículo 4, que recoge las definiciones, entiendo por prestatario, a efectos de la Ley “toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea la adquisición o conservación de terrenos o inmuebles construidos o por construir”.

El prestamista será, obligatoriamente, un sujeto que se dedique a la actividad crediticia o a la intermediación en el crédito de forma profesional. A estos efectos “se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma

2 Ricardo Cabañas realiza la siguiente advertencia previa, en su estudio a la nueva Ley: “La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, no es una Ley general sobre préstamo hipotecario, ni sobre préstamo con consumidores, sino sobre una modalidad específica de préstamo/credito identificada como Contrato de Crédito Inmobiliario –CCI–, que no siempre contará con garantía hipotecaria. Con independencia de que sus DDAA y DDDFF establezcan, en ocasiones, normas más generales o reformen leyes de ámbito superior y distinto, como la LH o la LEC, el núcleo duro de la regulación se centra en el CCI. Conviene tenerlo muy en cuenta para no pensar que algunas de sus disposiciones resuelven cuestiones referidas a todos los préstamos con hipoteca. Por eso es de gran importancia acotar de manera precisa el ámbito de aplicación de la LCCI, o determinar cuándo estamos ante un CCI, que es lo mismo”, en Ricardo Cabanas Trejo, “La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Diario La Ley* 9379 (2019): 1

ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora” (Art. 2.1 *in fine*). Por tanto, será de aplicación también a las entidades de crédito cuando los contratos suscritos se ajusten a lo estipulado en la ley. Por el contrario, no será de aplicación a la compra de inmueble que se financie ocasionalmente por el promotor mediante aplazamiento en el pago del precio con la garantía de una condición resolutoria, pues no se trata de un profesional del crédito³.

1.2. DELIMITACIÓN OBJETIVA

La Ley se aplica a aquellos contratos de préstamo o crédito en los cuales concurre una de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que en los mismos se constituya hipoteca o cualquier garantía real sobre un determinado inmueble cualificado en la Ley, un inmueble de uso residencial, entendiéndose incluido en este concepto elementos tales como trasteros o garajes y cualesquiera otros que “sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica” (art. 2.1. a). La Ley no exige que constituya vivienda habitual de quien lo grava, por lo que se admite que sea segunda vivienda. Incluso podrá ser de aplicación al préstamo empresarial con garantía hipotecaria sobre inmueble de uso residencial cuya explotación se el objeto del ejercicio profesional del prestatario (*v.g.* para su alquiler).
- b) Que el contrato tenga como finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir. Como hemos comentado, en este supuesto la Ley parece exigir la condición de consumidor –aunque en alguna ocasión la

³ Ricardo Cabanas Trejo, “Anotaciones de un notario perplejo al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Diario La Ley* 9047 (2017): 4.

condición de consumidor “se cae” del articulado-, y no requiere constitución de garantía real sobre la finca⁴.

A pesar de concurrir alguna de las circunstancias arriba enunciadas, no será de aplicación la Ley si se dan alguno de los supuestos de exclusión⁵.

Por tanto, tendrá que hacerse una doble comprobación a los efectos de determinar la aplicabilidad de esta Ley al supuesto concreto.

2. PROCEDIMIENTOS PREVIOS AL OTORGAMIENTO DEL CONTRATO

Con objeto de que el prestatario sea correctamente informado de todos los asuntos que atañen al crédito, y que se cumplan las exigencias de transparencia que exige la ley, se regulan unos procedimientos específicos para ayudar a la formación de la voluntad del prestatario y a la resolución de concesión del préstamo por parte del prestamista.

4 “Esta segunda tipología de préstamo se define por las siguientes notas esenciales: (i) no es necesario que se constituya una garantía hipotecaria u otro derecho real sobre un bien inmueble de uso residencial; (ii) el prestatario, el fiador o el garante tiene que ser un consumidor; y (iii) el préstamo se tiene que destinar a la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir de uso residencial”, Antonio José Moya Fernández, Javier Villanueva Redondo y Javier Colino Sánchez-Ventura: “El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 48 (2018): 105, https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5806/documento/foro_esp_05.pdf?id=7882

5 Son los siguientes:

- a) concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general,
- b) concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo,
- c) concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes,
- d) resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación,
- e) relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o
- f) hipoteca inversa en que el prestamista:
 - (i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y
 - (ii) no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo.

Los contratos objeto de la Ley no se caracterizan por ser objeto de negociación sino más bien al contrario, suelen estar integrados por cláusulas predispuestas. Por ello, la doctrina ha puesto de manifiesto la paradoja de “que en un contrato en el que falta la negociación, los tratos preliminares tomen ese carácter de complejidad y permanencia documental”⁶.

2.1. PUBLICIDAD DE LOS PRÉSTAMOS Y DEBER DE TRANSPARENCIA

La ley regula el contenido mínimo –información básica (Art. 6)- que debe constar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios (destaca la necesidad de presentar los datos mediante ejemplos representativos o ilustrativos, criterios serán fijados en el Ministerio de Economía y Empresa), la obligación de dar publicidad a las condiciones generales de la contratación que incluyan como cláusulas de sus contratos (art. 7), para lo que se modifica la Ley 7/1998, de 13 de abril (DA 4^a), y la forma de cálculo de la Tasa Anual Equivalente (T.A.E).

El deber de transparencia formal se concreta en la obligación de publicidad de las condiciones generales no sólo en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (RCGC), sino también en la página web del prestamista, si la tuviera. Ambas son obligatorias y no se excluyen entre sí. De no tener página web, deberá tener a disposición de los clientes las mismas y de forma gratuita en los establecimientos abiertos al público (art. 7).

El incumplimiento de esta obligación de publicidad impedirá, según la doctrina, “en todo caso, la inscripción en el Registro de la Propiedad de cláusulas favorables al prestamista...no publicadas en el RCGC⁷, además de proponer otros efectos ante el incumplimiento de la obligación

6 Carlos Balluguera Gómez, “Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad”, en *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario* (Las Rozas, Madrid: Wolters Kluwer, 2019), 2.

7 Vid. Balluguera, “Control...”, 8 ss.

que no conllevan la nulidad del contrato, por entender que esta situación sólo favorecería al predisponente⁸”.

Las DDF 4^a y 5^a de la Ley también modifican el régimen de inscripción de las sentencias firmes dictadas en acciones colectivas o individuales por las que se declare la nulidad, cesación o retractación en la utilización de condiciones generales abusivas, siendo ahora obligatoria la inscripción de todas ellas en el RCGC. Para ello, se modifica el artículo 521.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableciendo la inscripción de oficio por el órgano judicial. Por otra parte, estas medidas facilitan el cumplimiento del deber de transparencia y su control.

El art. 8 regula las partidas de gastos que habrán de ser tenidas en cuenta para el cálculo de la T.A.E.⁹, que se complementa con el Anexo 2, que regula el procedimiento, con su fórmula matemática, y que ha pasado tal cual del Anexo 1 de la Directiva. La Ley hace especial hincapié en que tanto en la publicidad general como en la fase de información personalizada precontractual los prestamistas recojan qué gastos han sido incluidos en la TAE y cuáles otros no han sido incluidos en la misma, procurando que no haya desviación entre los gastos publicitados-comunicados al posible prestatario y los gastos que realmente van a ser asumidos,

8 “El incumplimiento de la obligación de inscripción por el prestamista de las condiciones generales de su hipoteca en el RCGC tiene efectos en el Registro de la Propiedad:

1. Si la falta de depósito es total, los préstamos hipotecarios concedidos por el prestamista no producirán efecto sino en perjuicio del predisponente, que sólo podrá reclamar la restitución del capital en los plazos estipulados, pero sin poder cobrar intereses ni otras cargas del contrato.

2. Si la falta de depósito es parcial, por omisión de una cláusula o divergencia en perjuicio de la persona consumidora, entre la cláusula depositada y el contenido contractual, en ese caso la cláusula divergente será inválida sin posibilidad de integración a favor del acreedor.

3. La falta de depósito total o parcial impide al acreedor poner en mora al deudor hasta tanto que cumpla con tal obligación.

4. Como la obligación de depósito es previa a la conclusión del contrato, por lo general será insubsanable, requiriendo su subsanación un nuevo otorgamiento con consentimiento del deudor.

5. La inscripción de sentencias de nulidad en el RCGC tiene un cierto efecto prejudicial en el Registro de la Propiedad que permite a las personas registradoras, denegar las cláusulas abusivas inscritas en el RCGC con el sólo argumento de citar el lugar de inscripción de la cláusula inválida en dicho Registro”. (Balluguera, “Control...”, 11).

9 Art. 4.14: “Tasa Anual Equivalente” (TAE): el coste total del préstamo para el prestatario, expresado como porcentaje anual del importe total del préstamo concedido, más los costes aparejados, si ha lugar, y que corresponde, sobre una base anual, al valor actual de todos los compromisos futuros o existentes, tales como disposiciones de fondos, reembolsos y gastos, convenidos por el prestamista y el prestatario.

a efectos de saber realmente el coste total del producto a contratar. Si algún gasto no puede ser incluido por desconocerse previamente su entidad, se deberá hacer constar expresamente.

2.2. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO

El prestamista, que debe actuar de manera *honesto, imparcial, transparente y profesional* (art. 5), tiene la obligación de evaluar “en profundidad” la solvencia del potencial prestatario (art. 11), y prestará sus servicios o concederá el préstamo en función de la información obtenida sobre las circunstancias del prestatario, quien deber colaborar y facilitar tal información, sin perjuicio de la consulta a las bases de datos de solvencia patrimonial (art. 11.6).

En concreto, deberá tener en cuenta datos tales como la situación de empleo, los ingresos actuales y los previsibles a lo largo de la vida del préstamo, las propiedades (activos), el ahorro, los gastos fijos, las obligaciones previas del potencial prestatario y el nivel previsible de ingresos tras la jubilación, si el préstamo se extendiese más allá de la vida laboral. El valor de la garantía o su revalorización no pueden ser causa determinante de una evaluación positiva de la solvencia, salvo que el préstamo vaya a ser destinado a la construcción o renovación de la misma.

La doctrina ha puesto de manifiesto que la evaluación de la solvencia del solicitante es la actividad más importante de esta fase previa¹⁰. Asimismo, patentiza que el planteamiento tanto de la Directiva como de la Ley que la adapta se han quedado “cortos” por indefinición¹¹ y que ésta última ha pasado por alto lo verdaderamente novedoso de la Directiva respecto a la obligación de evaluar la solvencia y es que ésta pasa de ser un medio de proteger a la entidad bancaria, en el ámbito de la ordenación

10 Miguel Díez De Los Ríos Flores, “La Ficha Europea del Crédito Hipotecario (FEIN)”, en *El préstamo hipotecario y el mercado de crédito en la Unión Europea*, dir. por María De La Sierra Flores Doña (Madrid: Dykinson 2016), 387.

11 Matilde Cuenca Casas, “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Actualidad Civil* 9 (2019): 2.

y supervisión bancaria, para transformarse en un medio de protección del prestatario frente al sobreendeudamiento.

Se ha desaprovechado, pues, la oportunidad de establecer datos objetivos (*ratios*) que hicieran controlable, de forma sencilla, el cumplimiento de esta obligación por parte de los prestamistas y, por otra parte, imponer sanciones ante su incumplimiento¹², ya sea por investigación insuficiente ya sea por conceder el préstamo a pesar de la evaluación negativa. Se limita a indicar la ley que el prestamista sólo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es “probable” que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan (Art. 11.5).

Una evaluación incorrecta de la solvencia del prestatario no puede ser causa de resolución, rescisión o modificación del préstamo salvo que el error provenga de una conducta dolosa del prestatario, lo que interpretado *a contrario* conlleva que sí pueda ser alegado en caso de ser imputable al mismo. Esencialmente podrá ser una medida de presión por parte del prestamista para modificar el préstamo so pena de solicitar su resolución o rescisión.

Los prestamistas deben contar con procedimientos propios dirigidos a realizar esta labor de evaluación de la solvencia del cliente, cuyo coste no pueden repercutir al prestatario (art. 11.2), si bien al referirse a la comisión de apertura –que se admite por la ley-, hace referencia a los “gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo” (art. 14.4).

Como en la Directiva se daba especial importancia al acceso de las entidades crediticias a los registros de solvencia a los efectos de poder evaluar convenientemente la situación patrimonial del posible prestatario, la Ley modifica la L. 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE núm. 281, de 23 de noviembre de

¹² Propone Matilde Cuenca la pérdida del derecho de cobro de intereses ordinarios o de demora o la subordinación del crédito en el concurso como sanción por conceder el préstamo de manera irresponsable (Cuenca, “Préstamo responsable...”, 10)

2002), autorizado a todas las entidades de crédito y a los intermediarios el acceso a la Central de Información de Riesgos (CIR)¹³.

Si el préstamo es denegado como consecuencia de la consulta realizada a alguna base de datos o fichero de solvencia patrimonial, el prestamista deberá ponerlo en conocimiento del cliente y, en su caso, del fiador o avalista, y proporcionarle una copia de la consulta realizada, informándole del nombre y representante de la base consultada y de sus derechos a acceder y rectificar dichos datos.

Por último, procederá realizar una nueva evaluación de la solvencia cuando se pretenda aumentar el capital prestado con posterioridad, mediante novación del préstamo.

2.3. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL PERSONALIZADA Y ASESORAMIENTO DEL NOTARIO

Aparte de la obligación del prestamista, intermediario o sus representantes de facilitar información general sobre sus contratos de créditos a los potenciales prestatarios (art. 9), deberán también ofrecer al prestatario información precontractual personalizada –una vez que el prestatario haya informado al prestamista sobre sus circunstancias- a efectos de poder comparar con otras entidades. La información personalizada se proporcionará a través de la Ficha Europea de Información Normalizada

13 Art. 61.2º. “Las entidades declarantes y los intermediarios de crédito inmobiliario, tendrán derecho a obtener informes sobre los riesgos de las personas físicas o jurídicas, incluidas las Administraciones públicas, registrados en la CIR, siempre que dichas personas cumplan alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Mantener con la entidad algún tipo de riesgo.
- b) Haber solicitado a la entidad un préstamo o cualquier otra operación de riesgo.
- c) Figurar como obligadas al pago o garantes en documentos cambiarios o de crédito cuya adquisición o negociación haya sido solicitada a la entidad.

Las entidades deberán informar por escrito a las personas en las que concurra el supuesto contemplado por la letra b) precedente del derecho de la entidad previsto en este apartado.

Las entidades conservarán los documentos justificativos de las solicitudes a que se refieren las letras b) y c) precedentes que hayan sido denegadas durante el plazo establecido con carácter general en el artículo 30 del Código de Comercio.

El Banco de España podrá impedir temporalmente el acceso de una entidad declarante a los datos de la CIR cuando haya incumplido sus obligaciones de información con la calidad y exactitud necesarias a juicio del Banco de España”.

(FEIN), cuyo contenido viene descrito en el Anexo 1 de la Ley. Esta ficha tiene la consideración de oferta vinculante (art. 14.1. a) y deber ser proporcionada con al menos 10 días de antelación al momento en que el prestatario pueda quedar vinculado (Art. 10). Asimismo, se le proporcionará una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE)¹⁴.

El artículo 14 describe otros datos que habrán de comunicarse al posible prestatario. La gran mayoría son reiteración del contenido mínimo que establece la FEIN, como distintos escenarios en caso de posible pacto de intereses variables o los gastos atribuidos a cada una de las partes (esencialmente son atribuidos al prestamista salvo la valoración del inmueble, que se atribuye al prestatario y los impuestos, que se remite a las normas tributarias.). Como novedoso, obliga este artículo a entregar copia del proyecto de contrato al prestatario.

Aparte de toda la información y documentación que debe ponerse a disposición del cliente, se debe advertir al mismo que tiene que acudir al notario de su elección para recibir asesoramiento personalizado antes de la firma del contrato. Esta reunión informativa con el notario no es potestativa para el prestatario, sino que se configura como un deber, deber que se extiende a los fiadores y titulares de la garantía. El prestamista debe remitir por medios telemáticos seguros al notario elegido la documentación proporcionada al prestatario. Ante el notario, aparte de

14 A propósito de esta segunda ficha, Ángel Carrasco comenta: “De manera suficientemente expresada, aunque no articulada como objetivo fundamental, la Directiva quería conseguir una suerte de mercado hipotecario uniforme con consumidores en Europa. En una de sus pocas normas de máxima armonización, prohibió que los Estados introdujeran variaciones en la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Pero a los gobiernos españoles no les basta con la «transparencia de baja intensidad» y quieren una transparencia reforzada, recordando lo que aquí pasó (pero sólo aquí) con la cláusula suelo. Más como no pueden modificar la FEIN, simplemente, e ingeniosamente, crean una segunda ficha complementaria que los prestamistas han de entregar (la FiAE, made in Spain), con lo que el resultado es el mismo que se quería prohibir por la Directiva, aunque la misma Directiva, ingenuamente, da por bueno este procedimiento elusivo. De momento, un préstamo inmobiliario al consumo concertado en un Estado miembro distinto de España no podrá producir en España el efecto de transparencia material si el consumidor es residente en España o la finca está sita en España. De hecho, no será ni siquiera inscrito, si es un préstamo hipotecario”; Ángel Carrasco Perera, “Dos datos sabrosos sobre las «Fichas de información» de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Gómez-Acebo & Pombo Publicaciones*, acceso el 1 de abril de 2019, <https://www.ga-p.com/publicaciones/dos-datos-sabrosos-sobre-las-fichas-de-informacion-de-la-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/>.

solventar cualquier duda que la documentación proporcionada por el acreedor le haya podido quedar irresuelta, deberá responder a un test que versará a cerca de la documentación entregada al mismo y la información que se le ha suministrado.

Este test, cuyo contenido no está descrito en la ley, entendemos que debe tratar, al menos, sobre el contenido típico del contrato, por lo que va a constituir un impedimento para la posible futura oposición a la ejecución en caso de producirse la misma, dado que el notario tiene la obligación de hacer hincapié en cada una de las cláusulas de los dos ficheros comentados “con referencia expresa a cada una”.

Producida la comparecencia del cliente ante el notario éste deberá levantar un Acta previa a la firma de la escritura en la que se hará constar el cumplimiento de los plazos establecidos en la ley (mínimo 10 días desde la entrega de la documentación a la firma del contrato), el asesoramiento que se le ha prestado al prestatario, que se le ha prestado información individualizada sobre las cláusulas que constan en las fichas preceptivas (FEIN y FIAE) y que el cliente ha realizado el test previsto. Si el contenido de dicho Acta es negativo, por incomparecencia del prestatario, no se podrá firmar el préstamo. Tampoco podrá otorgar escritura de préstamo el notario si no se hubiere otorgado dicha Acta (art. 22.2), ni inscribir el Registrador escritura en la que no conste la alusión al otorgamiento de este Acta.

El asesoramiento del notario no exime al prestamista de cumplir sus obligaciones de información conforme al art. 14. 2 (art. 15.9), por lo que es previsible que las entidades crediticias acaben implantando algún documento similar al test a realizar por el notario para acreditar el cumplimiento de sus obligaciones en este sentido.

La información precontractual deberá ser conservada por el prestamista durante mínimo 6 años tras la cesación de los efectos del contrato. Transcurrido este plazo, deberá ponerla a disposición del prestatario (D.A. 4^a).

2.4. LA FICHA EUROPEA DE INFORMACIÓN NORMALIZADA (FEIN)

Uno de los objetivos que la Directiva Europea que se traspone perseguía era obtener la máxima armonización entre los estados miembros en lo referente a la información precontractual, con la finalidad de crear un verdadero mercado interior con un grado equivalente de protección de los consumidores. Para ello, crea una ficha de información que debe ser adoptada por los estados miembros sin alteraciones¹⁵, salvo que dichas modificaciones, que sólo se permiten en las instrucciones para rellenar la ficha, conlleven unas medidas de protección más rigurosas. El contenido de la ficha debe constar en un único documento, sin perjuicio del resto de documentación que establezca cada Estado, que obligatoriamente deberá constar en documento aparte. La Ley prohíbe a las comunidades autónomas modificar, en el ejercicio de sus competencias, la información precontractual establecida en la ficha¹⁶.

La ficha contiene una información detallada del producto que se ofrece y está adaptada a los datos que han sido suministrados por el posible cliente. Existe algunas pequeñas contradicciones entre lo que viene recogido en la ficha –que no puede ser modificado por los estados miembros-, y la regulación que contiene la Ley, como por ejemplo, la declaración que hace la introducción de que la emisión de la ficha no obliga a la entidad a conceder el préstamo, cuando la Ley establece que la ficha tendrá el carácter de oferta vinculante para la entidad (a diferencia de lo que

¹⁵ El esquema de la ficha es el siguiente:

Texto introductorio. 1. Prestamista. 2. Intermediario de crédito. 3. Características principales del préstamo. 4. Tipo de interés y otros gastos. 5. Periodicidad y número de pagos. 6. Importe de cada cuota. 7. Tabla ilustrativa de reembolso. 8. Otras obligaciones. 9. Reembolso anticipado. 10. Elementos de flexibilidad. 11. Otros derechos del prestatario. 12. Reclamaciones. 13. Incumplimiento de los compromisos vinculados al préstamo: consecuencias para el prestatario. 14. Información adicional. 15. Supervisor.

¹⁶ Disposición adicional quinta. Desarrollo autonómico. Sin perjuicio del desarrollo de la legislación básica estatal que realicen las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias asumidas estatutariamente, la información precontractual a facilitar a los prestatarios debe ser homogénea, en aras de la unidad de mercado, de tal forma que puedan valorar adecuadamente las diferencias entre unas ofertas y otras en todo el territorio español, por lo que la normativa autonómica deberá respetar los modelos normalizados de información que se establezcan por la normativa básica, y no podrá exigir adicional documentación complementaria que pueda producir confusión en el prestatario y distorsione el objeto de la normativa básica de transparencia.

sucedía con la anterior ficha de información personalizada –FIPER-, establecida por la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261 de 29 de octubre de 2011) que no era, en principio, vinculante).

La ficha, como oferta vinculante para el prestamista, es esencialmente temporal. Lo contrario llevaría a entenderle obligado sin plazo a unas condiciones que han podido variar por el transcurso del tiempo. Por ello, la misma ficha debe establecer un plazo de validez que no puede ser, según la Ley, inferior a 10 días. Las instrucciones para rellenar la ficha la colocan en el texto introductorio e indican que “la fecha de validez figurará debidamente destacada. A los efectos de esta sección, se entiende por «fecha de validez» el plazo hasta el cual la información contenida en la FEIN, el tipo de interés, por ejemplo, se mantendrá inalterada y será de aplicación en caso de que el prestamista decida otorgar el crédito dentro de ese plazo”.

El incorporar las ofertas de las diferentes entidades en una ficha igual facilita al prestatario la comparación entre todas ellas haciendo más fácil la adopción de una decisión, en primer lugar, sobre la misma contratación y, en su caso, sobre cuál de los préstamos le resulta más conveniente o se ajusta mejor a sus necesidades-deseos.

2.5. TASACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES

La ley contempla la obligatoriedad de la tasación de las garantías aportadas por sociedad independiente, aunque no se pacte la ejecución hipotecaria o la venta extrajudicial. Es uno de los gastos que el prestatario debe asumir por Ley (Art. 14.1.e) i.)

A este tenor, la DA 10^a se remite a la aprobación, en el plazo de 6 meses desde la entrada en vigor de la Ley, de una norma que regule la homologación de profesionales-tasadores a efectos de la Ley. Además, y

en el mismo plazo, evaluará la conveniencia de modificar las actuales normas de valoración de inmuebles.

Por su parte, la DA 1^a modifica el artículo 129 de la Ley Hipotecaria (LH) elevando de 75% al 100% del valor de tasación requerido como tipo para la subasta en la ejecución notarial y estableciendo que, en ningún caso, podrá ser inferior al establecido como valor de tasación a efectos de subasta en el procedimiento judicial. El problema surgirá cuando, usando de la facultad que contempla el artículo 682 de la Ley 1/2000. De 7 de enero de Enjuiciamiento Civil -LEC- (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000), los interesados hayan tasado la finca en una cantidad comprendida entre el 75% y el 99 % del valor de tasación a efectos de subasta judicial. En este supuesto, se deberá renunciar a la ejecución notarial, ya que no puede cumplir las dos condiciones que ha introducido la Ley, a saber, que el tipo para subasta notarial sea el 100% del valor de tasación y que este tipo sea idéntico al pactado para la ejecución judicial.

3. CONTENIDO DEL CONTRATO

La Ley regula prácticas crediticias y cláusulas contractuales que ha estado en el punto de mira de nuestros tribunales en los últimos años, en relación con la protección del consumidor.

3.1. LAS VENTAS VINCULADAS

Respecto a la oferta de préstamos, la ley prohíbe (art. 17), en general, las ventas vinculadas –no así la ventas combinadas-; aunque excepciona aquellas que hayan sido autorizadas por la autoridad competente –previo informe del Banco de España u otro organismo consultivo por su ámbito de competencia- por acarrear un claro beneficio a los prestatarios.

También se autoriza la imposición de la obligación de suscribir un seguro para cubrir el incumplimiento de las obligaciones establecidas en

el préstamo o del seguro de daños en el inmueble cuando se trate de un préstamo hipotecario, pero en ambos casos el prestatario podrá elegir a un proveedor del seguro distinto del prestamista quien no podrá rechazar el seguro si las prestaciones del tercero se ajustan a lo que él mismo hubiera propuesto al prestatario.

Critica la doctrina la falta de rigor al incluir la obligación de suscripción de un contrato de seguro “con obligación de aceptar pólizas alternativas” como una venta vinculada, cuando por su caracterización debiera haberse incluido en el concepto de venta combinada, sí admitida por la Ley. Si la finalidad era impedir la modificación de las condiciones del préstamo o, en su caso y como contempla la Ley, el cobro de cargos adicionales por el análisis de las pólizas alternativas, se podría haber establecido expresamente. “Se llega al absurdo de entender como excepción a la prohibición de ventas vinculadas, la admisión de ciertas ventas vinculadas cuando dejen de ser vinculadas”¹⁷.

Por último, se admite la vinculación del préstamo a la adquisición de ciertos productos financieros -parece ser que públicos: “Establecidos por orden de la persona titular del Ministerio de Economía y Empresa”- por parte del prestamista o sus familiares cercanos con la finalidad de servir de garantías del préstamo.

Cuando la oferta crediticia de la entidad contenga alguna de estas manifestaciones, La FEIN deberá advertirlo (en su sección 8^a “otras obligaciones”), indicando las características mínimas que deba tener el producto de otra entidad para ser aceptado por el prestamista y de los efectos económicos de la cancelación separada del préstamo o de los otros productos contratados sobre el coste conjunto, si se admite.

17 Covadonga Díaz Llavona, “Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, ¿cambiará algo para la distribución banco-aseguradora?”, *Diario LA LEY* 9387 (2019): 5.

3.2. PRÉSTAMOS EN DIVISA EXTRANJERA

Si el préstamo se va a verificar en moneda extranjera, la FEIN debe contener obligatoriamente una serie de disposiciones relativas a esta modalidad contractual, dentro de su apartado 3, relativo a las “características del contrato”:

- Que el prestatario recibirá comunicaciones periódicas o advertencias mínimo cuando el préstamo haya sufrido una fluctuación superior al 20 %, informando de la facultad de cambiar de divisa.
- El aumento que puede experimentar el préstamo si la divisa nacional –euro- disminuye su valor respecto de la divisa del préstamo en, al menos, un 20%.
- Importe máximo que deba reembolsar el prestatario, si se ha pactado algún tipo de mecanismo para limitar los posibles efectos perjudiciales de las modificaciones del tipo de cambio en las monedas que intervienen en el contrato.

En cumplimiento de las anteriores estipulaciones contenidas en la ficha, el art. 20 de la Ley reconoce el derecho del prestatario de modificar el préstamo a una moneda alternativa y regula el deber del prestamista de informar periódicamente –en los términos y plazos que se establezcan por el Ministerio de Economía- al prestatario del incremento que se haya producido en el préstamo por las modificaciones del tipo de cambio. Esta notificación se realizará, en todo caso, si el importe adeudado por el prestatario sufriera un incremento de más del 20% respecto del importe que se debería si se aplicase el cambio vigente a fecha de celebración del contrato.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 20 determinará, en favor del prestatario *consumidor*, la nulidad de la cláusula multdivisa, permitiendo al prestatario solicitar la modificación del contrato como si el mismo se hubiera pactado en su moneda desde el inicio.

3.3. TIPO DE INTERÉS REMUNERATORIO

Respecto del tipo de interés pactado en el contrato (art. 21), se prohíbe la modificación del mismo constante el contrato en perjuicio del prestatario, salvo acuerdo recogido por escrito. En caso de modificación del mismo, la variación del coste del préstamo se deberá ajustar a un índice de referencia objetivo.

El artículo 14 obliga a incluir en la FiAE una explicación a “los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable”.

Si se pacta un tipo de interés variable, el tipo de referencia deberá ser claro, objetivo y fácilmente verificable por las partes del contrato y por las autoridades. Además, deberá constar en documento separado, dentro de la información contractual personalizada que se facilita al posible prestatario, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés (Art. 14.1.c.). El tipo de interés no debe ser susceptible de influencia por el propio prestamista y los datos que configuren dicho tipo deben resultar de un procedimiento matemático objetivo.

Se prohíbe la llamada “cláusula suelo” y excluye la aplicación de un interés negativo, terminando con la duda sobre la legalidad de la cláusula inserta en los contratos, en esta última época de EURIBOR negativo, de prohibir la liquidación de intereses negativos.

3.4. AMORTIZACIÓN ANTICIPADA A VOLUNTAD DEL PRESTATARIO

La Ley también regula el reembolso o amortización anticipada parcial o total de la deuda por voluntad del prestatario, que se caracteriza como un derecho ejercitable en cualquier momento de la vida del préstamo, estableciendo como único requisito cumplir un plazo de preaviso a pactar que, en cualquier caso, no puede ser superior a un mes. Cuando el prestatario comunica al prestamista su intención de amortizar anticipadamente parte o el total de la deuda, éste debe, en el plazo de 3 días,

facilitarle la información necesaria para que el cliente pueda sopesar las consecuencias económicas de tal decisión. En caso de inclinarse por la amortización, el prestatario tiene derecho a la reducción de los costes del préstamo proporcionales al tiempo que faltase para su vencimiento natural y a la cancelación de los contratos de seguro accesorios, con devolución de la parte proporcional de la prima, salvo que manifestase expresamente su deseo de continuar con los mismos.

Por su parte, se podrá pactar en el contrato una compensación para el prestamista en caso de ejercicio de este derecho de reembolso anticipado, pero esta compensación-comisión, que se concreta en “importe de la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista¹⁸” no podrá superar ciertos límites, que varían según el tipo de interés fijo o variable pactado en el contrato y el tiempo que haya transcurrido desde su constitución.

Si el tipo de interés pactado fue variable y el reembolso anticipado se produce en los primeros 3 años de vida del préstamo, la compensación no podrá superar el 0,25 % del capital reembolsado, mientras que si el reembolso se produce en los 5 primeros años el porcentaje se reduce al 0,15 %.

En caso de modificación posterior del tipo de interés a fijo, o de subrogación de un nuevo acreedor con cambio de interés a fijo, la comisión por reembolso anticipado no podrá superar el 0,15 % si se produce en los 3 primeros años de vida del préstamo y no podrá exigirse ningún tipo de

18 Art. 23.8: La pérdida financiera sufrida por el prestamista (...) se calculará, proporcionalmente al capital reembolsado, por diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento del reembolso anticipado y el valor presente de mercado del préstamo. El valor presente de mercado del préstamo se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión.

comisión si ya han transcurrido esos 3 años (art. 23.6). La Ley pretende favorecer la conversión de los contratos a interés fijo¹⁹.

Si el tipo de interés pactado fuera fijo, la comisión no podrá superar el 2% de la cantidad amortizada, si se produce durante los 10 primeros años del préstamo o del 1,5 % si se produce en cualquier momento posterior.

3.5. VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL PRÉSTAMO POR INCUMPLIMIENTO

El artículo 24 de la ley regula el vencimiento anticipado del préstamo por impago del capital del préstamo o de sus intereses, y llaman la atención dos cuestiones. En primer lugar, que en este epígrafe la ley no mencione expresamente la condición de consumidor que debe concurrir en el prestatario cuando el contrato tenga por objeto “adquirir o conservar derechos de propiedad”, tal y como menciona el artículo 2.1.b) de la ley, y tampoco lo haga al introducir en la Ley Hipotecaria (aprobada su redacción por Decreto de 8 de febrero de 1946, BOE núm. 58 de 27 de febrero de 1946) un nuevo art. 129 bis con el mismo contenido que este artículo (Disposición Final 1ª Cuatro). En segundo lugar, que el vencimiento anticipado se configure como una consecuencia legal si concurren los requisitos, y no como un posible pacto a introducir en el contrato. En su epígrafe segundo manifiesta que no se admitirá pacto en contrario²⁰.

19 La Exposición de Motivos lo explica así: “Igualmente reseñable es la opción de favorecer la subrogación y la novación modificativa de préstamos cuando tengan por finalidad la modificación del tipo de interés variable a uno fijo. El objetivo perseguido es lograr que los prestatarios puedan conocer con exactitud el coste que en el medio y largo plazo les va a suponer la financiación que contratan, lo que les permitirá realizar una planificación financiera a largo plazo, a la par que favorece la simplicidad en la redacción de los contratos y en consecuencia la transparencia con los prestatarios. En todo caso, la regulación trata de establecer un punto de equilibrio entre facilitar a las personas físicas el reembolso de sus préstamos y no generar escenarios adversos en los prestamistas respecto de la oferta de contratos de préstamo a tipo fijo, en los que el riesgo de tipo de interés es mayor”.

20 “El legislador opera como si modificara ex lege los contratos anteriores, de forma que quedan suprimidas las cláusulas (presumiblemente) negras que contenían y sustituidas por las del artículo 24, que se supone que «pasan el corte» de validez”. Ángel Carrasco Perera: “Vencimientos anticipados del crédito hipotecario a partir del 16 de junio de este año”, *Gomez Acedo&Pombo*

Las condiciones que impone la ley para que se produzca el vencimiento anticipado son: La existencia de mora en el pago, tanto de capital como de intereses; cualificación del retraso en el pago, que veremos a continuación y requerimiento de pago al prestatario dando plazo para su cumplimiento –mínimo un mes- y con advertencia de que su incumplimiento dará lugar a la reclamación de la totalidad de las cantidades adeudadas, perdiendo el beneficio de plazo.

En cuanto a la gravedad del incumplimiento que puede dar lugar al vencimiento anticipado depende del momento de la vida del préstamo en el que nos encontremos. Si el incumplimiento se produce en la primera mitad de vida del préstamo, se requerirá que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al 3% del capital del préstamo o equivalgan al impago de 12 plazos mensuales o el número de cuotas –si no son mensuales- que equivalgan a un incumplimiento de la obligación de pago por un plazo equivalente a 12 meses.

Si el incumplimiento se produce en la segunda mitad del préstamo, se requerirá que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al 7% del capital del préstamo o equivalgan al impago de 15 plazos mensuales o el número de cuotas tal –si no son mensuales- que equivalgan a un incumplimiento de la obligación de pago por un plazo equivalente a 15 meses.

3.6. INTERÉS DE DEMORA

El tipo de interés de demora aplicable a los préstamos o créditos hipotecarios concluidos por persona física y que estén garantizados mediante hipoteca de bienes muebles de uso residencial será el interés remuneratorio pactado elevado en 3 puntos y sólo se devengará sobre el capital vencido y pendiente de pago, no pudiendo ser capitalizados.

Publicaciones, acceso el 8 de abril de 2019, <https://www.ga-p.com/publicaciones/vencimientos-anticipados-del-credito-hipotecario-a-partir-del-16-de-junio-de-este-ano/>

El legislador se apartó del criterio contenido en el proyecto de ley, de establecer como interés de demora el incluido en la Ley Hipotecaria por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2013) consistente en aplicar el triple del interés legal del dinero; en consonancia con la última doctrina del Tribunal Supremo, que había establecido el límite en el interés remuneratorio más dos puntos. Finalmente ha optado por un tipo de interés determinado o fijo, en cuando no establece un máximo con una posible horquilla en cuyos extremos debe “colocarse” el interés pactado en el contrato para ser válido –lo que igualmente acarrearía solicitudes de nulidad de la cláusula-, sino que el tipo de interés es el que establece la ley, y no hay posibilidad de modificarlo.

Al igual que sucede con el vencimiento anticipado, tampoco se admite pacto en contrario, por lo que estamos ante un interés de demora “legal” o por imperativo legal. La E. M. de la Ley justifica ambas medidas: “Se persigue impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas y, a la vez, robustecer el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes”.

4. LA SUBROGACIÓN EN EL PRÉSTAMO

Para concluir, nos resta poner de manifiesto otra modificación en el régimen de la hipoteca, en fase de ejecución del contrato, que favorece la posición del prestatario. La Disposición Final 3ª modifica el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (BOE núm. 80, de 4 de abril de 1994), el cual permitía que la prestamista originaria pudiera paralizar la “fuga” del préstamo a otra entidad con tal de que, al menos, igualase la oferta realizada por la entidad a la que el prestatario pretendía trasladar su préstamo. La modificación consiste en que se elimina la posibilidad de que la entidad

prestamista subrogada pueda enervar la subrogación, aunque iguale o mejore las condiciones de la prestamista subrogante, dependiendo exclusivamente del prestatario la decisión de quedarse en la actual entidad o traspasar el préstamo a la nueva.

Esta facilidad concedida al prestatario permite al mismo eludir el plazo mínimo de 3 años establecido en la 693.3º LEC para volver a enervar la ejecución del inmueble-vivienda habitual frente al acreedor. Entiendo que, modificada la entidad crediticia, habría un “borrón y cuenta nueva” en lo que se refiere a los plazos, ya que una nueva “liberación” del bien se produciría frente a otro acreedor.

5. CONCLUSIONES

La Ley da cumplimiento -parcial- al deber de transposición de la Directiva e introduce nuevas garantías para la protección de los contratantes de créditos que se traducen, sobre todo, en un refuerzo de los deberes de asesoramiento e información y en un agravamiento de la obligación de comprobar la solvencia del prestatario, fomentando los créditos responsables.

Por otra parte, y tras la lectura de la misma, permanece la impresión de que, a su vez, se ha intentado “solucionar” o quitarse de en medio el problema de las masivas solicitudes de declaración de nulidad de determinadas cláusulas insertas en los préstamos hipotecarios ya celebrados, que a su vez han dado lugar a cuestiones prejudiciales que han terminado con sentencias del Tribunal de Justicia de la UE que, la mayoría de las veces, han puesto en entredicho la protección dispensada al consumidor.

Como ejemplo, la disposición transitoria primera de la Ley declara la no aplicación de la misma a los contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor; pero a continuación establece la excepción a la irretroactividad respecto de la cláusula de vencimiento anticipado cuyas reglas, establecidas en el artículo 24 de la ley les serán de aplicación

siempre que no se hubiera declarado ya su vencimiento anticipado. Y la reciente Sentencia de TJUE, de 26 de marzo de 2019 (ECLI:EU:C:2019:250), acaba de declarar la no integración por el Juez de esta cláusula y su exclusión del contrato cuando pueda persistir sin la misma – que puede- y salvo que el “consumidor” quiera renunciar a su nulidad por serle más favorable. Si no se verifica esta renuncia, al prestamista no le queda otra que iniciar un procedimiento declarativo, apoyado en el artículo 1124 del Código civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889, publicado en la Gaceta de Madrid con fecha 25 de julio de 1889)-, solicitando la resolución por incumplimiento, procedimiento que demora la satisfacción de las pretensiones del prestamista frente al prestatario incumplidor. Pues bien, aquellos contratos que no hayan sido declarados vencidos anticipadamente van a poder “eludir” en el futuro lo que hubiera sido la más que probable oposición a la ejecución por parte del prestatario, con pretensión de declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por abusiva o por falta de transparencia de la misma.

También la obligación de documentar, mediante un Acta notarial – con su presunción de certeza–, el cumplimiento de los deberes de asesoramiento e información, Acta en la cual el notario debe hacer constar que se le ha proporcionado correctamente al prestatario toda la documentación precontractual requerida en la ley, que comprende las cláusulas individuales incluidas en el FEIN y que ha superado un test sobre las mismas, va a hacer muy difícil que pueda declararse con posterioridad la falta de transparencia de las cláusulas insertas en el contrato.

En fin, la ley deja una sensación agridulce: mejora la posición del prestatario en cuanto a la información y asesoramiento que se le debe prestar y a la determinación imperativa por la ley de las cláusulas contractuales que más problemas han venido dando en relación a su posible carácter abusivo, pero da la sensación que se ha quedado corta. Habrá que esperar a los numerosos desarrollos que anuncia la Ley para tener una visión completa de la reforma operada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ballugera Gómez, Carlos. “Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad”. En *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Las Rozas, Madrid: Wolters Kluwer, 2019.
- . “Anotaciones de un notario perplejo al Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”. *Diario La Ley*, 9047 (2017).
- Cabanas Trejo, Ricardo. “La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”. en *Diario La Ley*, 9379 (2019).
- Carrasco Perera, Ángel. “Dos datos sabrosos sobre las «Fichas de información» de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario”, *Gómez-Acebo& Pombo Publicaciones*. Acceso el 1 de abril de 2019, <https://www.ga-p.com/publicaciones/dos-datos-sabrosos-sobre-las-fichas-de-informacion-de-la-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/>.
- . “Vencimientos anticipados del crédito hipotecario a partir del 16 de junio de este año”, *Gomez Acedo&Pombo Publicaciones*. Acceso 8 de abril de 2019, <https://www.ga-p.com/publicaciones/vencimientos-anticipados-del-credito-hipotecario-a-partir-del-16-de-junio-de-este-ano/>.
- Cuena Casas, Matilde. “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”. *Actualidad Civil* 9 (2019).
- Díaz Llavona, Covadonga. “Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, ¿cambiará algo para la distribución banco-aseguradora?”. *Diario La Ley* 9387 (2019).
- Díez de Los Ríos Flores, Miguel. “La Ficha Europea del Crédito Hipotecario (FEIN)”. En *El préstamo hipotecario y el mercado de crédito*

en la Unión Europea, dirigido por María De La Sierra Flores Doña, 379-404. Madrid: Dykinson, 2016.

Moya Fernández, Antonio, José Javier Villanueva Redondo y Javier Colino Sánchez-Ventura. “El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 48 (2018): 102-117. https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5806/documento/foro_esp_05.pdf?id=7882

María Sandra Velázquez Vioque
Ilustre Colegio de Abogados de Cáceres
Av. Virgen de la Montaña, 6
10002 Cáceres (España)
sanvelvio@gmail.com

MONOGRÁFICO
HERMENÉUTICA JURÍDICA



**LOS DERECHOS HUMANOS EN UN ÁMBITO DE
INTERCULTURALIDAD, VISIÓN DESDE UNA
HERMENÉUTICA ANALÓGICA**

***HUMAN RIGHTS IN AN AREA OF INTERCULTURALITY, VI-
SION FROM AN ANALOG HERMENEUTICS***

MAURICIO BEUCHOT

Universidad Autónoma de México

Recibido: 15/05/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

En ámbitos de multiculturalidad es fácil desvirtuar la idea de derechos humanos, ya que puede perderse una de sus características fundamentales, su universalidad; de ahí que sea mejor considerarlos de la hermenéutica analógica, lo cual significa pensarlos tratando de no caer en univocismos cerrados que acaben imponiendo por la fuerza una visión única, ni en equivocismos que puedan llevar a un relativismo disolvente. Partiendo de la idea de derechos humanos y de una visión intercultural de las relaciones entre las diversas culturas, la hermenéutica analógica, mediante el diálogo y a la luz de los universales análogos, puede ofrecer instrumentos y respuestas al problema de la universalidad de los derechos humanos, a través, en suma, de un diálogo intercultural.

Palabras clave: Derechos humanos, hermenéutica analógica, multiculturalismo, interculturalidad, universales análogos, Diálogo intercultural.

ABSTRACT

In multicultural fields it is easy to distort the idea of Human Rights, since one of its fundamental characteristics, its universality, can be lost; hence it is better to consider them of analogical hermeneutics, which means thinking them

trying not to fall into closed univocisms that end up imposing a single vision by force, or in mistakes that can lead to solvent relativism. Starting from the idea of human rights and an intercultural vision of the relations between the different cultures, analogical hermeneutics, through dialogue and in the light of analogous universals, can offer instruments and answers to the problem of the universality of Human Rights, in short, through an intercultural dialogue.

Keywords: Human rights, analogical hermeneutics, multiculturalism, interculturality, analogical universals, intercultural dialogue.

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *Idea de los derechos humanos.* 3. *Noción de cultura.* 4. *El multiculturalismo y la interculturalidad.* 5. *Los derechos humanos en el multiculturalismo.* 6. *La crisis de los derechos humanos debida al multiculturalismo.* 7. *El problema de la universalidad: los universales análogos.* 8. *Universales análogos y derechos humanos.* 9. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

En nuestros países suele darse la multicultura, por lo que los derechos humanos se encuentran en un ambiente de interculturalidad. Esto acarrea problemas, ya que tan importantes derechos pueden ser entendidos de manera diferente. Y hay que ver hasta dónde, pues no pueden estirarse tanto que pierdan su esencia. En ella se encuentra su vocación a la universalidad, pero, dado que se realizan en un ámbito multicultural, tiene que permitirse la particularidad que les imprimen las diversas culturas, pero el gran problema es hasta dónde se puede permitir esa diversidad.

Por ello deseo tratar aquí el tema de la universalidad de los derechos humanos, frente a su aplicación en culturas particulares; y para ello usaré la hermenéutica —de hecho, un tipo especial de hermenéutica, a la que llamo “hermenéutica analógica”. Ella nos ayudará a equilibrar proporcionalmente la universalidad de los derechos humanos y la particularidad de las culturas en las que se realizan. En efecto, esa universalidad de los derechos humanos plantea problemas cuando éstos se dan en un ámbito multicultural, porque pueden ser diversamente entendidos y hasta

negados. Hay que buscar cómo se realizan allí. Hay que procurar conservarles su universalidad. De otra manera se evaporan en el aire.

Asimismo, esa diversidad en la interpretación parece restar su universalidad, o ponerla en tela de juicio. Y conviene ver cómo se puede salvaguardar, aun respetando las diferencias con las que se entienden. Ya ha habido intentos de ello, como la utilización de una hermenéutica diatópica, por Boaventura de Souza Santos, y la hermenéutica analógica pretende lo mismo: salvaguardar las diferencias y al mismo tiempo conservar la universalidad, aunque sea diferenciada, como veremos que se hace en una universalidad analógica, es decir, con universales análogos. Ellos pueden ayudarnos en nuestro problema.

2. IDEA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos son derechos pensados para todos los hombres, por el hecho de ser tal.¹ Son individuales y también comunitarios. Los primeros limitan la injerencia de la comunidad, los segundos trascienden los intereses particulares. Los primeros fueron declarados por la ONU en 1948. Los segundos han ido surgiendo poco a poco.²

Tienen, pues, una intención universalista. Son para todos. Algunos dicen que esto se consigue con los derechos individuales (del liberalismo), porque los colectivos (del comunitarismo) se supeditan a los grupos culturales o étnicos. Incluso dicen que con puros derechos humanos individuales se puede lograr lo que se pretende con los comunitarios. Lo cual no me parece claro.

Los derechos humanos comunitarios surgen por analogía con los individuales. Así como la persona tiene derecho a la vida, a la integridad, a sus ideas, etc., así una cultura tiene derecho a sobrevivir, a mantener su

¹ J. M. Enríquez et al., *Educación plena en derechos humanos* (Madrid: Trotta, 2014), 74 ss.

² N. López Calera, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos* (Barcelona: Ariel, 2000), 33 ss.

lengua, su religión, etc. Siempre en la medida en que no lesionen el bien común, por ejemplo de un país.

La fundamentación más aceptada de tales derechos es la de Kant, basada en la dignidad del hombre. Ésta se concede a todos los hombres, sean retrasados mentales, criminales, etc. E implica que esos derechos son universales. Esa universalidad que pretenden es un aspecto constitutivo suyo, de modo que si se la quita, se los destruye. Pero esa universalidad se da concretizada y particularizada en lo singular, temporal, histórico, cultural. De ahí su relación problemática con las culturas.

El problema que se da en el ámbito multicultural es triple: 1) que algunas culturas no los conozcan o no los entiendan; 2) que, a pesar de haberlos conocido y entendido, no los reconozcan o acepten; y 3) que los viole sistemáticamente.

Cuando una cultura no los conoce o reconoce, algunos (univocistas) proponen usar la fuerza; otros (equivocistas o relativistas) dicen que hay que dejarlos así. Por eso se necesita una postura intermedia, que usará el diálogo.

En realidad, es raro que sean negados los derechos humanos, pero puede suceder. Lo más frecuente es que sean entendidos de diversa manera. Lo ideal es evitar la violencia, la cual ha sido empleada para defender estos derechos; que sólo sea usada cuando no quede otro recurso. Pero hay que procurar siempre el diálogo y la educación.

Es necesario tratar de comprender a la otra cultura, para poder juzgarla y hasta criticarla. Hay que rechazar el absolutismo univocista y el relativismo equivocista. Esa comprensión y esa crítica, en vistas al diálogo, la da de manera eminente la hermenéutica y, como veremos, mejor una hermenéutica analógica, que evite ese univocismo y ese equivocismo que se han mencionado. Pero hay que examinar antes, brevemente, la noción de cultura.

3. NOCIÓN DE CULTURA

¿Qué es una cultura? Es el cultivo de todo aquello que nos ayuda a ubicarnos en la realidad del entorno, tanto natural como social.³ No hacemos cultura sólo para sobrevivir, sino también para convivir. De ahí viene la identidad cultural, la pertenencia a un grupo o comunidad. De ahí surge el derecho a la diferencia, pero también a la identidad. Que me acepten como diferente (*i.e.* perteneciente a una cultura) y se respete mi identidad (como miembro de esa cultura). Y esto se hace en el marco de la justicia. Además, a veces las identidades individuales entran en conflicto con las identidades colectivas. Por eso hay que lograr el equilibrio, por ejemplo entre derechos individuales y colectivos.

La cultura ayuda a una sociedad a adaptarse a la naturaleza. El problema es ahora compaginar la estructura con la libertad. Sartre contra Lévi-Strauss. Lo existencialista contra lo estructuralista. El liberalismo contra el comunitarismo. La cultura consiste en todas las funciones e instituciones que llevan a la sociedad a sus metas.⁴ Ni pura libertad ni puro funcionalismo. En ella el hombre produce y se produce, se realiza. Es decir, produce objetos, pero también ellos lo producen a él como sujeto. Se cubren las necesidades y se construye la libertad. Es la sociedad, donde se trabaja y se ama, según decía ya Aristóteles en la *Política*. Mas no sólo se producen objetos, también signos. Son también objetos, pero que representan algo. Hay una producción de signos, semiológica o semiótica. Sobre todo de símbolos, que son decisivos para la cultura.

El símbolo tiene más de un significado. Por eso es el signo más rico, más cargado de sentido, porque lleva afectos. Es lo más humano y, por consiguiente, lo más cultural. Ya de por sí la producción de signos es fundamental para la sociedad, signos lingüísticos para la comunicación. Pero todavía lo son más los símbolos, porque dan sentido. Por ello el hombre supera al animal, se expresa y se comunica de manera más

3 B. Echeverría, *Definición de la cultura* (México: UNAM-Itaca, 2001).

4 Echeverría, *Definición de la cultura...*, 45.

subida. Por eso Bolívar Echeverría llama a la cultura “transnaturalización”.⁵

Pero, al cultivar la identidad del hombre, la cultura es el momento autocrítico en el que un grupo humano construye su individualidad, su identidad. Lo principal en ella es lo simbólico: el mito, el rito, la poesía. Es decir, el juego, la fiesta y el arte. El juego implica la poesía, la fiesta el rito y el arte el mito.

La cultura ha llegado a ser índice de modernidad. Se elige una mayor cultura. Se distingue entre alta cultura y baja cultura. La cultura moderna se centra en la razón, es un antropomorfismo. Es el progreso y el consumismo. Pero lleva al sinsentido y la náusea, al vacío, aunque también suscita crítica y utopía.

Si en la cultura son importantes los símbolos, uno de ellos han llegado a ser los derechos humanos. Puede decirse que son índice de avance y perfeccionamiento de una cultura. No puede decirse que son privativos de alguna de ellas, ya que, de una manera o de otra, se encuentran en la mayoría. Pero son diferentemente entendidos, o a veces negados (o desconocidos), y eso hace que haya problemas.

4. EL MULTICULTURALISMO Y LA INTERCULTURALIDAD

Baste esto por lo que hace a la cultura. Avancemos un poco más. El multiculturalismo es el fenómeno de pluralidad de culturas. Ahora se prefiere “interculturalidad”, porque las culturas interactúan, inevitablemente.⁶ Al modelo que trata de explicarlo se le llama “pluralismo cultural”. El pluralismo cultural puede ser unívoco. Sólo una cultura es la buena, y ha de imponerse. O es equívoco. Todas las culturas son válidas

5 Echeverría, *Definición de la cultura...*, 145.

6 D. de Vallescar Palanca, “La cultura: consideraciones para el encuentro intercultural”, en *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*, coord. por G. González R. Arnaiz (Madrid: Biblioteca Nueva, 2002), 141-162.

y hay que dejarlas que hagan lo que hacen. Ambos extremos son peligrosos.

El multiculturalismo es la existencia de varias culturas en un estado, es decir, en una comunidad mayor. Reciben, por otro nombre, el de naciones, pueblos o etnias. Es un estado multicultural. Pero, ya que multiculturalismo es de origen liberal e implica dominación, se prefiere la interculturalidad. Además, multiculturalismo a veces significa que las varias culturas sólo están yuxtapuestas, mientras que interculturalidad significa que interactúan, que conviven.

Pero se trata de que interactúen sin perder su identidad. Hay que evitar tanto el asimilacionismo como el segregacionismo. Una postura intermedia es el pluralismo cultural, y el que me interesa proponer es el pluralismo cultural analógico. Ya que *analogía* es proporción, a cada cultura debe aceptársele la porción de ideas y valores que son aceptables y criticar los que son inaceptables. Es la proporción en que debe respetarse la diferencia y procurar la semejanza entre culturas. En nuestro caso, entre derechos individuales y grupales.

Hay diversos pluralismos. Uno es el liberal, inclinado a los derechos individuales; otro es el comunitarista, inclinado a los derechos colectivos o grupales. Pero el liberalismo resulta muy unívoco y el comunitarismo muy equívoco, demasiado relativista. También ha habido mezclas. Por ejemplo, el republicanismo, que puede ser más liberal o más comunitario.⁷ Siempre habrá conflictos de valores, pero se puede llegar a acuerdos por deliberación. Esos acuerdos, aunque son de política y derecho, necesitan bases éticas, más filosóficas y universales. Aquí vuelve a presentarse la necesidad de elementos universales.

7 R. Rodríguez Guerra, "Liberalismo, pluralismo y política. Notas para una política del pluralismo", *Laguna* 10 (2002): 184.

5. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MULTICULTURALISMO

Taylor y Walzer plantean el problema de cómo satisfacer las justas demandas de las culturas (incluso minoritarias), otorgándoles sus derechos propios, sin lesionar los derechos humanos, que son universales.⁸ Es la oscilación entre lo individual y lo universal. Hay un balance entre la universalidad de los derechos humanos y la particularidad de las culturas en las que se realiza. Hay que equilibrarlas.

Algunos privilegian la prudencia o *phrónesis* (Gadamer, MacIntyre, Ferrara), pero creo que también hace falta potenciar la epiqueya o equidad, que es la aplicación de un derecho, que es universal, al caso, que es particular.

Pero hay que poner límites tanto a lo universal como a lo particular, a los derechos humanos y a las diferencias de las culturas. Así, en analogía con los derechos individuales, las culturas tienen derecho a defenderse, a desarrollarse y a prosperar. No sólo a resistir, sino a subsistir. Pero en la medida en que no se opongan a los derechos humanos.

De las culturas, hay que propiciar lo constructivo y rechazar lo destructivo. Así, los derechos individuales sirven de límite a los colectivos y viceversa. Pero hay que defender siempre a la persona (contra el grupo). Es el caso de defender a la patria, pero al hacerlo también se defiende al individuo. Otras veces no se defiende a la persona al defender al grupo, como en las prácticas contra las mujeres.

En el caso extremo de culturas que nieguen los derechos humanos, hay que evitar en lo posible la violencia, y usar la persuasión y la educación en el diálogo. Puede ayudar el darles a los derechos humanos individuales una visión más comunitarista. Nuestra modernidad ha sido muy individualista, y se requiere más sentido del bien común.

8 R. Taylor, *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"* (México: FCE, 1993); M. Walzer, *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad* (México: FCE, 1997).

En realidad, aplicamos los derechos humanos de manera diferenciada, matizada, adaptada a la situación cultural del grupo. Hay un margen para la diferencia, pero con límites. A partir de lo propio se construye lo universal, en el diálogo y el aprendizaje de las otras culturas. El problema se da cuando los usos y costumbres de una cultura van contra los derechos humanos. Por ejemplo religiosos. Hay diversos niveles. Es el juego entre la justicia y el bien, lo que Adela Cortina llama mínimos de justicia y máximos de buena vida.

6. LA CRISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBIDA AL MULTICULTURALISMO

La crisis se presenta cuando en un país hay culturas que lesionan los derechos humanos, por ejemplo los de las mujeres. O cuando se los entiende demasiado diferentemente. Hay que buscar el acuerdo. Y esto por el diálogo.⁹ Es necesaria la educación en esta perspectiva.

El relativismo extremo dirá que se debe dejar que lo sigan haciendo, pues lo han hecho siempre. El absolutismo dirá que hay que obligarlos a aceptar los derechos humanos por la fuerza. Pero hay que encontrar una postura intermedia.

El relativista extremo es al que llamo equivocista. El absolutista es al que llamo univocista. La postura intermedia es la que llamo analógica. Esta última trata de privilegiar la diferencia, como el equivocismo, pero con límites, precisamente los de la dignidad de la persona, que es lo que exagera el absolutista.

Para eso se requiere una hermenéutica que favorezca el diálogo intercultural. Y es una hermenéutica analógica, pues la hermenéutica univocista impondrá sus criterios, y la hermenéutica equivocista disolverá todo criterio y límite. En cambio, como hemos visto, una hermenéutica

9 M. Beuchot, *Interculturalidad y derechos humanos* (México: UNAM – Siglo XXI, 2005).

analógica no impondrá sus criterios, pero tampoco dejará todo al viento del relativismo. A la vez, comprende y critica, o juzga. Es lo que se atribuía a la prudencia, por ejemplo por MacIntyre.

Isaiah Berlin decía que muchos dilemas, conflictos o casos difíciles entre derechos no tienen una solución absoluta, universal o única. Y que pretenderlo es peligroso. Es mejor tratar de resolverlos no con consensos satisfactorios, sino con compromisos responsables.¹⁰ Por ejemplo, el ir a la guerra le mina el derecho a la vida, pero si nadie defiende al país, pueden morir todos.

Eso requiere madurez civil (Weber) y hasta ética de la responsabilidad (Jonas). Los consensos sólo mayoritarios (no unánimes) llevan a ceder o renunciar a intereses propios. Para esto se requieren virtudes cívicas que lleven al diálogo o debate comunitario y al compromiso con los demás.

Esto va más allá del univocismo de la voluntad general, de Rousseau, y del equivocismo de la voluntad individual, de muchos posmodernos (Nietzsche), y llega a una postura analógica en la que, sin perder universalidad y necesidad, tampoco se queda en lo puramente instrumental o estratégico, sino que se basa en razones éticamente relevantes, pero realizadas de manera histórica y deliberativa.

Alessandro Ferrara ha buscado una universalización que no sea unívoca, absolutista, pero que tampoco se diluya en el relativismo, equívoco, y ha planteado la de la prudencia o *phronesis*.¹¹ Será de mediación, más allá del universalismo procedimental de Habermas, que se inclina al absolutismo, y el relativismo contextual, posmoderno. Es manejar lo universal contextualizándolo con la situación concreta. (De ahí viene “jurisprudencia”.)

10 I. Berlin, *Pensadores rusos* (México: FCE, 1984), 73.

11 A. Ferrara, “On Phronesis”, *Praxis International*, 7/31 (1987-1988): 247-266; A. Ferrara, “Universalisms: Procedural, Contextualist and Prudential”, en *Universalism vs. Communitarianism*, ed. por D. Ramussen, 2ª ed. (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1995), 11 ss.

Es un universalismo, el de Ferrara, que excluye el pluralismo. Universalismo prudencial o ejemplar. Se basa en la prudencia y los ejemplos humanos de vida realizada. Entre el juicio prudencial de Aristóteles y el juicio reflexionante de Kant. Un poco como el juicio reflexivo de Rawls. No tiene principios firmes ni conceptos claros, pero funciona.

Es lo mismo que la hermenéutica analógica. Salvaguarda el pluralismo sin perder el universalismo. Pues la necesidad del universalismo y la deseabilidad del pluralismo son intuiciones válidas y complementarias. Se quiere proteger la diferencia pero sin perder completamente la igualdad.

7. EL PROBLEMA DE LA UNIVERSALIDAD: LOS UNIVERSALES ANÁLOGOS

Los derechos humanos tienen una clara vocación de universalidad. Por eso será interesante hurgar un poco en este concepto. De hecho, el problema de los universales ha recorrido la historia de la filosofía.¹² Desde los presocráticos tuvo sus comienzos. Parménides creía en un ser único y universal, mientras que Heráclito apoyaba la individualidad, siempre en devenir. Platón dijo que Heráclito tenía razón en cuanto al mundo sublunar y Parménides en cuanto al cielo más allá del cielo; y trató de solucionar eso con las ideas ejemplares, formas separadas de las cosas que regían su onticidad, las cosas individuales existían por imitar las ideas correspondientes, es decir, participaban de ellas. En cambio, Aristóteles veía las formas no como independientes de las cosas y subsistentes en sí mismas, sino como encarnadas en las cosas individuales. Otra postura la tuvo Epicuro, para quien sólo existían las cosas individuales, y los universales eran meros conceptos, fabricaciones de la mente humana. Así surgían las posturas de siempre: el realismo extremo, con

¹² M. Beuchot, *El problema de los universales*, 3a. ed. (Toluca: Universidad del Estado de México, 2010), 39 ss.

Platón; el realismo moderado, con Aristóteles, y el nominalismo, con Epicuro.

En la Edad Media vemos las mismas corrientes, ahora establecidas como escuelas, librando una batalla encarnizada entre ellas.¹³ La corriente platónica, o neoplatónica, estaba representada por San Agustín, y dio origen a toda una corriente agustiniana, que fue mayoritaria, representada sobre todo por los franciscanos, cuyo prototipo fue San Buenaventura. Hubo realistas muy firmes, como los de la Escuela de Chartres, nominalistas muy fuertes, como Roscelino; y búsquedas de una postura intermedia, como la de Pedro Abelardo. Pero, sobre todo, el realismo moderado o aristotélico tuvo por representantes a San Alberto Magno y, sobre todo, a Santo Tomás de Aquino. También se sostuvo allí Juan Duns Escoto. Y el nominalismo prosiguió con pensadores como Guillermo de Ockham.

A pesar de que se cree que fue un problema eminentemente medieval, el de los universales prosiguió su marcha. Pasó a la modernidad, donde encontró realistas extremos como Malebranche y, al menos en cierto sentido, Leibniz y Hegel; nominalistas como Descartes, Locke, Berkeley y Hume, y realistas moderados como Francisco de Araújo.¹⁴

En el siglo XIX, hubo realistas platónicos, como Bolzano, y Frege; nominalistas como Stuart Mill, y realistas moderados como Peirce. En el siglo XX se revivió la polémica, siendo platónicos Husserl y Bertrand Russell; nominalistas, como Wittgenstein, Quine y Goodman, y realistas moderados como Chisholm y Armstrong.¹⁵

Más cercanamente, podemos decir que la lucha ha continuado, pues el platonismo está representado en la filosofía analítica, singularmente en los teóricos de la lógica modal, que aceptan esencias para que correspondan a la modalidad de necesidad, como Saul Kripke; encontrándose

13 Beuchot, *El problema de los universales...*, 73 ss.

14 Beuchot, *El problema de los universales...*, 217 ss.

15 Beuchot, *El problema de los universales...*, 395 ss.

los nominalistas los filósofos posmodernos, como Richard Rorty; y hay algunas búsquedas de realismo moderado, como la que trato de realizar yo mismo.

También recientemente se han buscado otro tipo de universales, como universales lingüísticos, por parte de Noam Chomsky, y hasta universales culturales, como algunos antropólogos y sociólogos, por ejemplo Donald E. Brown.¹⁶

Yo he tratado de resolver este problema con la idea de unos universales análogos. Hay universales unívocos, como se ve en Apel y Habermas, que son alcanzados mediante el consenso; pero son rígidos, como en Kripke y Putnam. Otros son universales equívocos, llenos de ambigüedad, y se diluyen en el aire, como en Rorty y Vattimo. Pero se puede lograr una postura intermedia, con universales análogos o analógicos, que no tienen la rigidez de los unívocos, son más flexibles; pero tampoco incurren en la debilidad de los equívocos, no se disuelven. Son universales, pero matizados, admiten cierta diferenciación, según el contexto.

Así, pues, a mí me ha resultado fecunda esa idea de unos universales analógicos. La analogía está entre la univocidad y la equivocidad. De alguna manera, el platonismo es univocista; no admite distinguos, por lo que exige universales demasiado fuertes, claros y distintos, incluso rígidos. En cambio, el nominalismo es equivocista; se diluye en relativismos excesivos. Y, a diferencia de ellos, un realismo moderado, sobre todo si admite la analogía, se salva del absolutismo y del relativismo excesivo. Admite un relativismo de sentido común, que permite hablar de universales matizados, contextualizados y susceptibles de distinciones. Es el universalismo que creo que se necesita para los derechos humanos, sobre todo si pensamos que se dan en contextos multiculturales, y no queremos que un relativismo excesivo los disuelva.

16 D. E. Brown, *Human Universals* (New York: MacGraw-Hill) 1991.

De esta manera podemos resolver el arduo problema de la universalidad de los derechos humanos, los cuales se dan, sin embargo, en ámbitos multiculturales, ya que un universal análogo no pretende una universalidad absoluta, como el unívoco, pero tampoco la mera disgregación, como el equívoco. Conservando la universalidad, permite diferencias dentro de ciertos límites, es decir, que no acaben con esa amplitud exigida.

Ahora el problema no es tanto el del universalismo, sino el relativismo excesivo que vemos en la posmodernidad. Se ha acusado a los filósofos analíticos de absolutismo, por su cientificismo tan cerrado. Incluso se ha visto a Apel y a Habermas como absolutistas, por su universalismo que algunos juzgan ingenuo. Pero más bien veo amenaza en el relativismo tan extremo de algunos posmodernos. Por ejemplo en Rorty, quien se oponía continuamente a las pretensiones de universalidad de la filosofía analítica y Vattimo, quien rechazaba la verdad y veía lo universal como totalitarismo ético y político.

Pero creo que los relativistas han estado en contra del absolutismo, que es una concepción univocista de la universalidad, que no admite las diferenciaciones que tenemos que hacer en el área de lo humano. Lo malo es que esos autores posmodernos se han dejado caer en una concepción equivocista de la universalidad, la cual la diluye hasta hacerla desaparecer y así los derechos humanos pierden su llamado a la universalidad que los aplica a todo hombre. En cambio, una concepción analógica de la universalidad salvaguarda a los derechos humanos para que puedan aplicarse a todo hombre, pero les dan la distinción que los hace tomar en cuenta las diferencias humanas, por ejemplo culturales, en la medida en que no destruyan o pongan en peligro esa universalidad que es inalienable de tan importantes derechos. Por eso, pasemos a ese otro punto de nuestra trayectoria.¹⁷

17 M. Beuchot, *Derechos humanos. Historia y filosofía* (México: Fontamara, 1999).

Estos universales análogos o analógicos pueden admitir cierta diferencia sin perder la universalidad o la igualdad. Son universales matizados, y por eso alcanzan a incorporar la atención a las diferencias de concepción que les dan las diversas culturas. Permiten cierta diferenciación, cierta matización, cierta particularidad, pero sin renunciar a su vocación a la universalidad y a la igualdad, cual es la de los derechos humanos mismos.¹⁸

8. UNIVERSALES ANÁLOGOS Y DERECHOS HUMANOS

Los universales análogos no son puros, sino manchados e impuros, porque exigen tomar en cuenta lo más posible a los particulares que les pertenecen. Sin embargo, tienen la suficiente exactitud como para que no se nos diluyan y pierdan los derechos humanos al ser aplicados en culturas diferentes.

La hermenéutica analógica, con los universales análogos, es un intento parecido al de la hermenéutica diatópica, de Raimon Panikkar y Boaventura de Souza Santos, de potenciar lo más posible las culturas particulares, pero sin perder el vínculo con la universalidad, porque entonces se diluirían los derechos humanos. Es otra forma de universalizar, de un modo no unívoco, como es el modo en que ha solido hacerse, pero sin caer en el equivocismo que es otro nombre del relativismo excesivo que encontramos en la posmodernidad.

Igualmente, es un intento de hacer una hermenéutica crítica, como lo pedía Foucault, es decir, una que no ignore no deje de lado las relaciones de poder, que en muchas formas (aprovechando la pobreza, las minorías, etc.), se imponen en el diálogo. Se trata de lograr un diálogo equilibrado, proporcional. Es otra idea de diálogo; ni unívoco como el que ha

18 Beuchot, *Interculturalidad y derechos humanos...*

privado, desde los poderosos, ni equívoco como es el que se aprovecha de esas relaciones de poder.

9. CONCLUSIÓN

La universalidad de los derechos humanos ha sido un problema. Algunos la ven sin problema, pero éste se aparece y se asoma cuando se tiene, por ejemplo, el caso del multiculturalismo. Sobre todo en su interacción, en su condición intercultural. Porque es diversamente entendida o quizá negada. Pero es necesaria para tan importantes derechos, pues ellos, sin ella, pierden su esencia misma. Por eso fue necesario afrontar este problema y reflexionar sobre él.

Hemos visto que el problema de la universalidad ha recorrido la historia de la filosofía. Es un asunto filosófico de los derechos humanos. En el ámbito intercultural parece que no se salvaguarda o que, por lo menos, no queda incólume. Pero sí puede hacerlo si se acude a la noción de universales analógicos. No tiene la absolutidad de los universales unívocos, que se dan sin restricción y sin matices. Pero tampoco incurren en ser universales equívocos, los cuales se diluyen y se evaporan. Tienen universalidad, pero no como los unívocos; y tienen apertura, pero no tanta como los equívocos. Son universales matizados, capaces de permitir ciertas diferencias, pero capaces también de conservar su universalidad y su igualdad.

Creo que el diálogo intercultural, sobre todo acerca de los derechos humanos y su aplicación, se puede beneficiar de la idea de universales analógicos, porque es una forma distinta de universalizar, tratando de hacer justicia a la idiosincrasia de las culturas en juego, pero sin perder la tendencia o tensión hacia lo universal, ya que los derechos humanos tienen esa vocación universalista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Berlin, I. *Pensadores rusos*. México: FCE, 1984.
- Beuchot, M. *Derechos humanos. Historia y filosofía*. México: Fontamara, 1999.
- . *Interculturalidad y derechos humanos*. México: UNAM – Siglo XXI, 2005.
- . *El problema de los universales*, 3ª. ed. Toluca: Universidad del Estado de México, 2010.
- Brown, D. E. *Human Universals*. New York: MacGraw-Hill, 1991.
- Echeverría, B. *Definición de la cultura*. México: UNAM-Ítaca, 2001.
- Enríquez J. M., et al. *Educación plena en derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2014.
- Ferrara, A. “On Phronesis”. *Praxis International* 7/31 (1987-1988): 247-266.
- . “Universalisms: Procedural, Contextualist and Prudential”. En *Universalism vs. Communitarianism*, editado por D. Rasmussen, 11-37, 2ª. ed. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1995.
- López Calera, N. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*. Barcelona: Ariel, 2000.
- Rodríguez Guerra, R. “Liberalismo, pluralismo y política. Notas para una política del pluralismo”. *Laguna* 10 (2002): 167-190.
- Taylor, R. *El multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*. México: FCE, 1993.
- Vallescar Palanca, D. de. “La cultura: consideraciones para el encuentro intercultural”. En *El discurso intercultural. Prolegómenos a una filosofía intercultural*, coordinado por G. González R. Arnaiz, 141-162. Madrid: Biblioteca Nueva, 2002.

Walzer, M. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: FCE, 1997.

Mauricio Beuchot
Instituto de Investigaciones Filológicas (IIFL)
Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)
Circuito Mario de la Cueva, Ciudad Universitaria
Delegación Coyoacán
04510 México, CDMX (México)
mbeuchot50@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-2517-7286>



**HERMENÉUTICA JURISPRUDENCIAL. DE LA
HIPOTROFIA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS
A LA GESTIÓN DEL TRÁNSITO DE UNA SOCIEDAD
HOMOGÉNEA A OTRA HÍBRIDA**

***JURISPRUDENTIAL HERMENEUTICS. FROM THE
HYPOTROPHY OF SUBJECTIVE RIGHTS TO THE
MANAGEMENT OF THE TRANSITION FROM A
HOMOGENEOUS SOCIETY TO A HYBRID ONE***

RAÚL C. CANCIO FERNÁNDEZ
Tribunal Supremo de España

Recibido: 13/06/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

Nuestros jueces no son meros proclamadores de las reglas jurídicas y, consecuentemente, el proceso de interpretación y aplicación de las normas no se ventila merced a un silogismo simple. La referencia a valores y el cada vez más rápido cambio de las circunstancias sociales, culturales y económicas han acentuado el dinamismo del sistema jurídico, liquidez que se ha visto reflejada en leyes perfunctorias, de escasa calidad técnica, que difícilmente pueden abarcar los distintos supuestos conflictivos y que deben ser aplicadas en un contexto marcado por una creciente e irreversible diversidad socio-cultural. Consecuentemente, en esta coyuntura, el rol del juez se potencia extraordinariamente, lo que no significa asignar al juez de funciones propias de los restantes poderes, por más que se esté convirtiendo en el complemento indispensable de la ley, sometido, eso sí, a un intenso deber de motivar sus decisiones con sujeción a los estrictos cánones de la argumentación jurídica. La motivación se convierte así en un auténtico ensayo de persuasión, del que pende la valoración de la legitimidad última de las formas de ejercicio de la función jurisdiccional. La única

respuesta para lograr una percepción sociológica favorable de la función hermenéutica encomendada a las altas instancias jurisdiccionales radica, por tanto, en la expectativa cultural de que los jueces deben comportarse independientemente. Estamos por tanto ante lo que se podría denominar un ejercicio de «legitimidad social hermenéutica», es decir, el grado de confianza y de credibilidad social que una institución (el sistema de Justicia en este caso) amerita entre la ciudadanía.

Palabras clave: Hermenéutica jurisprudencial. Doctrina. Sistema judicial. Jueces. Aplicación de la norma. Legitimidad por ejercicio.

ABSTRACT

Our judges are not mere proclaimers of legal rules and, consequently, the process of interpretation and application of rules is not ventilated thanks to a simple syllogism. The reference to values and the increasingly rapid change in social, cultural and economic circumstances have accentuated the dynamism of the legal system, liquidity that has been reflected in perfunctory laws, of poor technical quality, that can hardly cover the different conflicting assumptions and that must be applied in a context marked by a growing and irreversible socio-cultural diversity. Consequently, at this juncture, the role of the judge is strengthened extraordinarily, which does not mean assigning the judge functions proper to the other powers, even though it is becoming the indispensable complement to the law, subject, of course, to an intense duty to motivate their decisions subject to the strict canons of legal argumentation. Motivation thus becomes a veritable trial of persuasion, from which hangs the assessment of the ultimate legitimacy of the forms of exercise of the jurisdictional function. The only answer to achieve a favorable sociological perception of the hermeneutic function entrusted to the high jurisdictional instances lies, therefore, in the cultural expectation that judges should behave independently. We are therefore before what could be denominated an exercise of "hermeneutic social legitimacy", that is to say, the degree of confidence and social credibility that an institution (the Justice system in this case) deserves among the citizens.

Keywords: Jurisprudential hermeneutics. Doctrine. Judicial system. Judges. Application of the norm. Legitimacy by exercise.

1

Se impone advertirles, estimados lectores, antes de cualquier otra consideración que, si el Profesor Gómez García ha tenido la cortesía de invitarme a participar en este proteico número monográfico del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, no ha sido, ni mucho menos, por mi pericia en el ámbito de la hermenéutica jurídica académica, sino por algo tan prosaico como pertenecer, desde hace casi veinte años, al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, sin duda, el operador jurídico que simboliza de manera arquetípica a la interpretación como la actividad fundamental del Derecho. Y, en particular, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo la cual, tras la reforma operada por la LO 7/2015, se ha erigido como paradigma de un sistema o régimen casacional en el que el criterio discrecional exige una labor exegética singularmente desarrollada.

Hecha esta necesaria advertencia en cuanto al criterio empleado para mi cooptación y que seguro facilitará la comprensión de las siguientes páginas, resulta incontrovertible que nuestros jueces no son meros proclamadores de las reglas jurídicas y que este proceso de interpretación y aplicación de las normas no se ventila merced a un silogismo simple. El modelo de organización política nacido de la Revolución Francesa situó la garantía de la seguridad jurídica en el principio de legalidad; la Ley, como expresión de la voluntad general, no encontraba otros límites que el respeto a los derechos inviolables del ciudadano, cristalizados en la libertad y la propiedad. Desde esa premisa, el juez era independiente por quedar sometido exclusivamente al imperio de la ley. La referencia a valores y el cada vez más rápido cambio de las circunstancias sociales, culturales y económicas han impulsado y acentuado el dinamismo del sistema jurídico, liquidez que se ha visto reflejada en leyes perfunctorias, de escasa calidad técnica, que difícilmente pueden abarcar los distintos supuestos conflictivos y que deben ser aplicadas en un contexto marcado por una creciente e irreversible diversidad cultural.

Consecuentemente, en esta coyuntura, el rol del juez se potencia extraordinariamente, hasta el punto de que algunos han visto en la proliferación de cláusulas generales, tan característica de nuestra época, una forma de delegación en el juez el poder de decisión. Pero lo cierto es que no cabe asignar al juez funciones propias de los restantes poderes, por más que se esté convirtiendo en el complemento indispensable de la ley, sometido, eso sí, a un intenso deber de motivar sus decisiones con sujeción a los estrictos cánones de la argumentación jurídica. La motivación se convierte así en un auténtico ensayo de persuasión, del que pende la valoración de la legitimidad última de las formas de ejercicio de la función jurisdiccional.

I

En este sentido, la tarea encomendada al mal llamado Poder judicial por nuestra Constitución de 1978 no es, en definitiva, otra cosa que la expresión del principio democrático en el que se sostiene aquella. No en vano, el sintagma «garante de derechos» sobre el que se construye la función del juez, aparece umbilicalmente unido a la observancia del procedimiento, que es tanto como decir a la corrección de la labor diaria del juzgador, cuya legitimidad tiene precisamente su anclaje en el respeto a las formas que exige el Derecho y, consecuentemente, a la propia Carta Magna.

La opción elegida por el constituyente, en el que el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes se radicó en un órgano singular y no en una Sala de Justicia enmarcada en un órgano jurisdiccional ordinario, dota a nuestro Tribunal Constitucional de un valor añadido circundante respecto del Poder judicial y forja, también, un sistema jurisprudencial dual y, de modo aferente, un ineludible diálogo institucional configurado a partir de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo y la doctrina constitucional producida por quien es su más cualificado hermeneuta.

Decía Juan Antonio Xiol, privilegiado testigo del funcionamiento de ambas instituciones, que «(L)a relación entre ambos tribunales no puede fundarse en principios autoritativos que deben considerarse en gran parte ajenos al funcionamiento del sistema jurídico, manteniendo la falacia de considerar el principio de jerarquía como el que informa la actuación de los órganos jurisdiccionales superiores.».

En efecto, esa relación, por el contrario, debe sustentarse sobre la base de una ponderación activa derivada de la conversación institucional entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, construida sobre el respeto que debe guardar el viejo caserón de las Salesas de las decisiones y los criterios sentados por la sede de Domenico Scarlatti en la interpretación de la Constitución y la determinación del alcance de los derechos fundamentales y, recíprocamente, en el reconocimiento por parte de éste de la jurisprudencia del Supremo como expresión del contexto vivencial del Derecho.

Por cierto, abro aquí un brevísimo paréntesis al hilo del citado concepto de jurisprudencia, dada su medular relación con este tipo de hermenéutica. De las escasas certezas que nos iban quedando con el transcurso de los años, la que dispensaba el artículo 1.6 del Código Civil parecía sólida: la jurisprudencia era aquella doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Amén.

Sin embargo, la reforma operada por la citada LO 7/2015 en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha venido a resquebrajar el mito de la objetivización que, mediante la abstracción, se opera a partir de varias sentencias reiteradas. Cuando la Sala Tercera del Tribunal Supremo considera que un recurso presenta interés casacional objetivo (ICO), ese concepto jurídico indeterminado no implica en modo alguno que también su objeto lo sea. Más al contrario, el muy definido efecto de apreciar su concurrencia en un recurso, es la formación de jurisprudencia.

Repárese por tanto que el ICO no es el fin del nuevo régimen casacional, sino el medio, el instrumento que va a facilitar que una pretensión cristalice jurisprudencialmente por su benéfica repercusión sobre la comunidad jurídica. En otras palabras, la tarea de uniformar la aplicación judicial del derecho se deposita ahora en la formación de la jurisprudencia. Pues bien, más de tres años después de la entrada en vigor de la referida reforma, aun no se sabe con certeza cuando hay o no jurisprudencia, extremo que, como ya se comprenderá, resulta nuclear en el nuevo rito de admisión del recurso de casación contencioso.

Antes de la reforma, y merced al referido artículo 1.6 del Código Civil, resultaba axiomático que únicamente tras una segunda sentencia del Tribunal Supremo en sentido idéntico, podía considerarse creada jurisprudencia sobre la cuestión. Hoy resulta discutible que esa previsión sea aplicable en el marco de la nueva casación contenciosa.

Y es que resulta poderosamente contraintuitivo que en un sistema casacional en el que se prioriza la salvaguarda de la unidad del ordenamiento jurídico a través de la formación de Jurisprudencia, en detrimento de la protección y reparación de los derechos subjetivos de los litigantes, pueda sostenerse la necesidad de que una doctrina sea reiterada al menos dos veces para alcanzar el estado de jurisprudencia. Y ello, fundamentalmente, porque no es en absoluto previsible que vaya a pronunciarse una segunda sentencia en el mismo sentido sobre esa cuestión. Nótese que una de las presunciones de existencia de interés casacional objetivo más frecuentemente argüidas por los recurrentes es que en la resolución impugnada se haya aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia ¿y cuando existe? Si se invocan sentencias dictadas antes de la entrada en vigor de la reforma, no hay duda ¿pero sí únicamente se trae a colación una sentencia dictada al socaire de la nueva regulación casacional? ¿Acaso la Sala Tercera va a dictar una nueva sentencia sobre esa cuestión, cuando ya se ha pronunciado y fijado la doctrina legal correspondiente?

Por el contrario, los que defienden la tesis de que nada ha cambiado en el sistema de fuentes diseñado por el legislador de 1974 a pesar de las singularidades que ha traído esta reforma casacional, apuntan a la confusión subyacente entre el ICO y la jurisprudencia. Según esta postura, una sola sentencia de la Sala Tercera sería, en efecto, más que suficiente para descartar la existencia de ICO de un recurso ulterior sobre la misma cuestión. Ahora bien, el decaimiento del referido interés no es lo mismo que la creación de jurisprudencia. Y así, la doctrina legal solo nacería con, al menos una segunda sentencia que, añaden, su búsqueda debería ser auspiciada y promovida por todos los operadores jurídicos implicados, desde la instancia hasta el propio Tribunal Supremo, en una constante pesquisa por alicatar posibles taras en sus razonamientos jurídicos, otorgando a la jurisprudencia una naturaleza insoslayablemente evolutiva en consonancia con la paralela liquidez de la actual sociedad.

En este sentido, y aun concediendo dialécticamente que el artículo 1.6 CC diseña un concreto concepto de jurisprudencia en el que la virtualidad de la sentencia única es claramente ectópica, lo cierto es que *de facto* no puede sostenerse una diferencia sustancial entre lo que pueda ser conceptualizado como «jurisprudencia» en el sentido que se le ha dado y lo que pueda ser una sola sentencia dictada en este nuevo modelo casacional. Y es que del hecho de que sobre una sola sentencia no pueda fundarse un recurso de casación no puede inferirse que aquella carezca completamente de efecto vinculante sobre los «terceros» operadores jurídicos y por ello *erga omnes* o, lo que es igual, un efecto que trasciende al de las partes y al propio Tribunal que la dictó, situado más allá de las previsiones jurídico-formales del Código Civil. Potencialidad que, en palabras del magistrado Ramón Trillo (STS de 8 de junio de 1991 [casación 3794/1991] se expresa por el valor como doctrina de su propia jurisprudencia, que el ciudadano tiene derecho a esperar que normalmente sea seguida y respetada como un adherente complementario del ordenamiento jurídico.

Hace casi setenta años y con una presciencia asombrosa, el profesor Puig Brutau [*La Jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*] decía que el «(v)alor persuasivo de las sentencias es independiente de que concurren los requisitos que el Tribunal Supremo exige para que su doctrina pueda ser alegada como fundamento de un recurso de casación», añadiendo que «cuando es necesario prever la firmeza de un Tribunal de instancia, será preciso tener en cuenta el criterio del Tribunal Supremo, con independencia de que se trate de doctrina reiterada, pues ha de presumirse que el criterio afirmado en una sola ocasión es el punto de partida de una doctrina y no una declaración que ha de quedar desvirtuada cuando de nuevo se resuelva el mismo problema. No se trata de que una sola sentencia de nuestro Tribunal Supremo deba tener eficacia vinculante para los Tribunales inferiores; basta con que su valor sea persuasivo y que su criterio confiera solución eficaz a un problema social para que sea necesario tenerla en cuenta al intentar profetizar cuál será la resolución que corresponda en un conflicto de intereses según el derecho vigente».

Ignoro si resulta o no preciso acomodar al vigente contexto ritual un artículo 1.6 CC redactado hace cuarenta y cinco años. Sobre lo que no albergó dudas es que con independencia de que jurídico-formalmente pueda o no construirse un recurso de casación sobre una sola sentencia del Tribunal Supremo, su Sala Tercera debe ser la primera en ponderar adecuadamente la capacidad persuasiva de cada una de sus resoluciones, en su mismidad, en una exégesis pro activa no sólo en favor del justiciable, sino también, desde luego, en un ejercicio de autoprotección del nuevo e inaplazable régimen casacional que, de otra manera, sufriría un absurdo por innecesario desgaste por rozamiento interno.

III

Cerrado este *excursus* acerca de la nueva conceptualización del término, debe insistirse en la imperativa necesidad de que el trabajo del

Tribunal Supremo y del Constitucional no sólo sea complementario y respetuoso, sino que su labor nomofiláctica se retroalimente con la producción doctrinal de cada uno de ellos, enriqueciendo de esta manera el ordenamiento jurídico español, al aherrojar la protección de los derechos del justiciable de forma integral y completa. Esta saludable e imprescindible interacción, se ha manifestado, procesalmente, desde hace años y particularmente en el terreno de la admisibilidad de los recursos y el empleo del instrumento de la discrecionalidad como criterio racionalizador del acceso a la jurisdicción.

Una resolución tardía no hace justicia a las partes *litigatoris* especialmente a la perjudicada por la dilación, frecuentemente buscada por el otro contendiente para diferir la firmeza de la sentencia; pero tampoco resulta operativo el sistema basado únicamente en el *ius constitutionis*, pues si se mantiene el atropellado ritmo legislador de los últimos años, el Tribunal Supremo acaba haciendo, con sus resoluciones, necropsia del Derecho, en lugar de resolver en plazo razonable las cuestiones que se suscitan en los órganos inferiores, dispensándoles el criterio más adecuado y, en la medida de lo posible, analizando derecho vigente.

Como es de todos sabido, desde el 22 de julio de 2016, la Sala 3ª se halla enfrascada en lograr que el nuevo régimen casacional instaurado por la disposición final 3ª de la Ley Orgánica 7/2015, salga con bien del envite. Se trata, como es patente, de una verdadera mutación en nuestro sistema de justicia administrativa e incluso, más en general, en nuestro propio ordenamiento jurídico. La reforma se inspira en dos criterios fundamentales: de una parte, y a diferencia de lo que venía ocurriendo en el pasado, el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo amplía extraordinariamente su objeto, siendo susceptibles de impugnación, en principio, todas las sentencias las Salas de lo Contencioso-Administrativo –incluso las dictadas en apelación– siendo irrelevante la cuantía del asunto o la materia tratada, así como las dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en única instancia, si bien en este caso es necesario que contengan una doctrina gravemente dañosa para el interés general y sean

susceptibles de extensión de efectos. En otras palabras, cualquier problema jurídico importante puede ahora tener acceso a la casación.

Por otro lado, como contrapeso a la extraordinaria ampliación de su objeto, el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo es restrictivo y exigente en cuanto a los requisitos de admisión, configurándose como clave de bóveda del sistema la necesidad de que la impugnación presente un «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», una suerte de la «especial trascendencia constitucional», tributaria a su vez de la *grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung* alemana de 1993, pues en ambos conceptos jurídicos indeterminados subyace la idea de que no basta el interés subjetivo que naturalmente tiene el recurrente, sino que es preciso que el problema jurídico planteado tenga un interés objetivo para el conjunto de la comunidad jurídica, pugnando por facilitar que la labor nomofiláctica y unificadora de la jurisprudencia pueda operar en todos los sectores necesitados de ella.

En el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo prima el *ius constitutionis* sobre el *ius litigatoris*, pero como defendía Giuseppe Chiovenda, sin abandonar el esfuerzo en cohonestar la defensa del individuo con el interés general. Así, un reciente Auto de 1 de junio de 2017 recuerda que «(p)or más que se haya enfatizado la relevancia del llamado “ius constitutionis” en la articulación jurídica del nuevo recurso de casación, en ningún caso puede caracterizarse como un cauce para plantear cuestiones interpretativas del Ordenamiento en abstracto y, por ende, desligadas de las circunstancias concurrentes en el caso litigioso concernido».

Como ha advertido muy atinadamente el presidente de la Sala 3^a, Luis M. Díez-Picazo, el criterio del «interés casacional objetivo» ha supuesto un severo cambio de mentalidad de los magistrados, pero no sólo de ellos, sino de todos los operadores jurídicos concernidos por la reforma, desde los abogados a los servicios jurídicos autonómicos y locales, pasando por letrados de la administración de justicia, abogados del

Estado o funcionarios judiciales. Probablemente lo más importante a este respecto es que la práctica de la Sala 3ª vaya demostrando su solvencia para discernir cabalmente qué temas tienen un auténtico interés más allá del puramente subjetivo de la parte recurrente, de manera que el Tribunal pueda ocuparse únicamente de lo que en cada momento sea objetivamente importante -la abogada y lobista norteamericana Lisa Paddock tenía muy claro que «(L)a verdadera razón para que una petición de *certiorari* progrese no radica en aspectos jurídico procesales. La clave está en presentar tu caso en el entorno adecuado; y para ello es imprescindible que en tu esquina haya alguien que conozca cómo hacer que los *Justices* «quieran» oír tu caso»- lo que redundará, ineluctablemente, en que el nuevo recurso de casación adquiera la necesaria legitimación en la comunidad jurídica.

Ya lo dijo el juez del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, Felix Frankfurter: «(S)in un estudio adecuado, no puede haber una reflexión adecuada; sin una reflexión adecuada, no puede haber una discusión adecuada; sin una discusión adecuada, no puede producirse ese completo y fructífero intercambio intelectual indispensable para adoptar por el Tribunal decisiones que sean sabias y persuasivas. A menos que el Tribunal priorice sus propios criterios para otorgar la revisión de los casos, inevitablemente se enfrentará con la acumulación de retrasos o dispondrá de su asunto esencial de una forma demasiado veloz y por lo tanto demasiado superficial.»

En este diseño es claro que el trámite de admisión adquiere una importancia crucial, pues la valoración de si un recurso presenta interés casacional objetivo, lejos de ser una operación mecánica, implica ahora un notable margen de apreciación, convirtiéndose en una actividad exigida *ab initio*, en el mismo pórtico de entrada casacional, pues esa evaluación de la concurrencia de interés casacional objetivo, supone un verdadero y auténtico juicio de prosperabilidad de la pretensión casacional.

IV

Ahora bien, esta hipertrofia discrecional advertible en ambas instituciones, ha generado un fenómeno insoslayable y de enorme trascendencia jurídico-social.

Partamos de una premisa incontrovertible: los regímenes procesales preexistentes tanto en el Tribunal Constitucional –antes de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo– como en la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo –antes de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio– avocaban a ambas instituciones al colapso irreversible.

En la mejor tradición malthusiana, el legislador optó, merced a los citados instrumentos de la «especial trascendencia constitucional» y el «interés casacional objetivo», por trasladar las tesis contenidas en el *Ensayo sobre el principio de la población tal como afecta al futuro progreso de la sociedad* al ámbito de la admisión. De la misma forma que el clérigo anglicano consideraba que el exponencial crecimiento demográfico era un suicidio social al resultar absolutamente incompatible con los recursos existentes, el insostenible incremento del número de recursos de amparo y casación registrados anunciaba una crisis irresoluble en ambos órganos. De tal forma que si para Malthus, las guerras, las epidemias y los desastres naturales debían contemplarse como una forma natural de regular el desmán reproductivo, el reforzamiento del *ius constitutionis* era la única vía de racionalizar el funcionamiento de ambos tribunales, a costa, inevitablemente, de hipotrofiar la tutela judicial de los justiciables.

Este ejercicio de radical objetivación tanto del recurso de amparo como del recurso de casación –acompañado de una indisimulable voluntad disuasoria– se ha traducido en un escenario de incertidumbre e inseguridad para los operadores jurídicos que acuden a una y otra sede. En los nuevos escenarios rituales el interés propio del recurrente es un mero vehículo para alcanzar la relevancia constitucional o el interés objetivo, de manera que por muy apreciable que pueda ser el litigio de la parte o muy aberrante la injusticia procesal subyacente, la admisión solo

procederá si el actor acredita la concurrencia de esos sintagmas facilitadores, y todo ello, además, a mayor gloria de valores como la «seguridad jurídica», la «igualdad», e ¡incluso! la «protección de los derechos de los ciudadanos», principios que alumbraron estas reformas procesales.

Esta falta de equilibrio entre el perfectamente comprensible «¿qué hay de lo mío?» del recurrente que acude a la vía casacional o de amparo y la salvaguarda de la unidad del ordenamiento jurídico a través de la formación de Jurisprudencia o de la interpretación uniforme de la Constitución, acarrea un riesgo adicional pues, si un tribunal inferior no teme que un tribunal superior pueda revocar o anular sus decisiones, no se sentirá impelido de cumplir la doctrina sentada por ese órgano superior. De esta manera, la idea de que hay que delegar en la jurisdicción ordinaria la aplicación de la doctrina constitucional resulta quimérica. De igual forma, si los órganos de la jurisdicción ordinaria empiezan a advertir que el Tribunal Supremo únicamente dicta sentencias en casos que supongan alguna innovación jurisprudencial, el grado de concernimiento por su doctrina decaerá.

Las reformas operadas por las referidas LO 6/2007 y 7/2015, teleológicamente diseñadas para un fin tan prosaico como fue el alivio de sus registros, han venido a subvertir, de facto, la función tuteladora que constitucionalmente aún corresponde a los recursos de amparo y de casación, sacrificando los derechos individuales de gran parte de los ciudadanos que acuden a ellos en el ara de un difuso interés de la comunidad jurídica. Y, nótese, con el beneplácito de Estrasburgo, que en *Arribas Antón c. España* primero, y más recientemente en *Fraile Iturralde v. España*, ha convalidado estas reformas sostenidas en la discrecionalidad, la objetivación y la magra fundamentación de sus decisiones.

Admitamos que, al día de hoy, el Tribunal Constitucional es el más cualificado intérprete de la Constitución, pero también que, en la mayoría de los casos, no actúa ya como órgano de garantías al haber sido delegadas, casi en exclusiva, en la Jurisdicción ordinaria. Pero

paradójicamente, y en paralelo, el Tribunal Supremo ha minimizado su rol como verdadero órgano de justicia, vindicando la formación de jurisprudencia como monocultivo en detrimento de su papel jurisdiccional (como si una y otra tarea no fuesen perfectamente compatibles! No se olvide que nunca podrá existir jurisprudencia si no hay antes un pleito con nombres, apellidos y pretensiones.

Del principio que establecía que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, se está transitando a que éstos derechos cuentan en la medida que los reconocen las leyes, retornando así a la cultura jurídica inspirada en normas o deberes jurídicos por encima de los derechos, con el riesgo de rehacer el camino desde el Estado Constitucional de Derecho al Estado Legal de Derecho, donde la Ley se convierte en el centro de todo el sistema normativo, deconstitucionalizándose de esta manera los ordenamientos jurídicos.

En el penúltimo *blockbuster* de Marvel [¡ojo spoilers!] el neomalthusiano Thanos, con un chasquido de dedos soluciona el previsible colapso del universo: elimina a la mitad de los seres vivos en modo *random*. Los chasquidos legislativos de 2007 y 2015 están aliviando ciertamente las estadísticas del Constitucional y del Supremo, ¡pero a qué precio!

V

Si la hermenéutica procesal, como acabamos de advertir, resulta esencial para comprender cabalmente la cuestión del derecho de acceso a los tribunales y la protección que la jurisdicción dispensa a resultados del ejercicio de las acciones, no lo es menos en la gestión del debate en torno a la globalización y su relación con la modernidad y la posmodernidad, el particularismo y el universalismo, fruto del tránsito de una sociedad homogénea y uniforme a una sociedad pluralista y diversa, como, recordarán, advertíamos tímidamente *ab initio*.

Y es que resulta una obviedad, por incontrovertible, que el incremento exponencial de los flujos migratorios ha transformado en los últimos veinte años el panorama socio-cultural español, quebrándose el modelo anterior de cohesión y convivencia social, e imponiéndose la necesidad de arbitrar un nuevo patrón de coexistencia y gestión de la diferencia. Del modo como se manejen las diferencias de las minorías con la cultura hegemónica, respetando el derecho de los individuos a mantener sus referentes simbólicos y sus singularidades grupales en el marco de una democracia homologable, dependerá el éxito o el fracaso de nuestra convivencia en el siglo XXI.

Trasladando esta fenomenología al ámbito de las relaciones jurídicas, esta pluralidad se manifiesta en la existencia de diferentes concepciones culturales del derecho y de la justicia. El pluralismo jurídico, aun siendo una noción central de la antropología del derecho, resulta en ocasiones inaprehensible. Y ello porque su definición se encuentra estrechamente ligada a las representaciones del Estado y del derecho que el propio exégeta tenga, además de que la implicación de disciplinas como la sociología, la antropología y la historia diversifican los enfoques.

La solución de un eventual conflicto entre diversidad versus universalidad, o si se prefiere, la fijación de los límites de esa porosidad jurídica, tiene que pasar forzosamente por el cedazo irrenunciable de la dignidad de la persona. Por ello, debe reconocérsele el derecho a la protección de su identidad cultural o, dicho de otro modo, a la protección de la cultura del grupo social al que pertenece. Esto no supone en modo alguno que de la existencia de diversos grupos culturales y de la pertenencia efectiva del sujeto a ellos se deduzca que hay un deber de respeto a todas las culturas y en todo caso. Sólo nacería esa obligación de respeto en la medida en que el ser humano se realizare en ellas.

La praxis tradicional para resolver estos conflictos ha sido tradicionalmente esgrimir la cláusula de «orden público», pero no siempre se advierte el carácter convencional, dinámico, en una palabra, cambiante

de esta noción, que no puede ser presentada a la manera de un límite objetivo, definido e impertérrito. Si ante estos conflictos característicos del pluralismo jurídico la respuesta es la negación de la posibilidad misma de la diversidad, nos encontraremos con efectos perversos e indeseados, en el sentido de que con frecuencia lo que se producirá será un enjuiciamiento de la legitimidad de una cultura para justificar prácticas que parecen incompatibles con el mínimo exigido por la integración de la diferencia ante un caso en el que, en realidad, lo que se ventila es el conflicto entre dos culturas, dos sistemas de valores y de vida, y a esos efectos la visión «puramente» técnico-jurídica es a todas luces insuficiente para solventar el problema.

Si el hecho de la multiculturalidad es irreversible, el grado de tensión y conflictividad que este factor genera en la sociedad depende de la actitud de los sujetos en conflicto y de la evolución de sus relaciones, en un proceso de tipo acción-reacción. Las comunidades minoritarias pueden tomar el camino de la secesión cultural, cerrándose al exterior y reaccionando agresivamente frente a la cultura dominante; una actitud, calificada por G.Sartori [*La sociedad multiétnica* (2001)] como «tribalización cultural», supone un evidente peligro para la paz social. Desde el otro factor de la ecuación, los poderes públicos, instados por una mayoría social intransigente frente a valores ajenos al entorno cultural, puede tener la tentación de imponer unos supuestos principios de la civilización occidental –inducidos de la tradición cristiana y los postulados de la secularización– como condición a la concesión de la plena ciudadanía a los inmigrantes y la consiguiente integración social, llevando a cabo una doble política de uniformidad cultural combinada con el retorno a sus países de origen de los no integrados. No cabe duda que el efecto inmediato de una actitud del Estado como la descrita incrementará la tensión social, favoreciendo la proliferación de guetos culturales hostiles y refractarios frente a la sociedad dominante.

Por todo ello es aconsejable, en consecuencia, que el tratamiento de los conflictos derivados de la heterogeneidad cultural se produzca en la

vía legislativa en lugar de la judicial, reubicando la discusión a una sede donde es posible examinar con mayor detalle y a la vez con más alcance (y con más legitimidad) el contraste entre los diferentes modelos culturales, la justificación de sus pretensiones normativas y, en su caso, el rechazo de aquellas que resulten inasumibles.

En cualquier caso, las respuestas exigen conciliar, en un equilibrio complicado, sin duda, la comprensión y valoración de la diversidad, con la posibilidad —más aún, el deber— de evaluar las pretensiones normativas de las diferentes culturas. Resulta necesario distinguir con fineza entre pretensiones que resultan razonablemente dignas de la protección y garantía que comporta su traducción, su reconocimiento como derechos, y las que no se hacen acreedoras a ese instrumento, ya sea porque no lo necesitan, bien porque pueden ser satisfechas por otras vías más adecuadas o, finalmente, porque no lo merecen. El aserto «mi cultura me obligó a hacerlo» no puede erigirse como argumento o coartada jurídica para quien abusa de los demás ni, por supuesto, la mejor manera de proteger el principio de igualdad de oportunidades.

En efecto, la coonestación de la paridad de oportunidades en el seno de las sociedades multiculturales se erige como el verdadero debate de fondo en este ámbito. La igualdad de oportunidades nació con la intención de evitar los privilegios sociales vinculados al origen, de manera que el destino social de los individuos no viniera predeterminado desde el nacimiento.

Por tanto, la pregunta clave de nuestros días es si la lucha por el reconocimiento de la diferencia corre paralela o, por el contrario, nos aleja de la tradicional lucha por la igualdad social. Mientras que la versión esencialista del multiculturalismo insiste en que no es posible concebir la justicia y, por tanto, las relaciones sociales de igualdad, sin respetar las diferencias culturales, autores como BARRY, B. [*Culture and Equality: An Egalitarian Critique of Multiculturalism* (2001)] sostienen que la defensa del multiculturalismo es incompatible con el igualitarismo social.

Si entendemos que una oportunidad indica un estado de cosas objetivo (no interpretable según la cultura, la ideología o la religión), si creemos que el valor de una oportunidad es independiente de las disposiciones culturales para aprovecharla, entonces no tiene sentido singularizar oportunidades a los diferentes grupos culturales. Si, por el contrario, se considera que una oportunidad es un concepto que depende de un contexto y no existe una disposición correctora, no puede decirse en puridad que exista la oportunidad, sino únicamente una mera potencialidad pasiva. Sin la ley que permite a los partidarios del *sikhismo* conducir sin casco, sin la libertad de usar el pañuelo islámico en los colegios públicos, sin los menús vegetarianos en los comedores de empresa o sin la opción de sustituir el domingo por el viernes o el sábado como día de descanso, no se puede afirmar que haya igualdad de oportunidades para determinados grupos religiosos o culturales. Formulado en negativo ¿es razonable que una persona, debido a su cultura o a sus creencias, esté obligada a pagar unos costes morales muy elevados para poder aprovechar una oportunidad?

Como es fácil advertir, la respuesta estriba en la responsabilidad individual que se está dispuesto a atribuir a las creencias culturales o religiosas. Si consideramos, como hacen los exégetas más liberales, que las creencias culturales y religiosas son el fruto de una elección libre, entonces las personas que las asumen son responsables de tales creencias y no pueden argüir que su cultura o su religión les impide aprovechar las oportunidades físicas y pretender, al mismo tiempo, que ése sea un factor ajeno a su responsabilidad, una singularidad que la sociedad debería compensar de algún modo de cara a igualar sus oportunidades con el resto de la población.

En cambio, si consideramos, como hacen las tesis comunitaristas, que dichas creencias no entran dentro del ámbito volitivo de la persona, sino que vienen impuestas por el entorno y forman parte esencial de la persona como el color de los ojos o el de la piel, parangonables por tanto a las incapacidades físicas, entonces la sociedad no debería cargar sobre

esos individuos la asunción de esas creencias, como tampoco es admisible responsabilizar a nadie por ser un tullido.

Pero incluso, si se aceptara que los derechos culturales y religiosos merecen, si se da el caso, una compensación especial no porque las creencias no sean elegidas —como piensan los liberales—, sino porque implican prácticas sociales cuya realización es más difícil de llevar a cabo porque son minoritarias (porque se enfrentan a más obstáculos sociales, materiales e institucionales que las creencias mayoritaria), todavía habría que resolver un problema añadido: los costes especiales pueden ser tan elevados que acaben generando un problema de cohesión social, perjudicando la prestación de los servicios públicos. Sin embargo, nótese que al fin y al cabo ésta es una objeción más política que moral. No se afirma que sea moralmente malo compensar los diferentes costes económicos de la realización efectiva de la libertad religiosa, sino que es políticamente imprudente hacerlo, por más que la cohesión social sea un ingrediente político básico de la vida moral de la sociedad.

La segunda parte del problema sí es apriorísticamente moral. Sufragar los costes especiales derivados de las minorías culturales y religiosas puede reducir las prestaciones sociales y económicas que reciben los demás. Por ejemplo, la negativa de los testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre y, en consecuencia, su deseo de utilizar un tratamiento alternativo que podría ser mucho más caro, tanto que la atención sanitaria a la que todos tenemos derecho se reduciría. Nos enfrentamos aquí a un problema ético de prioridad de los recursos sanitarios limitados, de justicia distributiva de la sanidad. El racionamiento es un problema común a los sistemas sanitarios actuales, pero la cuestión que ahora se abre es si los derechos culturales y religiosos deben contar como una necesidad más a tener en cuenta en la distribución justa de los recursos limitados, una necesidad moralmente equiparable al resto de necesidades sanitarias de los enfermos. Pero fíjense, la razón de tal desigualdad no obedece en puridad a una falta de respeto hacia los derechos culturales y religiosos, sino que se trata de una consecuencia directa de la laicidad de

las instituciones públicas, por una parte, y de la eficiencia social, por otra. Por muy injusto que parezca que no se investigue tanto en alternativas a las transfusiones de sangre como en otro tipo de tratamientos médicos, es lo mismo que sucede con cualquiera de las enfermedades minoritarias que existen, que el número reducido de sus afectados actúa como un claro desincentivo para una costosa investigación. De haber una injusticia, ésta no se fundamenta en la discriminación cultural o religiosa, de modo que no ha lugar para una discriminación positiva por razones culturales o religiosas.

El modo de escapar de tan incómoda encrucijada es eludiendo la distinción entre libertad y circunstancias. La igualdad de oportunidades no debe consistir únicamente en compensar por las circunstancias ajenas a los individuos mientras se permite el resultado desigual de sus elecciones libres, sino en dirimir los resultados sociales que producen explotación y dominación de aquéllos que simplemente producen modos diferentes de vivir. Los primeros son moralmente injustificados, mientras que los segundos son éticamente legítimos. Si la creencia cultural de un individuo le coloca en situación de explotación o dominación ante otro sujeto o ante algún grupo cultural, entonces deja de tener igualdad de oportunidades para llevar a cabo el modo de vida que puede llegar a elegir. Pero si vivir conforme a sus creencias no provoca explotación ni dominación —ni a él ni a los demás—, los resultados desiguales que su modo de vida pueda producir son un efecto inequívocamente legítimo.

Y ese sí, indiscutiblemente, es un terreno en el que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo deben ejercer un papel central como garantes, cada uno en su ámbito, de los derechos de aquellos que pudieran, al socaire de una mal entendida diversidad cultural, sufrir esa opresión. Una buena forma de racionalizar esta paradoja, como efecto de la globalización y su incidencia en el ocaso de la modernidad y los albores de la posmodernidad, es la mirada hermenéutica que, como paradigma de conocimiento, se convierte en un modelo de comprensión e interpretación.

VI

Terminaré estas reflexiones transitando terrenos por los que no debería caminar más de lo necesario, dada mi bien advertida diletancia. La actual filosofía hermenéutica tiene su hito fundacional en 1960 con la obra de corte neoclásico *Verdad y método* de Hans-Georg Gadamer, en la que se hipotrofia su naturaleza de ciencia, subrayándose, por el contrario, su cualidad artística: una suerte de *actitud* o talante ante las cosas. Esto resulta acentuadamente advertible en una España que en aquel año no pertenecía a la Europa hermenéutica sino a una oscura tradición antihermenéutica: la España de los Traductores de Toledo y de las tres culturas que padecía una Escolástica asfixiante y alcanforada, con un tufo eclesiástico cuasi-dogmático.

Digo todo esto porque la hermenéutica, tanto en España como fuera, constituye ya una actitud fundamental –y fundacional– de la filosofía, acaso como su consciencia crítico/críptica, la cual nunca debería convertirse en doctrina cerrada, puesto que su misión es precisamente abrir los textos a su textura y no abandonarlos a su letra positivizada.

Trasladando esta tendencia al ámbito de la Administración de Justicia, la única respuesta para lograr una percepción sociológica favorable de la función hermenéutica encomendada a las altas instancias jurisdiccionales radica en la expectativa cultural de que los jueces deben comportarse independientemente. Ser un juez en los Estados Unidos es, en palabras del Magistrado de su Tribunal Supremo Stephen Breyer «en parte un estado mental, una cuestión de expectativas, hábito y creencias, no sólo entre los jueces, abogados y legisladores, sino entre millones de personas.». En la medida en que la sociedad, merced a medidas de transparencia y acceso a la información, se forma una opinión sobre la actividad de los tribunales, la confianza pública en el Poder judicial se incrementa de manera exponencial. La razón más importante para confiar en que el fallo de un juez será eficaz, más allá de medidas coercitivas o garantías institucionales para su acatamiento, es de índole cultural y no institucional. La ciudadanía

ha interiorizado el acatamiento natural de los fallos de los tribunales desde la premisa moral de que, si los casos son sustanciados por jueces imparciales, libres de influencia política, los justiciables se conducirán de acuerdo con la ley y con su interpretación judicial.

Estamos por tanto ante lo que se podría denominar un ejercicio de «legitimidad social», es decir, el grado de confianza y de credibilidad social que una institución (el sistema de Justicia en este caso) amerita entre la ciudadanía. Es éste un rasgo imprescindible de los sistemas de Justicia, no un atributo opcional o contingente: de una Justicia eficiente, pero sin autoridad moral difícilmente pueden esperarse frutos. El buen sistema de Justicia debe generar en sus justiciables (reales o potenciales) el convencimiento de que sus asuntos van a ser tratados no sólo diligentemente y competentemente sino además de la forma más ecuánime, recta y equilibrada posible. De esto último depende fundamentalmente su fiabilidad, es decir, su legitimidad social. Adviértase como, de no ser así, resultaría injustificable la expropiación a los particulares de la tentación de hacer justicia por su cuenta, no en vano, la *potestas* del Poder judicial es necesaria pero no suficiente para que el sistema se muestre como confiable y digno de respecto; para ello precisa además de *auctoritas*, es decir, de la capacidad moral para emitir una opinión cualificada sobre una decisión. El nivel de legitimidad social correspondiente a un sistema de Justicia puede ser entendido como el residuo cristalizado de la forma en que la ciudadanía le percibe y evalúa en relación con rasgos básicos tales como su nivel de independencia e imparcialidad y, sobre todo, su grado de accesibilidad para el usuario, el trato que le dispensa y su margen de diafanidad a la hora de dar cuenta de su funcionamiento de conjunto, sin que además, este rasgo institucional objetivo pueda establecerse o imponerse legislativamente.

Mantener y cultivar esa confianza, plantea además un formidable reto para quienes tienen la responsabilidad de proponer y nombrar a los jueces de los escalones más altos de la jurisdicción, pues ello implica que la propuesta y selección se acomode a estándares de excelencia que en

forma alguna pueden ser rebajados por razones espurias o al socaire de intereses particulares, porque una sociedad cada vez más implicada en la Administración de Justicia no va a consentir que sus empleados en tan importante función no estén a la altura de sus exigencias. La ciudadanía ha adquirido ya plena conciencia de estar viviendo en un régimen de libertades y de estricto sometimiento a la legalidad, por lo que las expectativas respecto al modo de actuar de la Justicia corren parejas a los crecientes niveles de exigencia que se manifiestan en la política, la economía o el consumo. En este sentido, la Justicia debe también rendir cuentas al cuerpo social sobre el desempeño de sus funciones, como cualquier otra una institución pública que se financia presupuestariamente, desempeñando un servicio público y que, por ende, debe quedar sujeta a una evaluación periódica en cuanto a la calidad en el cumplimiento de sus funciones, como cualquier otro organismo público.

Unas expectativas que tienen su rubicón precisamente en coyunturas sociopolíticas como las actuales. Y es que de la misma forma que legislar en este contexto acarrea el riesgo de confundir más que sistematizar y de desorientar más que guiar, producto de premuras y urgencias siempre desaconsejables cuando de hacer leyes se trata; juzgar en tales condiciones exige del juzgador un aún mayor esfuerzo de ecuanimidad y equidad, ponderando elementos no siempre obrantes en el plano positivo. En un periodo tan convulso como el actual, pero radicalmente más violento como fue la Alemania de Weimar, surgió un pensamiento jurídico sostenido en la importancia de la persona, del ser humano como factor ponderante y transformador del Derecho, como alternativa al paradigma schmittiano en el que el Poder judicial no protegía la Constitución, sino que era el Kaiser del Reich su único defensor en un esquema de control concentrado, que al sustanciarse en el proceso de interpretación y aplicación, nos brindaría la oportunidad de objetivar la norma aplicable a través del debate generado durante el pre-juzicio del aplicador del Derecho. Esta tesis, además, se cohonestaba de manera admirable con la corriente neoconstitucionalista iniciada precisamente tras

la II Guerra Mundial en el seno del *Bundesverfassungsgericht* –Caso Efels BVerfGE 6, 32–, en la que se subrayaba la importancia de la magistratura, como herramienta modeladora y decantadora de la norma aplicable, pasando a ocupar un lugar institucional clave en la defensa del antipositivismo jurídico frente al iuspositivismo de nuevo cuño. Nótese como nuestra justicia virreinal, muy anterior por tanto a Weimar, tampoco se basaba exclusivamente en el Derecho positivo, sino que brotaba, en cada caso concreto, de la figura del juez quien, de manera singularizada, indicaba dónde estaba la justicia. De ahí la nuclear importancia de la figura del oidor indiano, que priorizaba la exégesis judicial, frente al valor normativo de los preceptos generales, ponderando en cada caso el rigor de su decisión, atendiendo especialmente a factores de oportunidad y conveniencia.

En un contexto histórico-social en el que vuelven a confrontarse regla y principio, disposición y valor, precepto y derecho, cuando más grande y grave es la brecha entre administrado y Administración, entre poderdante y apoderado, entre servidor y servido, se impone más que nunca la tarea de transmitir a la sociedad la idea de que la Justicia está a su servicio: tramitar es servir, juzgar es servir, informar es servir, dar fe es servir, proteger es servir, asesorar es servir. Es imprescindible que merced a unas políticas de transparencia y accesibilidad adecuadas a las singularidades de la Administración de Justicia, se conquisten prosélitos que den testimonio de formar parte del engranaje institucional que permite que las previsiones constitucionales y legislativas tengan su reflejo en la vida diaria y real de los ciudadanos. El derecho a la vida y a la integridad física, a la libertad y a la seguridad, a la tutela judicial efectiva o a la igualdad, entre los fundamentales que reconoce nuestra Constitución y todo el resto del articulado que rige nuestra convivencia requiere en cada caso de un terminal humano que materialice esa previsión normativa: el juez que ampara los derechos del justiciable, el fedatario que certifica la legalidad de la actuación procesal, el fiscal que persigue el delito, el forense que arroja luz sobre la muerte acaecida...esa intermediación

entre el plano del ser y el deber ser y el objetivo de que ambos espacios guarden la menor distancia posible entre ellos, se convierte en el más importante estímulo para la Administración de Justicia. Y ese objetivo, como ya se ha dicho aquí, no puede venir únicamente de la mano de las previsiones legales, necesarias sin duda, pero absolutamente insuficientes si no se logra alcanzar esa legitimación social, verdadero *marbete* identificativo de la Justicia de calidad, y únicamente alcanzable desde la independencia, la transparencia, la accesibilidad y la excelencia hermenéutica.

La civilización romana tenía clara la diferencia entre poder y autoridad. La *potestas* pertenecía al gobernante; la *auctoritas*, al sabio. El poder proviene de la ley; la autoridad, del conocimiento, siendo impensable que el poder interfiriese en el plano de la sabiduría. Nuestro paisano Quintiliano, el insigne rétor del siglo I a. de C., decía que en la frente del orador Tracalo brillaba la autoridad. Aplicando aquí los mimbres de la filosofía política del recordado romanista Alvaro d'Ors, si la Administración de Justicia lograra ser socialmente reconocida como sabia y ecuanime y no únicamente identificada como poderosa y distante, sus sentencias y resoluciones vendrían *ab origine* investidas de un grado de respetabilidad inalcanzable si únicamente las refrenda el imperio de la Ley.

Y es que ya lo dijo Valle Inclán en el teatro Fontalba de Madrid una noche de finales de octubre de 1927, durante el estreno de la comedia *El hijo del diablo*, del poeta catalán Joaquín Montaner. Antes de que finalizara el segundo acto, don Ramón comenzó a vociferar “¡Muy mal, muy mal!” de forma tan desmesurada que hubo de interrumpirse la representación. Los agentes se acercaron a la butaca que ocupaba el excéntrico gallego para llevárselo a comisaría, y se presentaron diciendo:

¡Somos la autoridad!

a lo que el dramaturgo replicó:

– Aquí, en el teatro, yo soy la única autoridad, pues soy crítico.

Naturalmente, los agentes de la *potestas* se llevaron al detentador de la *auctoritas*, pues la fuerza se impone momentáneamente a la razón, pero la crítica literaria no tardó en ensalzar la actuación de Valle Inclán, que con sus gritos logró sepultar la mediocre pieza de Montaner. Si queremos que la Justicia sea algo más que papel de oficio testimoniado, hagamos de ella, entre todos, una institución moralmente intachable, reflejo de una hermenéutica integradora, inclusiva y cohonestada al contexto socio cultural en la que se desarrolla.

Raúl C. Cancio Fernández
Tribunal Supremo de España
Pza Villa de París s/n
28071 Madrid (España)
raulcesar.cancio@justicia.es



LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ANALOGÍA HERMENÉUTICA

HUMAN RIGHTS AND HERMENEUTICAL ANALOGY

NAPOLEÓN CONDE GAXIOLA

Instituto Politécnico Nacional, México

Recibido: 15/02/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

El presente texto constituye una reflexión sobre la especificidad de la hermenéutica analógica, para abordar el estudio de los derechos humanos. La perspectiva es humanista y crítica, ya que evita caer en el marco del positivismo jurídico, de factura reglamentarista y normativista, basada en la coacción; por otro lado, se mantiene distante de las esferas de la posmodernidad tan frecuente en nuestro medio. Señalamos que la hermenéutica analógica nos sirve a nivel teórico y metodológico para comprender el diálogo, el bien común, la frónesis y la ontología, aplicadas a la naturaleza del hombre, con el propósito de tener una visión más amplia y cabal de los derechos humanos en el marco de la filosofía del Derecho.

Palabras clave: Hermenéutica analógica, Derechos Humanos, Analogía, Relativismo, Univocismo.

ABSTRACT

This paper constitutes a reflection on the specificity of analogical hermeneutics, to address the study of human rights. The perspective is humanistic and critical, since it avoids falling within the framework of legal positivism, regulatory and normativist invoice, based on coercion; on the other hand, it remains distant from the spheres of postmodernity so prevalent in our context. We point

out that analogical hermeneutics serves us at the theoretical and methodological level to understand dialogue, the common good, phrónesis and ontology, applied to the human nature, with the purpose of having a broader and more comprehensive view of human rights in the framework of the philosophy of law.

Keywords: Analogical hermeneutic, Human Rights, Analogy, Relativism Univocism.

Sumario: *1. Introducción. 2. Desarrollo. 3. Conclusión*

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendemos reflexionar sobre la temática de los derechos humanos desde el punto de vista de la analogía y la hermenéutica. Para ello nos auxiliamos de una concepción humanista, para tratar de configurar una hermenéutica jurídica de hechura ética, antropológica y ontológica, sin ignorar su dimensión económica, política y social. Tratamos de esquivar el lineamiento univocista y equivocista, para centrarnos en una postura de mayor apertura, con la idea de comentar las nociones de bien común, comunidad, democracia, el linchamiento, la interpretación, la ontología, la ley natural y la ética, así como otros puntos parecidos. La pregunta de investigación es la siguiente: ¿hasta qué punto es pertinente una dimensión analógica, para estudiar los derechos humanos desde una óptica alternativa, al margen de los criterios positivistas y del relativismo jurídico? Veamos en qué medida puede existir la posibilidad de lograr esta importante tarea y desafío. En ese sentido nuestro trabajo ha sido, generar puntos de vista significativos en relación al tópico del derecho y de los derechos humanos.

2. DESARROLLO

De manera muy breve, podemos definir a la hermenéutica como aquella disciplina que tiene por objeto la interpretación de textos. En esa vía, si el derecho y los derechos humanos son un texto, la hermenéutica es el saber por excelencia, pero bajo la forma de hermenéutica jurídica. Por otro lado, la analogía ha sido históricamente muy pertinente en el derecho., la cual se ha utilizado, sobre todo, en la teoría del derecho y la jusfilosofía¹. De hecho, el hermeneuta mexicano, creador de la hermenéutica analógica, Mauricio Beuchot, la ha abordado en diversos textos² y materiales³.

“De alguna manera, se puede hablar de que la hermenéutica analógica ha acompañado al derecho. En efecto, el procedimiento por analogía se ha dado de manera muy amplia por él. Por analogía se encuentran las leyes que se ajustan a los casos, o los casos que se ajustan a las leyes”⁴.

Históricamente, la analogía y la hermenéutica han asistido no sólo a la justicia sino al derecho mismo. De esta forma, se ubica la correspondencia entre los principios y las reglas, las formas morales y las leyes. Para un derecho humanista tiene que existir una estabilidad proporcional entre lo formal y lo axiológico; lo primero es típico del normativismo, y lo valorativo es típico de lo segundo. Tal situación puede ser resuelta por la iconicidad. Esta última se vincula con la *phrónesis*, que es la prudencia de los jueces y legisladores con una actitud humanista. La jurisprudencia, al igual que la legislación, debería ser una actividad analógica.

1 Alejandro Rosillo, coord., *Hermenéutica analógica. Derecho y filosofía* (México: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007).

2 Mauricio Beuchot, *Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía* (Bogotá: Universidad de Santo Tomás, 2006).

3 Mauricio Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos* (México-Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México-Tirant lo Blanch, 2018).

4 Beuchot, *Reflexiones filosóficas...*, 18 y 19.

Igual sucede con la justicia, entendida como una virtud indispensable en el ejercicio del derecho.

Como vemos, la analogía hermenéutica puede ofrecernos algunas herramientas para comprender la ciencia jurídica. En ese camino, la hermenéutica es una ciencia y un arte. La primera como un cuerpo sistematizado de saberes, en la que son importantes los conceptos, los métodos y los principios, permitiendo la estructuración de los temas a nivel inductivo, deductivo y abductivo. En este contexto es fundamental la intelección dentro del entendimiento y, el razonamiento en la explicación para llevarla a la teoría y a la práctica. Por otro lado, es arte o técnica en el sentido aristotélico, es decir, una agrupación de reglas que nos permiten ordenar la sensibilidad y la creación, desde un punto de vista interpretacional⁵, tal como lo ubica Beuchot en su texto sobre los fundamentos de la hermenéutica analógica⁶. Al constituirse como ciencia y como arte, está en condiciones para abordar de manera subjetiva y objetiva, no sólo el derecho sino también los derechos humanos. El derecho supone un modelo de ser humano, por donde emerge una verdad política, histórica y subjetiva; política porque indica la búsqueda del bien común; histórica porque se basa en una comprensión de lo pretérito, lo actual y el porvenir; es decir, ubicado en el devenir global de la sociedad, y subjetiva porque se trata de un sujeto capaz de tomar decisiones para superar su condición de animal humano y transitar de la interpretación a la acción. Para ello es viable adoptar una posición práctica de defensa real de los derechos humanos, tan dúctil en el campo legalista, por su olvido de los criterios morales y políticos.

“Los derechos humanos corresponden a una idea del hombre, de la cual surge una ética y una filosofía política. Se trata de un modelo de antropología filosófica, que subyace a la idea de tales derechos. Por eso tenemos que buscar, aunque sea someramente, a qué idea o modelo

5 Robert Kilwardby, *De ortu scientiarum* (London: British Academy, 1976), 145-146.

6 Mauricio Beuchot, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 2ª. ed. (México: UNAM/Itaca, 2000), 18.

de hombre corresponden los derechos humanos y se pueden apoyar en él”⁷.

Es relevante adoptar un punto de vista humanista, tan extraño en nuestro tiempo, sobre el hombre; es decir, una antropología filosófica como saber orientado a explorar la esencia del ser humano. Se trata de un personalismo crítico, capaz de privilegiar la naturaleza humana por encima de la normatividad y de las posturas jurisprudencialistas. Lo importante es el sujeto humano ubicado al margen del positivismo jurídico⁸ y distanciado de la posmodernidad relativista⁹. Tal aspiración conduce a visualizar al jurista como núcleo o centro de intencionalidades; es por ello que el hombre, además de ser un animal hermenéutico es un animal analógico. La antropología filosófica es diagramática, pues se atiene más al modelo de hombre que presentemos, que a las normas y reglas abstractas ofrecidas por el cientificismo objetivista y legalista del derecho.

En realidad, todo humanismo es atravesado por el modelo de hombre, es decir, se adhiere a una antropología filosófica. Se trata de un personalismo analógico apuntalado en la idea de persona, y analógico porque explora lo primordial de la existencia. En esa vía sitúa al hombre como microcosmos, como un compendio de todo el ser, agrupando en sí mismo la totalidad del horizonte o macrocosmos. “En efecto, a toda empresa humana le subyace una idea del ser humano, esto es, una antropología filosófica o filosofía del hombre. Y aquí deseo articularla desde la hermenéutica analógica”¹⁰.

En una propuesta hermenéutica, los derechos humanos se mantienen forzosamente en un tejido interpretacional del hombre, de la cultura, de la formación social, históricamente determinada, logrando una caracterización legítima de los derechos humanos planteados. Es una

7 Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos...*, 21.

8 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: UNAM, 1982), 15-67.

9 José Calvo, *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), 73-96.

10 Mauricio Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos...*, 21.

comprensión crítica del ser humano, en función de sus proyectos y propuestas, para ubicar los derechos primordiales a los que se refiere. Es por eso que, a todo dispositivo teórico dirigido hacia una acción práctica le concierne evitar los extremos para lograr un equilibrio relativo.

“Aquí trataré de aplicar la hermenéutica analógica para lograr una mejor comprensión de los derechos humanos, sobre todo cuando son entendidos de manera diferente por las culturas que conviven en algún país. A pesar de que la hermenéutica analógica privilegia las diferencias, lo hace sin perder la capacidad de universalizar, que es lo que se necesita en los derechos humanos”¹¹.

Eso implica darse cuenta de las diferencias y contradicciones con el propósito de no afectar la esencia de los derechos humanos; sortear la falacia naturalista, como pretexto del positivismo jurídico, para separarse de la ética, planteando un derecho deshumanizado. En la época moderna, se privilegió la separación de la ética del derecho; en la actualidad existe un esfuerzo por volver a ligarlos. Es por eso que se debe entender de manera prudente la aplicación de los derechos humanos en un contexto intercultural. Al menos en México, y en buena parte de América Latina, se comprende de manera diferente a los derechos humanos, como sucede en el caso del linchamiento.

En las comunidades indígenas, en el ámbito rural o en las zonas comunitarias urbanas de algunas delegaciones o alcaldías, se concibe de manera complicada el linchamiento de los presuntos delincuentes por la colectividad¹². Para algunas comunidades es una ejecución masiva sin proceso legal, fuera del derecho positivo, al margen del Estado, cumpliendo el mandato popular para castigar a un sujeto determinado o a un cacicazgo, el cual, desde la perspectiva de esa comunidad, sería

11 Mauricio Beuchot, “La hermenéutica analógica en la comprensión de los derechos humanos”, *Hiperbórea* 1 (2010): 7.

12 Juan Pablo Aguirre Quezada, *Linchamientos en México* (Ciudad de México: Cuaderno de investigación 39, Dirección General de Análisis Legislativo, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2018), 30.

exonerado por las autoridades oficiales. La experiencia de la policía comunitaria en Guerrero, de las autodefensas en Michoacán, y del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en Chiapas, indican la complejidad de la resolución dialéctica de tales contradicciones. A veces, los participantes en un linchamiento lo aplican a individuos inocentes; en ocasiones, al juzgar sin un juicio se comenten excesos. Sin embargo, algunas ocasiones constituyen una respuesta masiva frente a la impunidad, por ejemplo, ante el cansancio de la comunidad en la violación de niños, asaltos o ajusticiamientos de los delincuentes a la población civil¹³. La pregunta es: ¿cómo se aplican los derechos humanos en zonas en conflicto?, ¿puede ser posible la existencia de tribunales populares?, ¿cuáles son los derechos humanos de narcotraficantes al ser detenidos por sus arbitrariedades y cómo deberán ser tratados por el llamado poder comunal o barrial? Al aplicar la jusanalogía se deben privilegiar las diferencias ubicando el problema, más allá del sistema jurídico dominante, para tratar de enlazarlo con la ética y una antropología filosófica, pues si la moralidad se expresa a sí misma, en consecuencia se autoanula. Incluso el positivismo señala que el derecho funciona mejor si es ético¹⁴. La propuesta de que los derechos humanos se convierten en derechos morales es una realidad evidente. Es claro que la solución al llamado linchamiento debería ser analógica y dialéctica; para no caer en el marco estricto del derecho positivo, entregando a los delincuentes a las instituciones establecidas, para inmediatamente, debido a la impunidad, obtener su libertad¹⁵. La dialéctica propone resolver las contradicciones evitando la venganza y el derramamiento gratuito de sangre, procurándose justicia por sí mismos, sorteando el desquite en el futuro de los delincuentes sobre la misma comunidad. La ética se fundamenta en una filosofía del ser humano. Si la ética no se mantiene en un personalismo, se podrá

13 Carlos Monsiváis, "Los linchamientos: el crimen a nombre de la justicia popular", *Proceso* 14 de septiembre de 1996.

14 Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Revista Isonomía* 27 (2007): 14-15.

15 Raúl Rodríguez Guillén, "Crisis de autoridad y violencia social: los linchamientos en México", *Polis* 8 (2012): 43-74.

convertir en una pseudo-ética, es decir, en una completa inhumanidad. De ahí la importancia de un modelo de ser humano, tan ausente en los diversos positivimos, sean éstos excluyentes, incluyentes o axiológicos. Sin duda alguna, no se han resuelto, al menos en México, la tipificación de los derechos humanos y la especificidad de su aplicación en situaciones concretas. Lo más fácil sería ofrecer recetas sencillas para grandes problemas. Por lo pronto, señalamos mínimamente los criterios; no del todo concluidos sobre tal situación. Es interesante la siguiente reflexión:

“Pues bien, todas esas actividades hermenéuticas y analógicas las hace el hombre en medio del diálogo, en el seno de una comunidad. En efecto, la analogización, puesto que tiene como elemento connotado el distinguir para poder unir convenientemente, se da sobre todo en la discusión, en el diálogo; y éste se da en la comunidad”¹⁶.

Es decir, pese a toda la crítica a la dialogicidad, la posibilidad de una conversación hermenéutica entre los aliados y los opuestos podría ofrecer mayor apertura para la comprensión de los derechos humanos. Tal pretensión, podría mover a risa a algunos. En ese sendero, también es importante el papel de la comunidad, pues en ella están los símbolos que nos sirven para ubicar lo metafórico de sus aspiraciones tratando de la búsqueda del sentido. También se ubica la metonimia para visualizar la referencialidad; por eso me parece importante la idea de un personalismo analógico orientado a resolver los problemas del hombre en la comunidad, su ubicación como persona con cualidades y defectos, y el marco histórico, económico y político, de sus deseos y ambiciones. Es importante, la conexión entre derecho y analogía hermenéutica, pues nos da la clave para evitar una acción univocista, propia de las teorías jurídicas normativistas y traer la exclusión, la dictadura y el autoritarismo. Una posición equívoca pretenderá que los derechos humanos se anclen

16 Mauricio Beuchot, *Antropología filosófica. Hacia un personalismo analógico-icónico* (Salamanca, Colección Persona, 2008), 108.

únicamente en la diferencia, promoviendo eternamente la interpretación infinita y la espontaneidad.

“La hermenéutica analógica será. Pues, la que nos dé una comprensión adecuada de los derechos humanos en un contexto multicultural, sin el absolutismo individualista del liberalismo ni el relativismo colectivista del comunitarismo ni el relativismo individualista del posmodernismo”¹⁷.

En efecto, históricamente el liberalismo ha planteado una postura unidimensional de los derechos humanos al hegemonizar el poder del Estado y de las instituciones, situándose por encima de la comunidad. A su vez, los diversos tipos de comunitarismo han caído en el populismo, en el totalitarismo o en un falso colectivismo. Por eso es necesario una perspectiva analógica, la cual partirá de la dignidad y sobre todo de la naturaleza humana, como ha sido planteado por el jusnaturalista alemán Ernst Bloch, en la que el Estado y el derecho mismo no tienen la última palabra¹⁸. De ahí la desconfianza de la colectividad respecto a los tribunales y hacia el ojo de la ley¹⁹. La dicotomía podría reducirse con un uso adecuado de los derechos humanos por los diversos actores de las clases sociales o tal vez, por cierta transculturalidad de corte analógica, situada más allá de la constelación cultural de la sociedad, sin olvidar los intereses económicos y políticos de los grupos en pugna.

Aristóteles, en su texto *Política*, dice: “el hombre es por naturaleza un animal social”²⁰, Tomas Hobbes caracteriza al hombre como “un auténtico lobo para el hombre”²¹ y para Marx piensa que el hombre se define en función del conflicto social: “hombres libres y esclavos, patricios y plebeyos, señores y siervos, maestros y oficiales, en una palabra: opresores y oprimidos se enfrentaron siempre, mantuvieron una lucha

17 Beuchot, “La hermenéutica analógica”, 13.

18 Ernst Bloch, *El principio esperanza*, vol. 2 (Madrid: Trotta, 2006), 68.

19 Ernst Bloch, *Derecho natural y dignidad humana* (Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980), 184.

20 Aristóteles, *Política*, 1252b9 (Madrid: Gredos, 1988), 50.

21 Tomas Hobbes, *De Cive* (Madrid: Alianza Editorial, 2016), 34.

constante, velada unas veces y otras franca y abierta”²². El filósofo francés, Michel Foucault, plantea “la muerte del hombre”, al decir, al final de su libro *Las palabras y las cosas*: “El hombre es una invención cuya fecha reciente muestra con toda facilidad la arqueología de nuestro pensamiento. Y quizá también su próximo fin”²³. A lo largo y ancho de la historia, se ha buscado el sentido del ser de la persona humana. Se ha tratado de caracterizar de la mejor manera posible lo que significa la naturaleza humana.

“Una hermenéutica unívoca interpretará al hombre como bueno por naturaleza, como social por naturaleza, no necesitado de pacto e incluso ni de leyes, como quiso Platón en *La república*, y lo corrigió en *Las leyes*. Una hermenéutica equívoca dará por malo al hombre, por antisocial, violador de pactos y que tiene un ámbito relativista para sus costumbres”²⁴.

En cambio, una propuesta analogizante visualizará al ser humano como un actor social, económico y político, inserto en una situación comunal y en un pacto con otras clases sociales para configurar una buena convivencia.

En efecto vemos, siguiendo a Beuchot, la necesidad de un equilibrio entre la visión del derecho natural y del positivismo jurídico para obtener de manera más adecuada y prudente la idea de una naturaleza humana. Una perspectiva absolutista podrá llevarnos a una interpretación metonímica, puntual, al pie de la letra, es decir, rígida de los derechos humanos; observada y aplicada por las instituciones oficiales y por la decisión administrativa, judicial, fiscal y legislativa. Por otro lado, una posición equívoca nos conducirá a un indeterminismo y a una ambigüedad irracional. En otro ángulo, una postura más prudente buscará una razón analógica distante del liberalismo y de la posmodernidad. Es necesaria

²² Carlos Marx y Federico Engels, *Manifiesto del Partido Comunista* (Moscú: Editorial Progreso, 1969), 80.

²³ Michel Foucault, *Las palabras y las cosas* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1968), 375.

²⁴ Beuchot, “La hermenéutica analógica”, 15.

la construcción de un concepto de persona, como hemos tratado de hacerlo, para tipificar a los derechos humanos, así como su propuesta de sociedad y formas de convivencia. El mismo humanismo jurídico²⁵ y la jus-fenomenología²⁶, como jus-filosofía, han tratado de llevar agua a su molino.

“Vistos desde la fenomenología, propia de la filosofía del derecho, los derechos humanos responden a la búsqueda del bien común. Es verdad que en la política la modernidad olvidó esa categoría, y se polarizó hacia el poder; pero en los tiempos más recientes se ha tratado de recuperar, no sólo para la filosofía política, sino también para la filosofía del derecho. En este último ámbito, el bien común ha sido visualizado por los politólogos y juristas”²⁷.

La cuestión del bien común ha sido despreciada por los positivismo²⁸ y los totalitarismos unívocos²⁹, así como también por el relativismo; un ejemplo lo encontramos en el profesor griego Costas Douzinas al proponer que: “para defender al ser humano debemos atacar el humanismo, una combinación banal de metafísica clásica y cristiana (...) los derechos humanos del Otro podrían convertirse en el principio de justicia posmoderno”³⁰. Estas teorías jurídicas han negado la idea humanista de la conexión entre los derechos humanos y el bien común. El polo opuesto es Ernst Bloch, al entender la esperanza como principio o derecho humano, planteando la trascendencia mediante la utopía. El hombre se realiza comunitariamente, ya que hay hombre en la medida que existe la utopía y la esperanza, de la que emergen los criterios morales, vitales y axiológicos como: bien común, vida buena, principios, trascendencia y

25 Luis Recaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho* (México: Editorial Porrúa, 1997), 322 y 323.

26 Mariano Crespo, “Fenomenología y filosofía del derecho”, *Pensamiento* 72 (2016): 1247-1261.

27 Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos...*, 27.

28 Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (México: Universidad Nacional Autónoma de, 2008), 215-245.

29 Andrey Vyshinsky, *La teoría de la prueba en el derecho soviético* (Montevideo: Editorial Nuevo derecho, 1951).

30 Costas Douzinas, “El fin(al) de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 7 (2006): 312.

colectividad. El hombre tiene un tejido antropológico y ontológico dirigido a la esperanza; por lo que la trascendencia y el bien común sea un punto básico en sus ideas. Por eso presenta a la persona, como aquel individuo que no se contenta con la injusticia, la indignidad, la inmanencia, para proponer una vida en el marco de la esperanza y la utopía; para ello, se constituye en comunión, mediante la búsqueda de una esencia verdadera, bajo una estructura política, histórica y societal. Es por eso el rechazo al derecho positivo del nacional-socialismo basado en el utilitarismo, la instrumentalización, el racismo, el negocio y la falta de trascendencia.

“Derecho es lo que aprovecha al pueblo alemán, es decir, al capital financiero; verdad es lo que fomenta la vida, es decir, la ganancia máxima, lo que más la sirve. Éstas han sido, por tanto, una vez que los tiempos se hubieron cumplido, las consecuencias del pragmatismo; y que inocentemente, engañosamente incluso, quería también aparecer como <teoría-praxis>. Aparentemente se negaba una verdad por razón de sí misma, pero sin decir que se hacía por razón de una mentira y del negocio”³¹.

La idea jusnaturalista sobre los derechos humanos explorando el bien común, es propia de un derecho natural crítico y alternativo, contrario a la negación de la vida en colectividad, al plantear la necesidad de resolver los complejos problemas de la humanidad, desde la naturaleza humana enlazándola con la praxis. Bloch adopta una postura autotélica, pues el hombre debe tener un fin basado en la perspectiva y el anhelo apuntando como un *telos*, construido hacia el devenir. Más que un miedo hacia el futuro, formula una conciencia de la posibilidad, enteramente utópica y esperanzadora. Por eso los derechos humanos son un ejercicio analógico, en la medida en la que están orientados a la búsqueda de la justicia y hacia la cristalización de la equidad. Así vemos que para la plena realización de los derechos humanos tiene que haber una

31 Ernst Bloch, *El principio esperanza*, vol. 1 (Madrid: Trotta, 2004), 326.

democracia auténtica basada en el respeto a la persona, en la igualdad económica y política.

“Para la existencia de los derechos humanos, se requieren ciertas condiciones como un Estado de derecho, que puede establecer válidamente los derechos y defenderlos por la coacción para hacerlos cumplir; es el aspecto de la positivación. Y tal Estado es democrático, porque sólo en la democracia pueden darse la igualdad ante la ley y la libertad, pero se requiere, además, de la responsabilidad y la solidaridad para que también crezca la igualdad social”³².

Se trata pues, de una idea analógica de democracia basada en la igualdad no sólo social, cultural, jurídica y política, sino sobre todo económica. Aspecto aún no logrado en el liberalismo. Su propósito implica dirigir a los grupos humanos en beneficio de la colectividad. Los actores entienden que el hombre mismo se conduce a una sociedad más amable y decente guiada por la analogía, la prudencia, el consenso y la proporción. La democracia verdadera es la presencia de la esperanza como utopía jurídica, buscando la paz y la decencia, lejos del autoritarismo, la exclusión y la marginación. El fracaso de la sociedad de la competencia y del espectáculo³³ nos debe conducir a adoptar una actitud analógica, ante el modelo de sociedad en el que hemos vivido. Ha quedado atrás el esquema garantista del positivismo,³⁴ basado en el cientificismo, la analítica y el normativismo. También ha fracasado los intentos populistas de hechura totalitaria basados en la subordinación ideológica de la masa al dictador. El ser humano no puede ser engañado con los impulsos relativistas de la sociedad débil,³⁵ rizomática³⁶ y seductora³⁷ orientada a llevarnos al nihilismo activo y pasivo. Para esta crítica es vertebral la

32 Beuchot, *Filosofía del derecho...*, 178.

33 Guy Debord, *La sociedad del espectáculo* (Santiago de Chile: Ediciones Naufrago, 1995), 8.

34 Luigi Ferrajoli, *Principia iuris*, tomo I (Madrid: Editorial Trotta, 2007), 3-80.

35 Gianni Vattimo y Santiago Zabala, *Comunismo hermenéutico. De Heidegger a Marx* (Madrid: Editorial Herder, 2012), 121-164.

36 Gilles Deleuze y Felix Guattari, *Mil mesetas: capitalismo y esquizofrenia* (Madrid: Editorial Pre-textos, 2004), 9-32.

37 Jean Baudrillard, *Cultura y simulacro* (Barcelona: Editorial Kairós, 1978), 5-8.

analogía, como teoría y método, estructurada bajo un humanismo jurídico, de carácter fronterizo y dialógico.

“Esta hermenéutica está vertebrada por la noción de proporción, trabajada por la idea de analogía, es decir es una hermenéutica analógica, que eludirá la cerrazón de la unívoca, para la cual sólo hay una interpretación válida, y las demás son todas falsas. Y también sorteará la equívoca, para la cual prácticamente todas las interpretaciones son válidas, y no hay ninguna falsa. En cambio, para una hermenéutica analógica, en el espíritu aristotélico, hay más de una interpretación válida: puede haber varias, pero todas jerarquizadas de mejor a peor, con una gradación que va desde la más apropiada hasta la que lo es menos, donde ya comienza la inadecuación”³⁸.

En esa medida será pertinente la ontología como saber orientado a encontrar la esencia misma de las cosas, donde la forma social sea un territorio de la esperanza y de la iconicidad. Lejos de la ontología del fiscalismo y de la equivocidad. También es una propuesta en la que es importante la *phrónesis* o proporción.³⁹ Ésta se entiende como una forma de sabiduría práctica relacionada con la medida. También es una virtud teórica, mas eso no implica únicamente la contemplación sino la misma facticidad. Sobre todo es proporción, ya que precisa el equilibrio analógico de lo particular y de lo universal. Nos auxilia a ubicar la medianía y el horizonte medio de la reflexión y de la acción, pues nos da la pauta para acercarnos teleológicamente a nuestros objetivos. Es una sabiduría de lo múltiple y de lo empírico. Es en síntesis la analogía puesta en escena. En otro ángulo agrupa segmentos otorgándoles un cierto orden y estructura. Nos ayuda al otorgarnos las bases para dialogar, interpretar y tomar decisiones. Abordar los derechos humanos desde el punto de vista de la proporción, es adoptar un esquema mediador de factura

38 Mauricio Beuchot “El uso de la hermenéutica y la analogía en el derecho”, en Mauricio Beuchot y Napoleón Conde, *Esbozo analógico para el derecho y las ciencias sociales* (México: Editorial Torres, 2018), 26.

39 Mauricio Beuchot, *Phrónesis, analogía y hermenéutica* (México: UNAM, 2007), 105 y ss.

fronética, orientado a evitar la irracionalidad, la improvisación y el simulacro. En este horizonte es importante la equidad, que no es otra cosa que la justicia puesta en práctica. Para comprender los derechos humanos es pertinente entender las virtudes teóricas y prácticas.

“Tal sucede en dos virtudes que son altamente analógicas, a saber, la prudencia o *phrónesis*, de la cual viene la jurisprudencia, y la equidad o *epeiqueia*, que es la aplicación adecuada de la ley, que es general, al caso concreto, que es particular. La jurisprudencia es la aplicación correcta de la ley a casos difíciles o que no están explicitados en ella, por medio de leyes semejantes o de casos parecidos, hasta llenar las lagunas o implementar leyes nuevas que satisfagan el punto. La equidad es un paso más, es la sutileza para aplicar la ley al caso concreto, buscando el bien de las partes, de modo que no se lastime a nadie sino que, antes bien, se ayude a todos a avanzar en la vida social. Y la sutileza es una virtud hermenéutica, la más propia del hermeneuta o intérprete, la cual aquí se ve aplicada al derecho, en la virtud de la equidad, aparejada a la de la prudencia jurídica”⁴⁰.

Se ha tocado el papel de las virtudes, lo cual es necesario no sólo en el derecho sino también en los derechos humanos; Beuchot reflexiona sobre la frónesis y la equidad y también sobre la sutileza, ésta es entendida como el encuentro de una posibilidad en donde nadie la vislumbraba; por eso es una virtud y también un método, entendido como el camino o sendero para descubrir algo significativo; es por eso que a Juan Duns Escoto se le conocía como “Doctor Sutil” por su enorme capacidad para explorar veredas desconocidas y volverlas espacios con claridad⁴¹. También tenía que ver con su teoría de las distinciones expresada en la *distinctio formalis ex natura rei*, ubicada entre la razón y lo real. Tales distinciones podrían ayudar con la diferenciación en el entendimiento de los textos, conduciendo a una mejor puntualidad y regularidad, logrando

40 Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos...*, 24 y 35.

41 Maurice J. Grajewski, “The Formal Distinction of Duns Scotus”, *The Philosophical Review* 56 (1947): 448-449.

una recolección más adecuada. Como vemos, la sutileza supone una exquisitez, así como una honra y un refinamiento estructurado como virtud, la cual es indispensable no sólo para comprender la Edad Media, sino como un artífice para entender el mundo actual. El propio Beuchot indica que la *subtilitas* estuvo asociada con la hermenéutica y es la metodología de su hermenéutica analógica. Él establece que la *subtilitas implicandi* tocaría a la sintaxis; la *subtilitas explicandi*, a la semántica, y la *subtilitas aplicandi* correspondería a la pragmática⁴². Es una metodología humanista, abierta e icónica, contraria al instrumentalismo de la modernidad y la tardomodernidad, basada en consecuencia en lo intratextual, lo intertextual y lo contextual respectivamente.

Además de lo dicho con anterioridad, otro tópico importante en la hermenéutica jurídica es el de la ontología, pues explora el analogado principal del derecho. Una ontología positivista plantearía que la esencia del derecho es la coacción; aunque Hans Kelsen rechaza una ontología jurídica. En ambos casos se adopta una actitud univocista. Una ontología analógica identifica la esencia del derecho con la justicia, por medio de la distinción identifica los grados del ser. Es una ontología que respeta las “otras” ontologías, sean estas absolutistas o subjetivistas.

“Esta hermenéutica acepta una ontología. Ésta última es una ontología también analógica, es decir, distingue diversos órdenes del ser, no es cerrada como la unívoca, ni demasiado abierta y atomizada como una equívoca. Es una hermenéutica que admite más de una interpretación como válida, a diferencia de la unívoca, pero no todas ni en desorden, como la equívoca. Acepta varias interpretaciones, pero ordenadas según una jerarquía de mejor a peor. Con esto obtienen la seriedad de la unívoca pero con la apertura de la equívoca, sin caer en ninguno de esos dos extremos”⁴³.

42 Beuchot, *Tratado de hermenéutica analógica...*, 23-24.

43 Beuchot, “El uso de la hermenéutica y la analogía en el derecho”, 27 y 28

Como vemos, la ontología es indispensable en la construcción de un derecho humanista y sobre todo en el diseño de una hermenéutica analógica. Se trata de una ontología diferente a la de Alain Badiou, de carácter cuantitativista y centrada en las matemáticas⁴⁴. También es diferente de la ontología posmoderna diseñada para la inmanencia y el debilitamiento.⁴⁵ La ontología analógica le da un particular significado al nexo entre lo individual y lo universal, dado que entiende que cada persona representa a toda la especie, con todas sus limitaciones y su grandeza. Así vemos que cada ser humano se convierte en un sujeto crítico para interpretar la dialéctica, buscando una salida proporcional a los conflictos entre contrarios sin anclarse en una síntesis unívoca. El objetivo ha sido evitar la violencia y la guerra ante el enfrentamiento de los opuestos. Esta idea de la dialéctica nos puede ofrecer desde su analogización una manera diferente de concebir la ontología. Por eso dice Beuchot que “la dialéctica es una de las formas de la analogía”.⁴⁶ Ya que estamos viviendo en la contradicción, lo cual lo podemos sentir en nuestra vida cotidiana.

“Necesitamos, pues, una ontología analógica, que no tenga la pretensión rigorista de las ontologías unívocas de la modernidad, pero que tampoco se derrumbe en la desesperación disolvente de las ontologías equívocas de la posmodernidad. Una que tenga fuerza bastante para salir de la debilidad y la ambigüedad de las ontologías al uso, que más bien no son ontologías (si bien se las mira). Una ontología abierta, pero resistente; una ontología seria, pero abierta, es decir, no reduccionista como la del positivismo, pero tampoco irreductible, como muchas de la posmodernidad”⁴⁷.

Esta ontología toma como punto de partida el pensamiento aristotélico, tomásico, blochiano y beuchotiano exploradores del significado y del sentido y de la propia referencia, de la identidad y de la diferencia, de

44 Alain Badiou, *Breve tratado de ontología transitoria* (Barcelona, Editorial Gedisa, 2002), 37-50.

45 Gianni Vattimo, *Adiós a la verdad* (Barcelona, Editorial Gedisa, 2010), 41-50

46 Mauricio Beuchot, *Dialéctica de la analogía* (México, Paidós, 2016), 11.

47 Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos...*, 104 y 105.

lo universal y de lo particular; pero accesible y franca, lejana del irracionalismo de los autores debilitas, narrativistas y metafóricos, con su manifiesto desdén y desprecio a la experiencia, la verdad, la esencia, la iconicidad y lo justo.

Es una ontología jurídica de lo concreto basada en la praxis social humana. Una ontología analógica orientada a abordar los grandes temas del ser. No es unívoca ni equívoca, sino icónica, en la que por medio del conocimiento de un fragmento podemos encontrar el todo. Los derechos humanos están necesitados de una ontología más sencilla establecida en la analogía, la cual está pletórica de sentido⁴⁸. Se trata de una postura filosófica que prioriza el ser por encima de la norma y en el método de la sutileza, en hegemonía sobre el cuantitativismo y el individualismo metodológico.

“La hermenéutica jurídica, al ser el instrumento de la interpretación del texto jurídico, tiene como objeto un texto que se ha procurado hacer con cuidado, pero que no deja de tener ambigüedades y lagunas, las cuales son sus dificultades. Estas dificultades no se pueden superar con una hermenéutica unívoca, como la que se intentó en el positivismo lógico, cuando se llegó a pensar que se podía formalizar el derecho y llevarlo a una exactitud ideal. Fue el tiempo de la lógica jurídica exacta y de la semiótica jurídica, siempre útiles, pero que nunca llenar las pretensiones que tuvieron. Uno recuerda los centros que se fundaron para llevar a cabo esas empresas de axiomatización o, por lo menos, de búsqueda de rigor que tuvieron que abandonarse”⁴⁹.

Se trata de una sociedad virtuosa por encima de una sociedad de sólo normas y tribunales. La hermenéutica jurídica que defendemos entiende que el ser humano es ante todo un ser social, es decir, un conjunto de relaciones sociales. Comprende que tiene que ir más allá de la descripción para interpretar y transformar con la idea de configurar la esperanza.

48 Mauricio Beuchot, *Hermenéutica analógica y ontología* (Cuernavaca, CIDHEM, 2013), 151-152.

49 Beuchot, “Hacia una hermenéutica jurídica analógica”, 52.

Para ello tiene que ir más lejos, que otras propuestas filosóficas y jurídicas del tipo del Círculo de Viena de Rudolf Carnap⁵⁰ y de la llamada Escuela de Viena de Hans Kelsen⁵¹. Ambas agrupaciones se ligaron al positivismo lógico y normativista, siendo presas fáciles del cientificismo, el fiscalismo, el matemáticismo, para ser caldo de cultivo de un supuesto liberalismo igualitario. Una hermenéutica jurídica de nuevo tipo, contempla una sociedad humana en tanto territorio donde lo unívoco se convierta en análogo, la estática en dialéctica, la ilusión se convierta en una realidad concreta y el amanecer ontológico nos conduzca a un mundo mejor.

También es importante la ética, ya que una democracia en busca del bien común debe comprender históricamente la función del bien y del mal, se explora una ética de carácter icónico, distante de las éticas rígidas del pensamiento analítico y sistémico sin caer en las éticas permisivas de la posmodernidad. La tarea es comprender al hombre, tratando de acomodar de manera amable las normas pertinentes; cosa nada frecuente en la época presente. El desafío es esquivar una ética inhumana opuesta a la ontologización del hombre. Se asiste en la actualidad a un giro ético en el marco del derecho y los derechos humanos; se habla de códigos de ética en las empresas y en las instituciones públicas. Se trata de una ética para la competencia, el intercambio mercantil, los partidos políticos y el negocio⁵². Muchas profesiones universitarias plantean la necesidad de contar con una formación moral en nombre de los derechos humanos. Existen maestrías y doctorados donde se aborda tal problemática. Incluso se establecen guerras e invasiones basando su táctica y estrategia en los llamados derechos humanos. Es claro que se amparan en las éticas formales de corte absolutista y en las éticas equivocistas.

50 Rudolf Carnap, "Psicología en lenguaje fiscalista en Alfred Ayer", en *El positivismo lógico*, ed. por Alfred Jules Ayer (México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1981), 171-250.

51 Robert Walter, "Hans Kelsen vida y obra. Una introducción", *Anales* 41 (2011): 332-337.

52 Eduardo Soto Pineda y José Antonio Cárdenas Marroquín, *Ética en las organizaciones* (México: Mc-Graw Hill, 2007), 1-22.

“Pero también hemos visto que depende mucho del tipo de ética con lo que se vincule al derecho para que resulten diferentes los derechos humanos que dependen y viven de esa vinculación. Es necesario relacionarlos con una ética analógica, que no tenga el univocismo de la ética formal ni el equivocismo relativista de la ética material, y que también escape al univocismo de la ética liberal y del equivocismo de la ética comunitarista, reuniendo las éticas de la justicia y las del bien o de la vida buena en una búsqueda de la defensa y promoción de la vida humana”⁵³.

Como vemos, no es pertinente adoptar una concepción de la ética únicamente como actitud *a priori*, que sólo nos lleve a una concepción maniquea del bien y del mal. Tampoco es viable asumir la “ideología ética”, en tanto respuesta abstracta a toda consideración sobre los derechos humanos, pretendiendo resolver toda contradicción a la luz de un retorno unidimensional “al hombre”, al margen del sistema de producción mercantil. La posibilidad de generar una auténtica ética de la liberación tiene que generar un compromiso participante en los movimientos sociales de nuestro tiempo, tal como lo ha planteado el filósofo y teólogo argentino Enrique Dussel⁵⁴. Este proceso transita en la desconfianza por la edificación imaginaria, es decir, ideológica del discurso, sobre el nexo de la moral con los derechos humanos. En esa vía toma cuerpo la posibilidad de construir una ética de las verdades de hechura fronética, la cual puede ser proporcionada por la analogía y la hermenéutica⁵⁵. En esta concepción de la ética se agruparán, la ética de la jurisprudencia y la ética de valores, así como la ética de normas y la ética de principios; la ética de la interpretación y la ética de la transformación; la ética judicial y la ética legislativa, así como la ética de los derechos humanos y la ética de los derechos fundamentales.

53 Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos*, 80 y 81.

54 Enrique Dussel, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión* (Madrid: Editorial Trotta, 1998), 91-166.

55 Mauricio Beuchot, *Ética* (México: Editorial Torres, 2004), 123-156.

También es pertinente el papel de la cimentación en el marco de los derechos humanos. En ella se ha generado un conflicto entre el derecho natural y el positivo. El iusnaturalismo ha partido de un establecimiento ontológico del derecho y de los derechos humanos, a partir de la naturaleza humana. El positivismo lo combate dándole prioridad a la positivación. Sobre esto dice Beuchot lo siguiente:

La principal objeción que los iuspositivistas han esgrimido contra el iusnaturalismo y la ley natural es la acusación de la falacia naturalista que desde Hume, pasando por Moore y llegando a la actualidad, sostiene que fundamentar los derechos humanos en una naturaleza humana, esto es, una ley natural es realizar un paso indebido, a saber, el del ser al deber ser. Pero ya se ha visto que no existe tal falacia, y que incluso tenemos la obligación de partir del estudio del hombre para saber qué derechos humanos le corresponden”⁵⁶.

A nuestro juicio, la naturaleza humana y en lo fundamental el hombre es el punto de partida de una ciencia del derecho y una jusfilosofía pertinente; obviamente sostenida en una estructura ontológica basada en un reconocimiento económico, social y político. Es por eso que el ser humano, es un ser en camino, un *homo viator*, buscador de la libertad y la justicia, en el marco de los derechos humanos.

Como vemos, los derechos humanos han aparecido debido a la violencia y a la existencia del mercado económico y también de los totalitarismos de todos los colores; por eso lo viviente emerge de lo humano. El hombre es el punto de partida siendo siempre algo incompleto. En este contexto es primordial la dignidad, pues en los últimos cinco milenios, no ha podido construir una sociedad amable, así como se ha visto imposibilitado, para crear una teoría y práctica de los derechos humanos en proporción con su esencialidad, es decir, con su contenido real históricamente determinado.

⁵⁶ Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos...*, 101 y 102.

“Cuando se dice que los derechos humanos surgen de las necesidades humanas, regresamos a lo mismo, pues las necesidades humanas se basan en la naturaleza humana. Y cuando se dice, más kantianamente, que el fundamento de los derechos humanos es la dignidad humana – y esta fundamentación kantiana de tales derechos es hoy por hoy la más aceptada– volvemos a lo mismo: la dignidad humana se basa en la naturaleza humana, está arraigada en ella”⁵⁷.

Así se observa que la normatividad naturalista, la llamada ley natural, es el soporte y cimentación de los derechos humanos. Lo interesante es que los derechos morales no se limiten sólo a la positividad; pues su validez no está en función de ser incorporados al derecho positivo, teniendo en un primer plano una trascendencia ontológica y antropológica. Pertenecen a la esencia de la humanidad, con una mayor relevancia que la sintaxis propia de una postura legalista. Un ejemplo de ello es la cuestión de la dignidad. Históricamente tiene mayor sentido y referencia, es decir, mayor significado y conexión como derecho humano, que como estructura legal, al interior de un sistema y ordenamiento jurídico determinado. Es por eso, que el formalismo establece la no conexión de la moral con el derecho, ya que si defienden la primera, tendrían que aceptar la dimensión ontológica del derecho.

“La ley natural, así como el derecho natural, es el fundamento de los derechos humanos para el iusnaturalismo. Algo se acerca a ello la escuela de los *Moral Rights*, pues, al ser derechos morales, no se quedan en derechos positivos, sino que están más allá de la positivación. Su validez no depende de que sean positivados, y con ello se les retira de ese ámbito jurídico, y pertenecen al ámbito moral, con lo cual se fundamentan –al igual que en la moral- en la antropología filosófica y ésta en la ontología. No nos escapamos de la ontología al buscar la fundamentación filosófica de tan necesarios derechos”⁵⁸.

⁵⁷ Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos...*, 103.

⁵⁸ Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos...*, 103.

La hermenéutica jurídica que proponemos sigue pensando la ley natural como cimentación concreta, de carácter ontológico y ético en la comprensión de los derechos humanos. La dignidad, la decencia, la honestidad, la integridad y la honorabilidad forman parte de la naturaleza humana; algunos juristas han querido encontrar sustitutos como la norma, la jurisprudencia, el contrato y las garantías. Lo esencial es la naturaleza humana como soporte de la regla naturalista. Obviamente conectada con las relaciones sociales. “Todo esto es muy loable, pero en el fondo se encuentra la naturaleza humana, la ley natural, que parecen ser inescapables”⁵⁹. Esto es válido y legítimo para una concepción humanista, de los llamados derechos humanos. Es la piedra de toque que distingue una concepción crítica y dialéctica de una posición conformista y domesticada.

III. CONCLUSIÓN

Así, nos damos cuenta que la hermenéutica aún es utilizada por la ciencia y la filosofía del derecho, para generar una interpretación lúcida y coherente de sus tópicos fundamentales. También nos percatamos de la visión analógica, como perspectiva humanista para la comprensión de los derechos humanos. La unidad dialéctica está en la hermenéutica analógica, a diferencia de una hermenéutica absolutista que nos llevará a una interpretación cerrada y excluyente, como se genera en el juspositivismo. La hermenéutica relativista sumamente abierta e infinita nos conducirá a la negación de la fundamentación y la universalización de los derechos humanos debido a su postura nihilista. La profunda crisis del derecho moderno y contemporáneo en la comprensión de los derechos humanos, es una muestra histórica de su fragilidad. Por eso es necesario el marco conceptual y metodológico de un humanismo jurídico llamado hermenéutica analógica. De una u otra manera, históricamente se ha

59 Beuchot, *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos...*, 108 y 109.

tenido una actitud contradictoria entre los derechos humanos y la ética, también con la ontología y la antropología. De esta forma, se ha cumplido con la problematización esbozada al inicio de este trabajo, al plantear brevemente un conjunto de hipótesis y tesis sobre la especificidad de los derechos humanos desde un punto de vista objetivo y razonable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguirre Quezada, Juan Pablo. *Linchamientos en México*. Ciudad de México: Cuaderno de investigación 39, Dirección General de Análisis Legislativo, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2018.
- Aristóteles, *Política*. Madrid: Gredos, 1988.
- Badiou, Alain. *Breve tratado de ontología transitoria*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002.
- Baudrillard, Jean. *Cultura y simulacro*. Barcelona: Editorial Kairós, 1978.
- Beuchot, Mauricio. *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*, 2ª. ed. México: UNAM, Itaca, 2000.
- . *Ética*. México: Editorial Torres, 2004.
- . *Filosofía del derecho, hermenéutica y analogía*. Bogotá: Universidad de Santo Tomás, 2006.
- . *Phrónesis, analogía y hermenéutica*. México: UNAM, 2007.
- . *Antropología filosófica. Hacia un personalismo analógico-icónico*. Salamanca: Colección Persona, 2008.
- . “La hermenéutica analógica en la comprensión de los derechos humanos”. *Hiperbórea* 1 (2010): 1-16.
- . *Reflexiones filosóficas sobre los derechos humanos*. México-Madrid: Universidad Nacional Autónoma de México-Tirant lo Blanch, 2018.
- Beuchot, Mauricio y Napoleón Conde. *Esbozo analógico para el derecho y las ciencias sociales*. México: Editorial Torres, 2018.

- Bloch, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.
- . *El principio esperanza*, vol. 1. Madrid: Trotta, 2004.
- . *El principio esperanza*, vol. 2. Madrid: Trotta, 2006.
- Calvo, José. *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Carnap, Rudolf. “Psicología en lenguaje fisicalista en Alfred Ayer”. En *El positivismo lógico*, editado por Alfred Jules Ayer, 171-250. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1981.
- Crespo, Mariano. “Fenomenología y filosofía del derecho”. *Pensamiento* 72 (2016): 1247-1261
- Debord, Guy. *La sociedad del espectáculo*. Santiago de Chile: Ediciones Naufrago, 1995.
- Deleuze, Gilles y Felix Guattari. *Mil mesetas: capitalismo y esquizofrenia*. Madrid: Editorial Pre-textos, 2004.
- Douzinas, Costas. “El fin(al) de los derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época* 7 (2006): 309-340.
- Dussel, Enrique. *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris*, tomo I. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 1968.
- Grajewski, Maurice J. “The Formal Distinction of Duns Scotus”. *The Philosophical Review* 56 (1947): 448-449.
- Hobbes, Tomas. *De Cive*. Madrid: Alianza Editorial, 2016.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1982.
- . *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- Kilwardby, Robert, *De ortu scientiarum*. London: British Academy, 1976.
- Marx, Carlos y Federico Engels. *Manifiesto del Partido Comunista*. Moscú: Editorial Progreso, 1969.

- Monsiváis, Carlos. “Los linchamientos: el crimen a nombre de la justicia popular”. *Proceso*, 14 de septiembre de 1996.
- Recaséns Siches, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1997.
- Rodríguez Guillén, Raúl. “Crisis de autoridad y violencia social: los linchamientos en México”. *Polis* 8 (2012): 43-74.
- Rosillo, Alejandro (coord.). *Hermenéutica analógica. Derecho y filosofía*. México: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.
- Soto Pineda, Eduardo y Cárdenas Marroquín, José Antonio. *Ética en las organizaciones*. México: Mc-Graw Hill, 2007.
- Vattimo, Gianni. *Adiós a la verdad*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2010.
- Vattimo, Gianni y Santiago Zabala. *Comunismo hermenéutico. De Heidegger a Marx*. Madrid: Editorial Herder, 2012.
- Vyshinsky, Andrey. *La teoría de la prueba en el derecho soviético*. Montevideo: Editorial Nuevo derecho, 1951.
- Walter, Robert. “Hans Kelsen vida y obra. Una introducción”. *Anales* 41 (2011) 332-337.

Napoleón Conde Gaxiola
EST- Escuela Superior de Turismo
Instituto Politécnico Nacional,
Miguel Bernard 39, La Escalera, 07630
Ciudad de México, CDMX (México)
napoleon_conde@yahoo.com.mx
<https://orcid.org/0000-0002-8471-2042>



EL DERECHO COMO CIENCIA HERMENÉUTICA: LA DIMENSIÓN JURÍDICA DE LA ACCIÓN HUMANA

LAW AS A HERMENEUTIC SCIENCE: THE JURIDICAL DIMENSION OF HUMAN AGENCY

ÁNGEL CUBO MAYO

Inspección de Trabajo de Cataluña

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 14/04/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

Charles Taylor considera las ciencias humanas como ciencias hermenéuticas. Ciencias hermenéuticas serían aquellas que se ocupan del significado de textos, de acciones, de signos y de otros “portadores de significado”, creados por los seres humanos para otros seres humanos. Así, el derecho entraría en el ámbito de las ciencias hermenéuticas. Sin embargo, una interpretación del Derecho no puede limitarse a lo textual. El Derecho tiene una doble agenda, por un lado, su objeto es la acción humana y su contexto social y, por otro, lo textual-normativo, en perpetua remisión y confrontación. La hermenéutica jurídica tradicional, entendida como interpretación de los enunciados jurídicos o textos, se equivoca al reducir lo jurídico a lo textual-regulador. Partiendo de esta premisa proponemos una hermenéutica que no olvide la relación dinámica entre acción humana y norma. Nos inspiramos en los trabajos de Viola y Zaccaria, Richard Rorty, Kauffman y Ricoeur. Desde esta perspectiva estudiaremos la posición hermenéutica de los tres grandes intérpretes del derecho: el legislador, el ciudadano y el aplicador (juez o funcionario) sin perder de vista que el derecho, como ciencia hermenéutica tiene como fin dar sentido y significado a la acción humana.

Palabras clave: Hermenéutica, ciencias sociales, Derecho, acción humana, interpretación.

ABSTRACT

Charles Taylor considers human sciences as hermeneutic sciences. Hermeneutic sciences are those related to meaning of texts, actions, signs and others carriers of meaning, produced by the human beings for other human beings. Therefore, Law should come under the scope of hermeneutic sciences. However, the interpretation of law cannot be restricted to the understanding of the textual aspect. Law has a double agenda: on one hand, its object is human agency and its context as « the social factor » and, on the other hand, it focuses on the textual-regulative aspect, both of these objects in a relationship of mutual referral and confrontation. So, traditional legal interpretation is wrong when it reduces the comprehension of law to the understanding of the written rules. With this assumption, we propose a hermeneutic that doesn't dismiss the dynamic relationship of meaning between the human action and the rules. We draw our inspiration from the Viola & Zaccaria, Richard Rorty, Kauffmann and Ricoeur works. From that perspective, we will turn on the hermeneutic view of the three great interpreters of law: legislator, citizens, as recipients of the normative rules, and the applicators of law (judges or civil servants) considering that law, as hermeneutic science, has the mission of giving sense and meaning to the human action.

Keywords: Hermeneutics, social sciences, Law, human agency, interpretation.

Sumario: 1. *¿Qué es la hermenéutica?* 2. *Ciencias humanas y significado.* 3. *El derecho como ciencia hermenéutica.* 4. *La hermenéutica jurídica.* 5. *Derecho y acción.* 6. *El punto de vista externo y el punto de vista interno.* 7. *Los intérpretes del derecho:* 7.1. *El legislador;* 7.2. *El ciudadano como intérprete principal del derecho;* 7.3. *El aplicador del derecho como intérprete del derecho.*

1. ¿QUÉ ES LA HERMENÉUTICA?

Suele considerarse la hermenéutica general o filosófica como la filosofía de la interpretación. Si el racionalismo es la “filosofía de la razón” y el idealismo la “filosofía de la idea” la hermenéutica tendría como objeto

de estudio de “la interpretación”. Pero, a diferencia del racionalismo o del idealismo, la hermenéutica no se refiere a un objeto de estudio en particular: se interpreta aquello cuyo significado no está claro. Como señala Jean Grondin, *las ideas de Gadamer, Ricœur y sus herederos ape- lan a menudo a la tradición más antigua de la hermenéutica, cuando ésta no designaba todavía una filosofía universal de la interpretación, sino sólo el arte de interpretar correctamente los textos*¹. Sin embargo, la hermenéutica contemporánea responde a inquietudes filosóficas de largo alcance. Aparece como respuesta a una teoría del conocimiento que establecía como único fundamento válido los “datos brutos” obtenidos después de una verificación a través del método científico propio de las ciencias naturales. Nietzsche, Husserl y, sobre todo, Heidegger pusieron de relieve que los seres humanos confieren significado a las cosas antes de que cualquier acercamiento científico analice su composición, estruc- tura física o tendencias. La relación de conocimiento entre sujeto cono- cedor y objeto conocido está basada en premisas erróneas: el comporta- miento teórico-cognoscitivo no puede dar cuenta del modo inicial de re- lacionarnos con el mundo. En palabras de Heidegger: “ni el conoci- miento crea ab initio un commercium del sujeto con un mundo, ni este commercium surge de una acción del mundo sobre un sujeto”².

Sin entrar en el desarrollo de la hermenéutica filosófica por cada uno de los autores que han desarrollado esta disciplina, la perspectiva her- menéutica señala a las ciencias humanas como ciencias del significado. Como afirma Taylor, interpretar es hacer comprensible el objeto estu- diado y darle un cierto sentido y califica las ciencias humanas como cien- cias hermenéuticas. Afirma que, para que una ciencia pueda llamarse hermenéutica, debe reunir los siguientes requisitos:

1 Jean Grondin, *¿Qué es la hermenéutica?* (Barcelona: Herder Editorial, 2008), 16.

2 Martin Heidegger, *Ser y tiempo*, trad., prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C. (Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1997), § 13. Ejemplificación del estar-en por medio de un modo fundado. El conocimiento del mundo.

a) Debe tener un objeto o área de objetos sobre los cuales podamos hablar en términos de coherencia o incoherencia, de sentido o de falta de sentido

b) Tenemos que ser capaces de hacer una distinción, aunque sea relativa, entre ese sentido o esa coherencia y su encarnación en algún tipo de soporte o de portador de significación.

c) Es preciso además que existan un sujeto o sujetos que expresen el significado y otro sujeto o sujetos al que este significado vaya dirigido³.

¿Por qué las ciencias humanas son hermenéuticas? ¿De dónde nos viene la idea de que los hombres y sus acciones forman un objeto o conjunto de objetos que responden a estas condiciones? Precisamente porque la noción de significado tiene un lugar esencial en la caracterización del comportamiento humano. Como señala Gadamer en el prólogo a la segunda edición de *Verdad y Método*, “*la analítica Heideggeriana de la temporalidad ha demostrado de manera convincente que comprender no es un modo de comportamiento del sujeto entre otros, sino el modo de ser del Dasein mismo*”⁴. Comprender es encontrar el significado. Pero ¿Qué entendemos por significado? Taylor habla de “significado experiencial” (*experiential meaning*), como aquel que se refiere a algo (un

3 Charles Taylor, *Philosophical Papers II Philosophy and Human Sciences* (Cambridge: Cambridge University Press 1985), 15-16. We need, first, an object or field of objects, about which we can speak in terms of coherence or its absence, of making sense or nonsense. Second, we need to be able to make a distinction, even if only a relative one, between the sense or coherence made, and its embodiment in a particular field of carriers or signifiers. For otherwise, the task of making clear what is fragmentary or confused would be radically impossible.(...) There is also a third condition it must meet. We can speak of sense or coherence, and of their different embodiments, in connection with such phenomena as gestalts, or patterns in rock formations, or snow crystals, where the notion of expression has no real warrant. What is lacking here is the notion of a subject for whom these meanings are. Without such a subject, the choice of criteria of sameness and difference, the choice among the different forms of coherence which can be identified in a given pattern, among the different conceptual fields in which it can be seen, is arbitrary.

4 Textes reunis par Denis Thouard, “Hermeneutique contemporaine, comprendre, interpréter, connaître, Preface (1965)”, en George Gadamer, *Verité et Methode. Les grandes lignes d’une herméneutique philosophique* (Paris: J. Vrin 2011), 118. L’analytique heideggerienne de la temporalité du Dasein humain a montré de manière convaincante, selon moi, que comprendre n’est pas un mode de comportement du sujet parmi d’autres, mais le mode d’être du Dasein lui-même (traducción del autor).

portador de sentido), en un determinado campo de significados relacionados y para un sujeto (para que alguien lo entienda)⁵. Taylor se refiere a la concepción ordinaria de coherencia y de sentido. Le damos sentido a una acción cuando hay una coherencia entre la acción del agente y el significado que se le da. Su acción “no tiene sentido” hasta que no encontramos esta coherencia. Una buena explicación es la que da sentido a un comportamiento. Pero no basta con esta simple “búsqueda de coherencia” para caracterizar el acercamiento hermenéutico. En la relación hermenéutica, la relación entre significado experiencial y “portador de significado” engloba a uno mismo, es conocimiento de sí. La coherencia que buscamos está constituida parcialmente por nuestra propia auto-interpretación como agentes incorporada al flujo de las acciones que queremos interpretar. La comprensión de los significados conlleva, en buena medida, nuestra auto-comprensión⁶.

Así, en la opinión de Taylor, debería ser objeto de las ciencias del hombre la lectura del significado de las acciones humanas y de los sucesos y contextos en los que estas intervienen.

2. CIENCIAS HUMANAS Y SIGNIFICADO

La desaparición del significado - y la desconsideración de la profunda relación de pertenencia que como humanos tenemos con los objetos de las ciencias humanas- proviene de una epistemología de la ciencia que considera como el único medio provechoso de obtener conocimiento, la obtención sistemática de datos positivos caracterizados por su

5 Taylor, *Philosophical Papers...*, 23.

6 Taylor, *Philosophical Papers...*, 26 If this is so, then we have to think of man as a self-interpreting animal. He is necessarily so, for there is no such thing as the structure of meanings for him independently of his interpretation of them; for one is woven into the other. But then the text of our interpretation is not that heterogeneous from what is interpreted; for what is interpreted is itself an interpretation; a self-interpretation which is embedded in a stream of action. It is an interpretation of experiential meaning which contributes to the constitution of this meaning. Or to put it in another way: that of which we are trying to find the coherence is itself partly constituted by selfinterpretation.

objetividad. Esta prevalencia de los elementos objetivamente verificables determinó que el significado quedara oculto o se considerara irrelevante a los efectos de la ciencia. Dilthey, primero, y después Gadamer pusieron de relieve la inanidad de la equiparación epistemológica entre ciencias naturales y ciencias del espíritu, explicando la distinción en base a los ejes de explicación (propia de las ciencias naturales) y comprensión (propia de las ciencias humanas), restableciendo a través de la hermenéutica la importancia del significado.

El “giro lingüístico” de la filosofía vuelve a potenciar la idea de significado sobre la de “positividad”. Cada vez que nos referimos a los seres humanos lo hacemos en términos evaluativos, nunca positivos. La idea de que segregamos los términos “valorativos” y usamos su ausencia como un criterio para establecer el carácter científico de una disciplina no puede sostenerse. Porque, como dice Rorty, no hay manera de evitar que alguien utilice un término evaluativamente⁷. Si esto es así, el conocimiento como simple constatación de hechos, no existe ni ha existido nunca. El “hecho bruto” no es otra cosa que un hecho cuyo valor queda oculto. Rorty reconduce los términos explicación y comprensión a dos intenciones subyacentes en el uso del lenguaje: la explicación es una observación de los hechos a través de un lenguaje que persigue la representación lo más clara posible de algo externo al propio lenguaje que pretende controlar y predecir. La explicación responde a la pregunta ¿Cómo funciona? La comprensión, en cambio, utiliza un lenguaje evaluativo dirigido a contestar a la pregunta ¿Qué puedo hacer? No nos encontraríamos ante una mirada teórica y una mirada hermenéutica, sino, en la terminología utilizada por Rorty, con dos vocabularios diferentes⁸.

7 Richard Rorty, *Consequences of Pragmatism (Essays: 1972-1980)* (Minneapolis: University of Minnesota Press 1982), 196: Whatever terms are used to describe human beings become "evaluative" terms. The suggestion that we segregate the "evaluative" terms in a language and use their absence as one criterion for the "scientific" character of a discipline or a theory cannot be carried out. For there is no way to prevent anybody using any term "evaluatively".

8 Rorty, *Consequences of Pragmatism...*, 197. "Explanation" is merely the sort of understanding one looks for when one wants to predict and control. It does not contrast with something else called "understanding" as the abstract contrasts with the concrete, or the artificial with the natural, or the "repressive" with the "liberating." To say that something is better "understood" in one vocabulary

Sostener la existencia de unas ciencias humanas con un objeto limitado a la verificación o a la representación correcta de lo real, deja fuera del conocimiento lo que realmente necesitamos que no es otra cosa que *leer el significado* de lo significativo y, con ello, tener información que nos ayude a decidir qué hacer. Y este significado está total o parcialmente constituido por autodefiniciones, que son, en un sentido, ya interpretaciones. El ser humano se va autodefiniendo y el “significado” le orienta en ese permanente estado de apertura. Los significados intersubjetivos, encarnan necesariamente una cierta autodefinición, una visión del agente y de su sociedad que es la que la sociedad o la comunidad tiene de sí misma.

No es posible “presentar” el significado con datos brutos y, por lo tanto, nos encontramos con ciencias basadas en lecturas, no en verificaciones. Sin embargo, Heidegger nos advierte contra “el círculo vicioso hermenéutico”. Un comprender en función de lo ya previamente comprendido nos lleva a un círculo que puede ser un círculo vicioso cuando conduce a una mera “ratificación” de los prejuicios, a una simple “demostración” de lo que previamente se tenía por cierto. Si ponemos en conexión determinados signos como, por ejemplo, una crisis demográfica, el crecimiento de actitudes insolidarias, la falta (percibida) de un

than another is always an ellipsis for the claim that a description in the preferred vocabulary is more useful for a certain purpose. If the purpose is prediction, then one will want one sort of vocabulary. (...) In the case of evaluating artillery fire, for example, the predictive vocabulary of ballistics will do nicely) In the case of evaluating human character, the vocabulary of stimulus and response is beside the point.) To sum up this point: there are two distinct requirements for the vocabulary of the social sciences: (1) It should contain descriptions of situations which facilitate their prediction and control (2) It should contain descriptions which help one decide what to do. “Explicación” es simplemente el tipo de comprensión que uno busca cuando uno quiere predecir y controlar. Eso no contrasta con algo más llamado “comprensión” como el contraste entre abstracto y concreto o lo artificial o no natural o lo “represivo” o lo “liberador”. Decir que algo es mejor “comprendido” en un vocabulario que en otro siempre es una elipsis para la pretensión de que una descripción en el vocabulario preferido es más útil para cierto propósito. Si el propósito es la predicción, entonces uno preferirá un tipo de vocabulario. En el caso de la evaluación del fuego de artillería, por ejemplo, el vocabulario predictivo de la balística nos servirá. En el caso de la evaluación del carácter humano, el vocabulario del estímulo y la respuesta no tiene demasiada relevancia. En conclusión,; hay dos distintos requerimientos para el vocabulario de las ciencias sociales: (1) Debería contener descripciones de situaciones que faciliten su predicción y control (2) Debería contener descripciones que nos ayuden a decidir qué hacer (traducción del autor).

propósito o tarea colectivos, la fragmentación de las estructuras sociales y políticas, la aparición de reclamaciones identitarias de distinta naturaleza podría llevarnos a interpretar la existencia de una “crisis de valores”, una conclusión que los datos brutos, nunca nos daría (sería epistemológicamente imposible que nos la diera). El círculo hermenéutico no se abriría si nos negamos a la relación significativa, si los datos son para nosotros brutos, sin significado. Se produciría un círculo vicioso si el científico social sólo tomara aquellos datos que ratificaran la tesis inicial, despreciando los otros⁹. Este vicio circular se convierte en una distorsión del sentido. El círculo permanecería abierto si todos los datos y todas las posibles significaciones fueran contempladas en la búsqueda de coherencia, aun poniendo en riesgo la tesis inicial¹⁰. Así, continúa Taylor, si nuestras lecturas no son comprendidas o no resultan convincentes para nuestro interlocutor, no hay procedimiento de verificación al que podamos recurrir. Sólo podemos seguir ofreciendo interpretaciones dentro del círculo interpretativo y apelar a una visión más profunda. Nuestro interlocutor podría pensar que la situación que vivimos no puede calificarse como “crisis de valores”, sino la pérdida de las referencias comunes que articulaban la sociedad, lo que ha dado lugar a una mayor “apertura” a un proceso lógico de mayor pluralismo y al reconocimiento de “formas de vivir” de grupos que reclaman sus propias historias y sus propias voces, a nuevas inquietudes que no se conforman con una “integración” en las estructuras previas y que, por ello, reclaman cambios radicales.

9 Tal sucedería si un grupo nacionalista de un país determinado .buscara los datos que pusieran de relieve de forma coherente la situación prefigurada .como “ dos grupos nacionales en el mismo país” en la cual uno de ellos está sufriendo un perjuicio por su asociación con el otro, Se produciría un círculo viciosos si el científico social sólo tomara aquellos datos históricos, económicos, sociales, culturales o políticos que ratificaran la tesis de la existencia de dos grupos separados uno de ellos “perjudicado” por el otro y que por lo tanto debe ser “liberado”, despreciando u omitiendo aquellos que se puedan comprender significativamente de otra manera.

10 Taylor, *Philosophical Papers...*, 53. Our conviction that the account makes sense is contingent on our reading of action and situation. But these readings cannot be explained or justified except by reference to other such readings, and their relation to the whole. If an interlocutor does not understand this kind of reading, or will not accept it as valid, there is nowhere else the argument can go. Ultimately, a good explanation is one which makes sense of the behaviour; but then to appreciate a good explanation, one has to agree on what makes good sense; what makes good sense is a function of one's readings; and these in turn are based on the kind of sense one understands.

En este punto, como sostiene Taylor, la “falta de acuerdo”, tiene también un significado. Como seres humanos somos seres que se autodefinen y somos lo que somos en virtud de las autodefiniciones que estructuran nuestro mundo. Nos resulta francamente difícil aceptar definiciones, ideologías o interpretaciones que no se ajusten a nuestras definiciones estructurantes o que sean incompatibles con ellas. Es lo que Taylor llama la “brecha de intuiciones” que no sólo divide diferentes posiciones teóricas, sino también las opciones vitales que están en juego, sin ser evidente o explícito. Por eso, el círculo hermenéutico puede convertirse en un diálogo que nos interpela, no a cambiar de orientación, pero sí, al menos, hacia una opción de vida que permita una mejor comprensión de los otros.

Como dice Taylor

Así en las ciencias del hombre en la medida en que son hermenéuticas puede darse una respuesta válida al “no comprendo” que toma la forma no solo de “desarrolla tu intuición”, sino más radicalmente: “cámbiate a ti mismo”. Esto pone fin a cualquier aspiración a una ciencia del hombre libre de ideología. Un estudio de las ciencias humanas es inseparable del examen de las opciones entre las que los hombres deben elegir¹¹.

Esta es la idea que Beuchot desarrolla en su teoría de la hermenéutica analógica, llamando a la *phronesis* a la proporción al acercamiento entre las posiciones sin asumir una posición ni equívoca ni rígida o unívoca que reconcilie a los “contrarios” sin forzar los puntos de vista iniciales hacia un enfrentamiento irreconducible¹².

11 Taylor, *Philosophical Papers...*, 54. Thus, in the sciences of man in so far as they are hermeneutical there can be a valid response to 'I don't understand' which takes the form, not only 'develop your intuitions', but more radical 'change yourself'. This puts an end to any aspiration to a value-free or 'ideology-free' science of man. A study of the science of man is inseparable from an examination of the options between which men must choose. (traducción del autor).

12 Mauricio Beuchot, “Breve exposición de la hermenéutica analógica”, *Revista Teología* 45 (2008): 491-502.

3. EL DERECHO COMO CIENCIA HERMENÉUTICA

Las ciencias humanas son enormemente heterogéneas. Poco tienen que ver en su metodología y estructura la psicología con la economía o la semiótica con la historia o la antropología con el derecho. Si partimos de la configuración que hace Taylor de ciencia hermenéutica, el objeto principal de estas ciencias humanas será la investigación del significado de los denominados “portadores de significado”, que serían en términos generales, las acciones humanas, los textos y otros registros¹³. No faltan, dentro de las denominadas ciencias humanas, los enfoques interdisciplinarios a búsqueda de una dimensión más significativa del estudio emprendido.

Un acercamiento simplista al derecho como ciencia humana, nos llevaría a una hermenéutica centrada en el texto normativo. De hecho, gran parte de la filosofía del derecho se ha limitado a la dimensión textual del derecho, entendido como conjunto de proposiciones prescriptivas. Según esta concepción, el significado y la coherencia que debemos buscar en derecho estaría en su producción escrita, entendida como conjunto de normas, resoluciones, dictámenes o sentencias. Sin embargo, la peculiaridad del derecho respecto a otras ciencias humanas es su doble “objeto” de atención, sus dos soportes de significado. Las ciencias humanas tienen su objeto de atención en los comportamientos, acciones o prácticas humanas (historia, sociología) o textos o relatos u obras de arte (literatura, arte, cine). El derecho, en cambio, enfoca su atención en paralelo, por un lado, a la acción humana y por otro, a aquello que la ordena y regula (el texto), que es relevante para la acción por su efecto regulador.

En derecho, lo relevante no es entender la acción de acuerdo con los parámetros significativos de relevancia social, cultural o política, ni tampoco lo es la simple extracción del significado de un texto. Lo peculiar en el Derecho es que se refiere, como conjunto de signos a interpretar, a un

13 Ricoeur amplía el objeto de la hermenéutica del texto a la acción humana, considerándola un cuasitexto.

tipo de confrontación entre acción humana y texto, una confrontación-llamémosla así- reguladora ya que la acción y texto están llamados en el fenómeno jurídico a mirarse permanentemente, ya sea de forma directa o “de reojo” y a extraer de este mutuo cotejo el significado relevante -el sentido de la acción humana-, tanto para los creadores, como para los destinatarios y los aplicadores del derecho.

Gadamer en su obra *Verdad y Método*, ya recalca la índole esencialmente práctica de la actividad jurídica y su carácter paradigmático respecto otras ciencias humanas. En el caso del derecho la aplicabilidad práctica es algo esencial: el destinatario del texto, que es al mismo tiempo su intérprete, está prefigurado por la obligación impuesta al mismo de aplicarlo. El sujeto que interpreta derecho, no está simplemente llamado a la autocomprensión en un sentido práctico, está directamente interpe-lado a la aplicación. Las consecuencias son las siguientes:

– En toda comprensión se presupone una relación vital del intérprete con el texto. Como dice Gadamer, en toda lectura tiene lugar una aplicación, y el que lee un texto se encuentra también él dentro del mismo conforme al sentido que percibe. El mismo pertenece también al texto que entiende¹⁴. Los intérpretes de otras áreas de las ciencias humanas tienen como dimensión aplicativa, el descubrimiento de la pertenencia del intérprete a una tradición, a una forma de vida, a un lenguaje, a un marco de referencia, dentro de los cuales el objeto de la interpretación adquiere su coherencia significativa. En el caso del derecho, esta relación vital no es presupuesta o deducible, sino que es necesaria y explícita. El texto (la norma) se refiere directamente a la acción de todo sujeto implicado por ella y no hay sujeto que no se refiera con su acción a las normas jurídicas de constituyen su entorno social y cultural.

– El derecho sólo se comprende cuando se contempla desde una perspectiva aplicativa, ya sea porque se cumple o porque se ha

14 Hans-Georg Gadamer, *Verdad y Metodo. Fundamentos de la Hermenéutica filosófica* (Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993), 210.

incumplido. Como dice Gadamer, la aplicación no quiere decir aplicación ulterior de una generalidad dada, comprendida primero en sí misma. La comprensión de toda “generalidad” se produce por primera vez en el acto aplicativo, es decir, viene de la mano de la acción humana¹⁵. Por eso no podemos limitar el concepto de intérprete al aplicador (juez o funcionario). Intérprete del derecho será todo aquel cuyas acciones resulten de una manera u otra afectadas por los enunciados normativos de tipo jurídico.

– El derecho tiene en común con la moral en que en ambas materias se da la confrontación entre acción y texto regulador (o cuasitexto). La investigación jurídica ha separado la instancia jurídica de la moral a partir de dos criterios fundamentales:

- a) En primer lugar el carácter formal del texto regulador en el caso del derecho, frente al carácter informal e interno del precepto moral.
- b) La aplicación de los preceptos morales no se lleva a cabo en la esfera de lo público, ni por personas o instituciones encargadas públicamente de su aplicación.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, como veremos, la distinción capital entre derecho y moral, sin perjuicio de su entrecruzarse permanentemente, resulta de la posición de uno y otra respecto a la acción humana.

Pero ¿Cuál es el significado del derecho? ¿Cuáles son las lecturas de significado que podemos obtener del derecho? Una primera contestación a esta pregunta nos llevaría a la idea de Justicia. La vocación del derecho sería realizar el ideal de justicia. El problema de la Justicia se ha planteado tradicionalmente fuera de la relación norma-acción y se le ha dado una dimensión ontológica. La justicia ha sido siempre un algo, un fin, o una entidad distinta de las acciones emprendidas para alcanzarla. Justicia es una virtud para Platón y Aristóteles. Para Platón el ejercicio de la

¹⁵ Gadamer, *Verdad y Metodo...*, 211.

justicia nos conduce a la República ideal. Aristóteles considera la justicia como la virtud del “justo medio”, Cicerón considera que la justicia es algo que debe realizarse en la sociedad humana consistente en atribuir a cada uno lo suyo. La idea de la ley natural, tanto de origen divino como derivada de la razón, llevó a considerar que la aplicación de la ley natural llevaba automáticamente a la realización de la Justicia. Este considerar la justicia como “algo” propio que se puede “alcanzar” en abstracto se prolonga durante la modernidad ilustrada, llega hasta nuestros días y se basa en la confusión entre cuestiones de hecho (descriptivas) y de valor (evaluativas). Berlin lo describe de la siguiente manera:

La tradición central del pensamiento occidental había asumido que todas las preguntas generales eran cuestiones de hecho y por lo tanto eran contestables por aquellos que estaban en posición de conocer los datos relevantes y de interpretarlos correctamente. En alguna parte hay una solución para cualquier problema. Las cuestiones morales y políticas no diferían en este sentido del resto: preguntas como ¿por qué debo obediencia? o ¿cuál es la mejor vida para los hombres?, no eran diferentes de la pregunta ¿De qué se compone el agua? Puede que yo no sepa la respuesta, pero la respuesta existe. (...) A pesar de las diferencias, en todas ellas subyacen tres suposiciones: que existe un ente que es la naturaleza humana, natural o sobrenatural que pueden comprender los expertos pertinentes; que tener una naturaleza específica supone perseguir ciertas metas comunes impuestas por Dios o por la naturaleza impersonal y que perseguirlas es lo que hace a los hombres humanos; que esas metas y los correspondientes intereses y valores no pueden estar en conflicto, sino que forman un todo armonioso¹⁶.

Sin embargo, tal y como desarrollaremos después, lo justo es una valoración de los resultados de una acción humana sobre los otros seres humanos desde el punto de vista de la correspondencia: es decir, es un juicio sobre lo que le corresponde al agente de la acción por los efectos

¹⁶ Isaiah Berlin, *El sentido de la realidad, sobre las ideas y su Historia* (Madrid: Taurus, 1998), 249-250.

de su acción sobre los demás en términos de recompensa o correctivo. Tiene que ver con la proporción, con lo equitativo, con lo merecido y, por lo tanto, con los resultados de una acción, no a su diseño, preparación o ejecución. Seguimos a Hart, cuando afirmamos que la Justicia se separa en estos términos de la moral¹⁷. Así un acto justo sería aquel que, en sus efectos, repercute sobre el agente en la debida proporción, recibiendo así “las consecuencias de sus actos”, “su merecido”. Este “retorno” de los efectos es el objeto de la “regulación”: el texto normativo pretende regular la acción hacia unos efectos previstos como justos. De no conseguirlo, las normas se percibirían como carentes de significado, ya que serían injustas o permitirían lo injusto.

Una traslación de la evaluación de lo justo hacia la justicia como sistema que asegura de forma predeterminada las “justas” correspondencias supone la incorporación de la “ideología” política al vocabulario del derecho y a la confusión entre lo fáctico y lo evaluativo. En cualquier caso, nos llevaría hacia una hermenéutica de la política.

El momento en el que el iusnaturalismo asocia la ley natural, naturalmente justa, a la ley codificada (concebida como ese todo armonioso que es eso llamado Justicia), el derecho justo es aquel que está expresado a la norma. El positivismo dará el paso de considerar exclusivamente derecho sólo la norma así constreñida. El objeto del conocimiento científico del derecho serán las normas y el ordenamiento jurídico como conjunto de normas positiva. El olvido del significado en el derecho, como en el resto de las ciencias humanas, proviene de la “obsesión epistemológica”

17 Herbert L.A. Hart, *El concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 196. De un padre que ha tratado con crueldad a su hijo se dirá por lo común que ha hecho algo moralmente malo o aun malvado, o que ha transgredido su obligación o deber moral hacia su hijo. Pero sería extraño que se criticara su conducta como injusta. Esto no es porque la fuerza condenatoria de la palabra “injusto” sea demasiado débil, sino porque la crítica moral en términos de justicia o injusticia por lo común es diferente de (y más específica) los otros tipos de crítica moral general que se adecúan a este caso particular y se expresan mediante palabras como “incorrecto”, “malo” o “malvado”. “injusto” sería apropiado si el padre hubiera elegido arbitrariamente a alguno de sus hijos para aplicarle un castigo más severo que a otros de ellos culpables de la misma falta, o si hubiera castigado al niño por algún desaguizado sin tomar los recaudos necesarios para cerciorarse que éste era realmente el autor.

empeñada en reducir lo relevante a un conjunto de “datos brutos” objetivos, vacíos de contenido evaluativo. En el caso del derecho, la norma y los conjuntos de normas se constituirán como objeto de estudio propio de la ciencia jurídica en cuanto estructuras lógicas, dejando al margen la acción humana y su significado, que son las referencias imprescindibles de cualquier texto regulador.

Para contestar a la pregunta sobre el significado del derecho partiremos del estudio de la hermenéutica jurídica y de cómo se ha construido la idea de derecho desde la normatividad olvidando la acción humana y su significado.

4. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

La hermenéutica jurídica como campo de estudio dentro de la teoría del derecho se refiere al conjunto de operaciones intelectuales que debe llevar a cabo el aplicador del derecho para aplicarlo a un caso concreto.

Según Francisco Muñoz Conde: " la interpretación es una operación intelectual por la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, consecuentemente, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete".¹⁸ Según esta definición, el portador de significado al que hay que dar sentido es la norma o el enunciado jurídico que en todo caso se remite a una norma. La interpretación es interpretación de textos. Identificada por la ciencia jurídica como texto prescriptivo, la interpretación y aplicación de la norma es reductible a una operación lógica.

En la norma hay una premisa mayor o supuesto de hecho (en el que se representa una realidad) una premisa menor que es el hecho subsumible y un resultado (o consecuencia jurídica). Si la norma representa la acción de matar a una persona (el que matare a otro) y una persona ha

¹⁸ Francisco Muñoz y Mercedes García, *Derecho Penal. Parte General*, 6ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), 121.

matado a otra (ajuste entre la realidad y lo representado), se aplicará la consecuencia jurídica prevista (pena de prisión correspondiente). Se cumpliría el siguiente silogismo:

“dado A (la hipótesis normativa), entonces debe ser B (consecuencia legal)

Mas correctamente, dado que a es A, entonces debe ser B.

Entendiendo como a los hechos o actos humanos, A la representación de esos hechos en el supuesto de hecho y B la consecuencia jurídica.

Si los hechos descritos en la norma o la descripción de la consecuencia no “son lo bastante claras” para acotar suficientemente las “realidades” a las que se refieren se prevé la existencia de unas normas de interpretación de los enunciados jurídicos. Así, el art. 3.1 del Código Civil enumera pautas para la interpretación de las normas, los arts. 1281 a 1289 tratan «De la interpretación de los contratos», y el art. 675.5 regula aspectos de la interpretación de los testamentos

La interpretación jurídica así planteada presupone:

- a) Una concepción normativista del derecho según la cual el derecho es norma, cuyo defensor principal es Kelsen¹⁹. Como señalan Viola y Zaccaria la concepción normativista, junto a otras concepciones como la realista o la iusnaturalista, responde a la idea de que existe “algo así” como la “naturaleza del derecho” como algo propio específico y ajeno a la realidad social en el que el derecho se muestra. Ronald Dworkin ha llamado a estas

19 La de normativismo es una categoría aún más compleja. Aunque sea caricaturescamente, la podemos caracterizar como la propia de aquellas teorías que ven la esencia de lo jurídico en un terreno ontológico independiente (aunque no carente de relación, por supuesto) de los puros hechos (fuerza, voluntades, sensaciones...) y de los valores (justicia, seguridad, paz...) y consistente en una peculiar forma de ser que es la forma de ser de lo normativo, del Sollen. El derecho, como objeto, cobra así su autonomía conceptual, ontológica y epistemológica, por cuanto que lo que hace que una norma sea parte del derecho no es ningún hecho en sí mismo (que alguien lo mande o lo acate), ni ningún juicio sobre su contenido, sino su relación con otras normas del mismo sistema jurídico que le transmiten ese especial sello o carácter definitorio de la validez jurídica, del ser derecho y no (meramente) otra cosa Juan Antonio García Amado, “Filosofía hermenéutica y derecho”, *Azafea. Revista de filosofía* 5 (2003): 191-211.

concepciones «teorías semánticas del derecho», porque buscan la definición del derecho como si fuera un objeto preexistente a la realidad social que hay que interpretar de acuerdo con reglas inmanentes al mismo²⁰. Como en toda reducción racionalista-positivista se considera el derecho como un conjunto de elementos objetivos cognoscibles en sí mismos, en este caso las normas y las relaciones de las normas entre sí. El paradigma de norma es la ley, considerada como disposición general y abstracta que es comprensible en sí misma en su generalidad y abstracción. Sin embargo, como hemos expuesto anteriormente, el derecho no es un saber objetivo o positivo, sino que es un saber práctico. Es decir, el conocimiento de la norma, no nos lleva al conocimiento del derecho. Conocemos el derecho cuando aplicamos la norma (puesto que la generalidad no es otra cosa que su aplicabilidad). No hay dos momentos uno de conocimiento de la norma y otro de aplicación, sino que ambas cosas se producen simultáneamente: el derecho se conoce cuando la norma se encuentra con lo que está referido en ella

b) Otro presupuesto de la interpretación jurídica entendida al modo tradicional es que el contenido material del derecho “las expresiones utilizadas en la ley” puede ser cualquiera. Para Kelsen el único bien general que el derecho positivo se propone alcanzar es el bien formal de la paz, es decir, de la tendencial eliminación del uso de la fuerza salvo en los casos determinados por la ley. Y es por este motivo que el derecho es definido como la técnica social que consiste en obtener la deseada conducta social de los hombres mediante la amenaza de sufrir una coacción en caso contrario²¹.

²⁰ Francesco Viola y Giuseppe Zaccaria, *Derecho e Interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho* (Madrid: Dickinson, 2007), 38.

²¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 58.

c) El sistema del derecho es un sistema cerrado. La norma se explica a sí misma a través de otras normas. El derecho positivo está perfectamente en disposición de contener, mantener y reproducirse a sí mismo. Todos los problemas de interpretación y aplicación del derecho pueden resolverse a través de mecanismos inmanentes propios del derecho

Sin embargo, la convicción compartida por la hermenéutica jurídica moderna es que el acto aplicativo no puede reducirse a una deducción automática a través de la subsunción de los hechos en el supuesto de hecho. El acto del intérprete es mucho más complejo. El ilustre filósofo Arthur Kaufmann lo expresa de la siguiente manera

La ley no es realidad sino sólo posibilidad de derecho. Si es cierto que el derecho no surge sólo de la ley, para que el derecho se origine deberá la ley ser completada por algo que se halle fuera de ella. Esta opción apenas si es hoy discutida. Pero casi siempre se teme derivar consecuencias de ella o no se captan en absoluto, porque, como se ha indicado más arriba, se acepta acríticamente la imperfección de la ley como un hecho esporádico, como tantas otras muestras de lo imperfecto de nuestro mundo. Pero el inacabamiento de las leyes no es en modo alguno una imperfección o un fallo sino que se apoya necesaria y apriorísticamente en la esencia misma de la ley. La ley ha de ser válida para la realidad, pero la realidad es indefinidamente pluriforme y se encuentra en incesante cambio. Precisamente por esta variedad y alterabilidad de los contenidos vitales no puede formularse una ley de manera concluyente y unívoca, aunque ello fuese posible (que no lo es, como ha puesto de manifiesto la inutilidad de las prohibiciones de interpretación). La ley ha de concretizar siempre en la respectiva situación histórica; sólo en el caso y a través del caso se hace comprensible lo que “piensa” la ley. La metodología tradicional ha errado, pues, cuando ha creído que la respuesta a la cuestión de si el texto legal “piensa” un determinado contenido material, podría encontrarse en la ley misma a través de la “interpretación”. En realidad, hay que

preguntar siempre también al contenido material (adelantado al menos teóricamente) si el texto legal le resulta adecuado, pues de lo contrario sería imposible una “comprensión” de la “correspondencia” (adaequatio) existente entre contenido material y texto legal. Comprender un texto no es por tanto algo puramente receptivo, sino un proceder práctico y conformador²².

Continúa diciendo Kaufmann que la hermenéutica jurídica no dice con todo esto nada que no haya sido siempre admitido y practicado por doquier. Se limita a sacarlo a la luz rompiendo con ello claramente algunas ilusiones, sobre todo, la ilusión de que la aplicación del derecho sea una subsunción exacta del caso jurídico bajo una ley (comprensible e interpretable por sí sola).

El problema es que se ha construido todo lo que entendemos como derecho a partir de esa visión incompleta. Descubierta la complejidad oculta del acto aplicativo, surgen ahora problemas inadvertidos hasta el momento, problemas que afectan tanto a la creación del derecho, como a la actividad jurídica propiamente dicha de los ciudadanos y de los aplicadores formales del derecho.

Teniendo en cuenta que aquello a lo que se refiere la norma es la acción humana, en el siguiente apartado intentaremos hacer una relectura aproximativa y primaria del fenómeno jurídico desde la perspectiva de la doble orientación de la norma hacia la acción humana y de la acción humana hacia la norma.

5. DERECHO Y ACCIÓN

En primer lugar, el fenómeno jurídico no puede reducirse a los aspectos lógico normativos. El supuesto de hecho de la norma o del enunciado normativo no es un “dato objetivo”, una representación perfecta de

²² Arthur Kaufmann, “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 50 (2016): 139.

la realidad regulada, sino un elemento de significación y coherencia necesario para que el intérprete abra el círculo hermenéutico. El círculo hermenéutico pone en relación de significado el texto regulador con la concreta práctica social a la que se refiere y al campo semántico de las acciones humanas que la integran: el quién, el que, el cómo y el por qué. El derecho cobra coherencia y sentido a través de un continuo reenvío de significados del enunciado normativo a las acciones humanas y sus circunstancias y viceversa. Así, por un lado, tenemos un texto creado a través del lenguaje que pretende englobar en una fórmula significativa una acción o una de serie acciones humanas o las circunstancias o efectos de las mismas y, por otro lado, tenemos la inconmensurabilidad de las situaciones a las que puede dar lugar la acción humana. Es evidente que es imposible que la norma como texto así caracterizado pueda dar respuesta “por sí misma” a esa inconmensurabilidad, por muy perfecta que sea desde el punto de vista técnico. Un intérprete que justifique la aplicación de la norma sólo por sí misma incurriría en la pura arbitrariedad. Nos encontraríamos en un círculo hermenéutico vicioso. Hart describe esta situación en su obra *El concepto de Derecho*:

Sí el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y estas, junto con todos los modos posibles en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. (...) Obviamente este mundo no es el nuestro. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de propósitos. Cuando osamos formular una regla general de conducta(por ejemplo la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque) (...)podemos tener en cuenta ciertos ejemplos claros: (el automóvil, el ómnibus la motocicleta)

Sin embargo, continúa Hart estos casos claros no acotan todas las posibilidades que podrían incluirse en la necesidad de mantener la tranquilidad en el parque, por lo que nuestro propósito al legislar es

indeterminado y requiere ejercer nuevas posibilidades de elección (por ejemplo para impedir el patinete eléctrico). Hart añade que

(...) Los diferentes sistemas jurídicos, o el mismo sistema en distintas épocas, pueden ignorar o reconocer en forma más o menos explícita tal necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de las reglas generales a casos particulares. El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismo consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir o minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida. Una manera de hacer esto es congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación esta de por medio. Para asegurar esto podemos aferrarnos a ciertas características presentes en el caso obvio, e insistir en que ellas son necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea queda comprendido por la regla cualquier sean las restantes características que puedan faltarle y cualesquiera sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esta manera. Hacer esto es asegurar un grado de certeza o predicibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos. Así habremos conseguido, por cierto resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas²³.

Un ejemplo claro de la necesidad de adaptación de las regulaciones lo vemos con la llegada de nuevas tecnologías a las actividades regladas: por ejemplo en la aplicación de las normativas tradicionales del sector servicios a actividades generadas a través de plataformas digitales²⁴. Esta

²³ Hart, *El concepto de Derecho...*, 161.

²⁴ ¿Debe aplicarse la normativa laboral a los repartidores de plataformas digitales? ¿ Debe equipararse el alquiler con conductor contratado a través de plataforma digital con la normativa del taxi?. Estos son dos debates jurídicos abiertos en la actualidad en la sociedad española en los que lo que está en juego es una aplicación formalista o no de las normas reguladoras laborales y mercantiles.

rigidez formalista pone en peligro las prácticas sociales a las que la norma se refiere.

En segundo lugar, tal y como hemos apuntado no sólo tiene condición de intérprete el juez. El derecho lo interpretan y aplican todos los miembros de la comunidad jurídica: lo mismo es intérprete el “legislador”, como el ciudadano destinatario de las normas, como el que está llamado en sentido propio a aplicarlas, ya sea funcionario o juez. Sin embargo, el intérprete por antonomasia, el que tiene que entender como presupuesto vital el derecho es el ciudadano al que van dirigidas, el que está directamente obligado a contrastar sus acciones y las circunstancias que las envuelven con las normas jurídicas. Como señalan Viola y Zaccaria *colocarse en el punto de vista del legislador, del jurista, del juez o del funcionario es sin duda necesario, pero es cierto que estas ópticas particulares no tienen una justificación en sí mismas, porque reenvían de cualquier modo en sentido funcional al uso que el ciudadano ha hecho, hace o hará del derecho.*²⁵

En tercer y último lugar, una concepción normativista del derecho olvida que sociedad y Derecho (entendido como conjunto de reglas) son co-constitutivos. La acción humana es el referente ineludible del texto jurídico y ambos son imposibles de separar por lo que el origen del derecho hay que buscarlo no en las normas, sino en los propios fundamentos de la vida social. La realidad social se constituye desde un entramado de significados compartidos por los individuos, gran parte de los mismos referidos a un orden social. En este marco referencial están los valores prácticos y materiales (lo bueno, lo malo, lo correcto, lo incorrecto, lo necesario, lo prescindible lo prudente, lo indeseado, lo eficaz, lo equitativo) que están proyectados ineludiblemente sobre los hechos, las acciones, los comportamientos, los contextos sociales. El marco referencial nos sirve como estructura de anticipación de nuestro ser con los otros, es decir, nos proporciona guías de conducta ya sean de naturaleza social,

²⁵ Viola y Zaccaria, *Derecho e Interpretación...*, 62.

moral o propiamente jurídica. La actividad humana es, ab initio, desde el primer momento en el que se puede hablar de ella, una actividad guiada y el derecho es una de esas guías, quizá la más explícita de todas. Los acercamientos teóricos al derecho, ya sean desde una perspectiva normativista o realista o iusnaturalista, contemplan el derecho como instrumento formal, como una entidad externa al ser humano que limita su eficacia sobre el individuo a la existencia de una sanción jurídica, la amenaza de un castigo o la promesa de un premio, pero olvidan la dimensión fundamental de guía para la acción en un sentido mucho más amplio y significativo. Pero ¿qué caracteriza al derecho como guía de acción?, o dicho de otra manera, ¿con qué fines pretende el derecho guiar la acción humana? Según Viola y Zaccaria²⁶ el derecho sirve a dos fines fundamentales:

a) El derecho coordina las propias intenciones con las de los otros partícipes en la vida social. Desde este punto de vista su función es la de hacer posible el proyectar un futuro dependiente del comportamiento de otros. Esta es la clave de la coordinación social. La función del derecho es por lo tanto regular la coordinación de los actores sociales haciendo sus acciones previsibles, con vistas a hacer posible la vida en sociedad a través de la planificación. Como dicen Viola y Zaccaria: *los aspectos intercurrentes en las relaciones sociales no son sólo fácticos, es decir, concernientes a lo que harán los otros, sino también movidos por la convicción de que los otros están en algún sentido obligados a comportarse de un cierto modo y a tener a su vez un cierto tipo de expectativas, que esto es su deber, de modo que nosotros podemos legítimamente pretender que se acomoden a él*²⁷. La modalidad de cooperación así establecida necesita del derecho no sólo para poder coordinar la acción propia con la ajena, sino también para en el caso de que no se hagan efectivas las obligaciones asumidas

²⁶ Viola y Zaccaria, *Derecho e Interpretación...*, 61 y ss.

²⁷ Viola y Zaccaria, *Derecho e Interpretación...*, 66

se puedan poner en marcha los mecanismos de aplicación del derecho. La coordinación jurídica se convierte así en un factor clave para la socialización ya que condiciona las experiencias de los destinatarios de las normas garantizando la previsibilidad, la estabilidad necesaria para ciertas opciones vitales y no para otras. En este sentido, el derecho da consistencia al proyecto humano.

b) Pero el derecho como estructura del significado no responde solamente a la necesidad de coordinar las acciones de los diversos participantes en la vida social, sino que también asegura dicha coordinación se ajuste a valores compartidos²⁸. Esos valores tienen su origen en el núcleo de verdades compartidas que nos representamos como necesarias para la subsistencia de la sociedad. Este paso del valor a la norma es explicado por Walzer en su teoría sobre lo denso y lo tenue. Según él, los términos normativos y morales formalizados y tipificados en los códigos jurídicos de un país y en su concepción de justicia, sólo pueden formularse universalmente (de manera tenue) si previamente éstos se hallan anclados en concepciones "densas", significativamente relevantes para quienes les atribuyen un sentido social real y específico²⁹.

La traslación del "valor" a la norma jurídica se produce incorporando el valor a las definiciones de conductas que contienen las normas o que se contemplan, a veces no explícitamente, en las mismas. Así, el derecho civil contiene la prohibición de aprovecharse de una posición de privilegio en la contratación a través de la prohibición del abuso de derecho o prioriza el interés superior del menor en las relaciones familiares. Las normas laborales se dirigen a atenuar la dependencia social del trabajador respecto a su empresario y las normas administrativas pretenden garantizar los derechos de los administrados frente a los privilegios de la administración. Sin embargo, esta incorporación de lo moral al derecho,

²⁸ Viola y Zaccaria, *Derecho e Interpretación...*, 71 y ss.

²⁹ M. Walzer, *Thick and Thin. Moral arguments and Abroad* (Indiana, University of Notre Dame Press, 1999).

sólo hace que mute la naturaleza de las reglas: de reglas morales, pasan a convertirse en reglas jurídica Pero, como veremos, la incorporación del componente moral al derecho se realiza a través de la labor interpretativa del destinatario del derecho, que con la norma en la mano debe “saber que hacer” y construir su propio “modelo de compromiso”. Lo veremos cuando hablemos del destinatario de las normas como intérprete del derecho.

6. EL PUNTO DE VISTA EXTERNO Y EL PUNTO DE VISTA INTERNO

Sin embargo, estas dos funciones –la de coordinación y la de encarnación de valores sociales- que Viola y Zaccaria consideran las propias del derecho, no agotan, a nuestro juicio, la totalidad del fenómeno jurídico como tensión significativa entre acción y texto regulador. Falta la perspectiva “interna” del derecho, la perspectiva del destinatario de las normas. Como recogen Viola y Zaccaria, la primera teoría contemporánea del derecho que se abre conscientemente a esta perspectiva interna del derecho es la de Herbert Hart. En su obra “El concepto de derecho” hace referencia a un punto de vista externo del derecho y a un punto de vista interno³⁰. El primero corresponde al del observador que examina, por un lado, las regularidades derivadas de la aplicación de las normas y, por otro, las reacciones del grupo social y es capaz de predecir estas últimas en base a estas observaciones. El punto de vista interno, en cambio, es el del destinatario del derecho. Como afirman Viola y Zaccaria, desde este punto de vista, *el derecho es un componente del proceso de deliberación que lleva a las decisiones y, consecuentemente, a las acciones. Puesto que este proceso está constituido desde el sopesar las razones en pro y en contra, entonces también el derecho debe ser considerado como un complejo de razones para la acción, es decir, de razones para ejecutar una determinada acción o para abstenerse de realizarla*³¹. El punto

³⁰ Hart, *El concepto de Derecho...*, 111

³¹ Viola y Zaccaria, *Derecho e Interpretación...*, 51

de vista externo e interno son reconducibles a los distintos “vocabularios” de la “explicación” y la “comprensión” de los que hablaba Rorty y a los que nos hemos referido anteriormente.

Desde el punto de vista interno, hemos de poner de relieve que ninguna regla social tiene fuerza motivacional propia, salvo que queramos reducir el derecho a un instrumento para dirigir comportamientos mediante la amenaza del uso de la fuerza³². Aquí la analogía del juego es suficientemente explicativa: los jugadores no juegan para cumplir las reglas del juego, sino para ganar o para divertirse. Ello es así porque el juego no está diseñado para las reglas sino las reglas para el juego. Las reglas guían la acción del jugador, pudiendo anticipar en base a ellas el comportamiento de los demás jugadores. Así las cosas, no es la norma lo que nos induce a “hacer cosas” que no queremos hacer, como ir a trabajar todos los días, sino que es el conjunto formado por las prácticas sociales y su regulación lo que nos lleva a una determinada acción o comportamiento orientado. Sin embargo, a la pregunta de ¿Cuál es el papel del derecho allí donde aparece? no es posible dar una respuesta unívoca. Si resumimos nuestras prácticas sociales veremos que en algunas hay derecho y en otras no y que en algunas hay más derecho que en otras. En la familia, el vehículo utilitario de motor, la empresa, el trabajo, el comercio, la democracia etc existe un componente jurídico-normativo pero resulta evidente que estos asuntos y contextos no son sólo “derecho”. Son muchas cosas y entre ellas “hay derecho”. El derecho se justifica allí donde se entiende que las prácticas sociales “requieren” de soporte normativo. “Hacer cola” es una práctica social que orienta la conducta de las personas e implica un conocimiento de su función (ordenar la atención a un numeroso grupo de personas garantizando la prioridad con una secuencia temporal), pero no suele requerir del derecho. La disolución del régimen económico matrimonial en caso de separación y divorcio requiere,

32 Así lo hace Kelsen cuando define Derecho como la técnica social que consiste en obtener la deseada conducta social de los hombres mediante la amenaza de sufrir una coacción en caso contrario

en cambio, la intervención del derecho porque es probable que sin dicha intervención –y la posibilidad de imponer coactivamente lo ordenado por un tercero en caso de desacuerdo- no se alcanzaría el efecto propio del divorcio que es la recuperación la autonomía personal y económica de las partes en un vínculo que se percibe como creado y disuelto libremente.

Felipe Curco Cobos, comentando a Rorty, sostiene que *la razón que las normas dan para actuar (su carácter obligatorio) es siempre de carácter pragmático-hermenéutico*. En este sentido lo que Rorty señala es que *las normas son válidas en el contexto de círculos etnocéntricos (culturales)*. Estos círculos compendian una serie de valores, supuestos, expectativas, desde cuya lectura pueden descifrarse los códigos facultativos donde se define qué vale como norma. Dicha explicación es a su vez hermenéutica y pragmática, pues supone que descifrar la auctoritas de las normas implica una previa comprensión de la estructura político-cultural global en las que éstas se originan, a la vez que dicha comprensión requiere interpretar la función práctica que tales normas cumplen en el afianzamiento de la estructura en la cual se incardinan³³.

Esta posición se opone claramente a la distinción que hace el positivismo entre el mundo de la norma y el mundo de la realidad que se refleja en la noción de “falacia naturalista”. La noción de falacia naturalista sostiene la imposibilidad de deducir de enunciados descriptivos otros enunciados de carácter prescriptivo o valorativo, es decir, extraer de lo que “en concreto es”, normas que determinen lo que “debe ser”. Sin embargo, en una concepción hermenéutica del derecho como la nuestra, en la que la acción humana y la norma se construyen la una a la otra, la superación de la idea de falacia naturalista se consigue contestando de manera simple a dos preguntas. La primera es ¿por qué aparece la norma? La segunda, ¿qué induce a las personas a cumplirlas? La contestación a la

33 Felipe Curco Cobos, “¿Fue Richard Rorty un positivista jurídico? (A Propósito de la Oxford Amnesty Rorty's Lecture de 1993)”, *Isonomía* [online]. 35 (2011): 119-141. Consultado el 24 de marzo de 2019, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182011000200004&lng=es&nrm=iso.

primera pregunta se encuentra en la *definición de pautas normativas que son, o bien "la mejor idea que tenemos actualmente para direccionar y trascender lo que está sucediendo" o bien son "modelos adoptados en base a diversas razones fácticas e históricas" por un grupo social*³⁴. En ambos casos nos encontramos con significados compartidos que orientan las acciones, en primer lugar para corregir lo que se percibe como deficiencias y en segundo lugar para mantener lo que se percibe como adecuado (o justo). La contestación a la segunda pregunta es más simple todavía: las personas cumplen las normas porque obtienen ventajas de diversa índole de ese cumplimiento en el contexto de las prácticas sociales consideradas.

Así nos encontramos que la función "práctica" del derecho es diferente según intervenga en unas o en otras instituciones o contextos sociales y esto afecta a su carácter orientador. Mientras en las relaciones de amistad inter pares, la norma jurídica no se muestra, salvo excepciones, la norma aparece en el ámbito de la familia o la enseñanza para tratar situaciones de conflicto. Ampliando la perspectiva comprobamos que el derecho tiene una presencia sustancial en las relaciones comerciales o laborales y su presencia es sustancial en las relaciones de los ciudadanos con los órganos estatales. De aquí se deduce que, en entornos privados y ámbitos comunitarios en los que está en juego la unidad e identidad del grupo social, los sistemas normativos de tipo social o ético juegan un importante papel para orientar las acciones del grupo y resolver los conflictos sin el auxilio del derecho. En cambio, cuando entra en juego la razón "orientada a fines", en términos weberianos (en el ámbito de la empresa o de la administración) y aparece la necesidad de coordinar acciones múltiples y diversas, cada vez más complejas, la introducción de normas jurídicas se percibe como algo imperativo. Lo que conlleva también una reformulación de los valores en las normas a la vista de las necesidades estratégicas (por ejemplo, el derecho a la intimidad se convierte en una legislación masiva sobre protección de datos). Las

34 Cobos, "¿Fue Richard Rorty un positivista jurídico?".

instituciones de los códigos civiles se adaptan a los contextos instrumentales. Así aparece el derecho administrativo, el derecho fiscal o de la Seguridad Social. Esta ubicuidad de las normas en los ámbitos públicos y de la administración, constituyendo realidades puramente jurídicas al servicio de sí mismas, parece culminar el sueño positivista de un sistema normativo autosuficiente. La acción humana parece alejarse de la norma. Pero este alejamiento sólo es ilusorio. El origen de estos sistemas reguladores se encuentra, por un lado, en la separación de poderes del estado y por otro en el “intervencionismo estatal”. La idea de “separar funciones estatales” e “intervenir” supone un grado más en la escala por encima del “guiar u orientar”. Así mientras la normativa reguladora del alquiler de inmuebles urbanos guía la conducta de arrendatarios y arrendadores en aquella práctica social en la que aparece (el uso por una persona o personas de la vivienda de otra), las normas de la Seguridad Social o tributarias “constituyen” verdaderas estructuras sociales que no existirían sin las normas que las constituyen (las pensiones, los impuestos, los tribunales), es decir, sus normas son “constitutivas”³⁵. Es la labor de estas estructuras constituidas por la norma la que, en un segundo grado, “interviene” en el ámbito de la acción humana. Esta intervención se diferencia de la simple orientación. Aquí el derecho, en lugar de guiar las acciones propias con las acciones previsibles de otros actores, busca incidir directamente en la acción humana potenciándola a través de prestaciones o de normas de fomento o conteniéndola a través de la exigencia de contribución o ejerciendo la represión. Buscan, directa o indirectamente, configurar la autonomía humana. Se atribuyen ventajas o beneficios, estímulos o se exigen contribuciones expresamente creadas por la norma. Mientras las normas del arrendamiento o de la compraventa, modelan la acción de los participantes sobre la base de una previsibilidad mutua de las acciones

35 Nos referimos aquí a la diferencia que hace Searle entre reglas regulativas (aquellas que regulan una actividad que existiría sin la regla) y reglas constitutivas (aquellas que se refieren a una actividad cuya existencia es dependiente de la misma regla y la constituyen: por ejemplo las reglas del ajedrez no sólo regulan el ajedrez, sino que lo constituyen, lo estructuran) John R. Searle, “What is an institution?”, *Journal of Institutional Economics* 1 (2005): 9.

dentro de intereses ponderados y valores compartidos, las normas provenientes del aparato intervencionista del estado incorporan a la acción humana, para bien o para mal, motivos, previsiones y valores que no son los de otros agentes, sino los del estado, con el fin de enriquecerla, activarla o desactivarla para los propios fines que el estado ha establecido, entre ellos, el fin de sostener el funcionamiento del estado.

Según Taylor, en el ámbito político se muestra el carácter constitutivo de ciertas normas básicas. Son reglas, en efecto, que atañen a la constitución más íntima de la actividad reglada, sin las cuales dicha actividad no existiría. Taylor opina que:

Los actores pueden tener toda clase de creencias y actitudes que pueden ser correctamente consideradas como sus creencias y actitudes individuales (...). Ellos traen estas cuestiones con ellos a sus negociaciones y luchas por satisfacerlas. Pero lo que no traen a las negociaciones es el conjunto de ideas y normas constitutivas en sí mismas de la negociación. Estas deben ser el patrimonio común de la sociedad antes de que pueda haber algún problema susceptible de entrar o no en la negociación. Estos no son significados “subjetivos” propiedad de uno o de algunos individuos, sino significados intersubjetivos, que son constitutivos de la matriz social en la cual los individuos se encuentran a sí mismos y actúan³⁶.

Estas creencias y significados nucleares pueden cambiar en el tiempo o ser diferentes en una cultura o en otra, pero lo que es seguro es que siempre existirá en toda sociedad un núcleo de prácticas, ideas y normas innegociables que tendrán una gran dosis de sustancia ética. Toda norma

³⁶ Taylor, *Philosophical Papers...*, 16. The actors may have all sorts of beliefs and attitudes which may be rightly thought of as their individual beliefs and attitudes, even if others share them; they may subscribe to certain policy goals or certain forms of theory about the polity, or feel resentment at certain things, and so on. They bring these with them into their negotiations, and strive to satisfy them. But what they do not bring into the negotiations is the set of ideas and norms constitutive of negotiation themselves. These must be the common property of the society before there can be any question of anyone entering into negotiation or not. Hence they are not subjective meanings, the property of one or some individuals, but rather inter-subjective meanings, which are constitutive of the social matrix in which individuals find themselves and act.

tiene un “eco” de este núcleo innegociable (como señala Walzer), pero hay reglas que se estiman “constitucionales” porque establecen las bases previas de toda actividad reglada que no sería tal sin esas bases: tal consideración tiene en nuestro derecho las normas que regulan los derechos intrínsecos a la dignidad de las personas o la igualdad de oportunidades, así como las normas relativas a los derechos fundamentales. No queremos decir con ello que todas las normas constitucionales sean innegociables, sino que lo innegociable funciona como máximo criterio orientador, como consenso relativo a lo que orienta nuestra vida en común, esté incluido o no en las normas constitucionales.

En cuanto a la relación entre derecho y moral, ya hemos explicado que en la moral y en el derecho se produce la misma confrontación entre norma y acción. Sin embargo, la acción humana se orienta hacia la idea que tiene el agente de “buena vida” mientras que la orientación que proporciona el derecho se refiere a la práctica social, en un sentido estratégico de consideración de medios y fines. Ambas orientaciones se cruzan necesariamente. Como afirma Ricoeur, la aspiración humana al bien incluye la búsqueda de una buena vida en una sociedad con instituciones justas. Aunque los valores morales integran el derecho a través de las normas que los incorporan y los saberes prácticos de sus intérpretes, el juicio sobre lo justo y lo injusto es el elemento valorativo específico del derecho. Ya hemos dicho anteriormente que lo justo es una valoración de los resultados de una acción sobre los otros seres humanos desde el punto de vista de la correspondencia: es un juicio sobre lo que debe revertir al actor por su acción, sobre si lo que le revierte le corresponde justamente o no. Lo justo no está separado de los criterios morales: lo justo es lo bueno o lo malo ajustado a una correlación entre las variables efecto del propio acto y consecuencia sobre el agente de dicho efecto. La ejecución de Luis XVI será justa si tal efecto era el que le correspondía a él particularmente por las consecuencias de sus actos (si estos fueron buenos o malos) sobre los demás seres humanos en su tiempo y en su lugar. El precio será justo, si los que compran el bien pagan al vendedor

por lo que corresponde al valor del bien (bueno para ambos).³⁷ El salario será justo si los trabajadores cobran en correspondencia con el trabajo que desempeñan para el agente que fija el salario (adecuado correlativamente al trabajo). Si dijéramos, como señala Hart, que la ejecución, el salario o el precio son “buenos” no estaríamos diciendo la misma cosa. Desde esta perspectiva, una norma no podrá considerarse justa o injusta sino es por los resultados, efectos o situaciones que crean las acciones que orienta. En la medida en que el texto regulador contenga una predicción de los efectos de las acciones³⁸, se puede valorar su “justicia” a priori y a posteriori y prever, en su caso, las oportunas correcciones. Pero el derecho no puede hacerlo sin intérpretes del derecho, es decir, sin la acción comprensiva de aquellos que se ocupan de relacionar acciones con normas: legislador, ciudadano y aplicador, ya sea funcionario o juez.

7. LOS INTÉRPRETES DEL DERECHO

7.1. EL LEGISLADOR

No suele considerarse al legislador como intérprete del derecho. Para las teorías normativistas, el legislador actúa creando el derecho desde fuera del derecho y la tarea del intérprete empieza cuando la norma ya está en vigor. En la actualidad, sobre todo en las teorías hermenéuticas del derecho la función del legislador aparece devaluada. Si la ley es algo incompleto, como dice Kaufmann, el legislador no puede tener un papel absoluto en la creación del derecho, el legislador y el juez trabajan conjuntamente en la producción de la norma. Esta devaluación

³⁷ Un precio justo se diferencia de un buen precio, en que éste último será beneficioso (es decir barato en su relación calidad precio) mientras que el precio justo, sería el que corresponde exactamente al ser puesto por alguien para alguien en función de un referente que establece lo que corresponde. La bondad o lo bueno no se corresponde con lo justo manteniéndose en el “justo medio” aristotélico entre lo mejor y lo peor.

³⁸ La norma que pena el asesinato, predice que la pena tiene un efecto preventivo, una norma que fomenta con ayudas la contratación de discapacitados conseguirá el efecto de que se contraten discapacitados

pretende realzar la figura del aplicador, en su función co-creadora del derecho.

Sin embargo, nosotros pensamos que la figura del legislador como intérprete merece un estudio específico, como principal mediador entre la comunidad jurídica y el derecho. La acción del legislador tiene su origen y fin principal en la comunidad jurídica y en los ciudadanos que la forman y permite la comunicación social en términos jurídicos. Así las cosas, la labor del legislador es de intérprete del derecho cuya finalidad es extraer los significados de las acciones humanas en sus contextos y reenviarlos al derecho. En este proceso podemos reconocer plenamente una hermenéutica del derecho, cuyas características serían las siguientes:

- El legislador no parte de una situación de ajuridicidad, de ausencia del derecho. El privilegio de la visión del legislador consiste en que puede examinar el fenómeno jurídico, la actividad de las instituciones y el juego de las prácticas sociales desde fuera, sirviéndose del “punto de vista externo” y contestar a la pregunta ¿Cómo funciona? analizando los efectos orientadores de las normas en los diferentes ámbitos.

- Así la tarea del legislador presupone una lectura significativa de la realidad social constitutiva de un círculo hermenéutico. Los portadores de sentido que el legislador interpreta son los múltiples inputs que le llegan de la sociedad civil, evaluaciones formalizadas de las políticas públicas, informes que provienen del aparato del estado, acción de los grupos de presión, dictámenes jurídicos etc... No deben olvidarse las precomprensiones de tipo político e ideológico que, en un sistema parlamentario de partidos como el nuestro, suelen ser las que abren el círculo hermenéutico y, al mismo tiempo, lo pueden convertir en vicioso cuando la interpretación del legislador sólo atiende a aquellos “datos” que confirman la fórmula ideológica de turno. Las lecturas del legislador son lecturas públicas y están sometidas a debate

y, por lo tanto, es frecuente el conflicto de interpretaciones y en no pocas ocasiones, se ponen en cuestión definiciones esenciales de los grupos sociales o nacionales que participan en el debate político. Toda esta actividad hermenéutica va dirigida a un fin aplicativo: busca innovar el ordenamiento abriendo la tradición jurídica representada en el mismo a nuevos significados.

- La interpretación del legislador es una interpretación jurídica. Toda interpretación de un hacedor de normas supone una referencia al mundo propio de lo jurídico. La visión del legislador busca comprender la relación significativa que existe entre las normas y las prácticas sociales, entretejidas con acciones guiadas por las normas y establecer lo que “no funciona” en ellas. Se trata de examinar la coordinación de las acciones que llevan a cabo las normas existentes y valorar sus efectos, desde la perspectiva aplicada del “qué se puede hacer”. Pero este examen no se limita a una perspectiva práctica, estratégico-instrumental de la coordinación de múltiples acciones. La visión del legislador permite incluir en la interpretación legislativa el punto de vista de la justicia ya que desde su “alejamiento” puede evaluar los efectos de las acciones de los ciudadanos sobre los demás ciudadanos en términos de gratificación o perjuicio mutuo. Pero, lo más relevante, a nuestro entender es que el legislador comprende la realidad con el lenguaje del derecho, para producir derecho. Por así decirlo, el legislador tiene encomendado lo que según “la falacia naturalista” es imposible hacer: extraer normas de lo fáctico. El paso de lo fáctico a lo contrafáctico es posible porque la lectura significativa del legislador se hace incluyendo el lenguaje del derecho: el legislador interpreta la realidad social, traduciéndola a su terminología: actos y efectos jurídicos, negocios jurídicos, derechos, obligaciones, relaciones jurídicas, ejercicio de potestades, validez de las normas y eficacia de los sistemas jurídicos etc y evalúa los efectos de estas estructuras.

- Por ejemplo, en el caso de los nuevos sistemas transporte eléctrico urbano (patinetes o scooters etc.), el enfoque del creador de normas pasa por la percepción de la necesidad de coordinar el uso de estos nuevos vehículos con la circulación de viandantes y demás vehículos. El “legislador” está en disposición de analizar quién gana y quién pierde de la situación de falta de coordinación: pierden los viandantes y los usuarios de los nuevos vehículos por la situación de riesgo en la que se encuentran y los conductores de vehículos de motor por la inseguridad general que se crea en el tráfico. En términos jurídicos la situación puede definirse de permisividad y la coordinación en términos jurídicos implica el recurso al instrumento jurídico de establecer obligaciones para los diversos implicados que guíen su conducta. (previa definición de los implicados). La definición de los modelos de compromiso (ya establecidos y consolidados en el transporte de vehículos a motor) puede ir desde la prioridad del uso de las nuevas formas de transporte a la prohibición total mediante una ponderación de los (nuevos) criterios ecológicos y de salud (baja contaminación) con los valores tradicionalmente considerados en el transporte urbano: fluidez, rapidez, orden y seguridad. Por último, la acción legislativa no puede ser ajena a los criterios de justicia, es decir, de gratificación o perjuicio derivado del efecto de las acciones de unos agentes sobre otros.

- Parece claro, a estas alturas, que la tarea del legislador no es sencilla. No se trata sólo, como indican Viola y Zaccaria de que la actividad del legislador se haya degradado desde un punto de vista técnico o se haya visto desbordada por una multiplicidad de nuevos fenómenos necesitados de regulación, ni de que las expresiones lingüísticas utilizadas en las normas queden fuera de su control, creando en el texto zonas de oscuridad interpretativa que impidan la “total claridad”. El problema principal, es que no es fácil prever cual será el resultado del uso de los concretos

instrumentos normativos (asignar obligaciones, reconocer derechos, crear o modificar relaciones jurídicas, atribuir potestades...) sobre la materia social y las acciones humanas que la componen a la vista de su incommensurable variedad e imprevisibilidad. El legislador lo que hace es una predicción: contempla *ad futurum* una serie de efectos de las normas que promulga (o de las que deroga o modifica) sobre las acciones, prácticas o instituciones que disciplina. Esta predicción se fundamenta en la interpretación previa de la práctica regulada y de su significado, siempre abiertos a discusión y revisión en el debate público. Por ejemplo, bajar impuestos puede tener como objetivo previsto incrementar la recaudación a medio plazo al estimular la actividad económica. Pero esta predicción no puede ser, a nuestro entender, ni siempre precisa (pueden darse múltiples hechos no previstos), ni siempre atinada (puede dar lugar a acciones y prácticas no previstas inicialmente por el legislador). La predicción del legislador presupone que la norma es el instrumento adecuado para solucionar un problema detectado en el debate público, algo que no tiene por qué ser así. Y evidentemente la norma puede producir otros efectos no previstos, como veremos. Esa predicción sería, a nuestro entender, el componente principal de la “*ratio legis*” o finalidad de la ley, uno de los instrumentos tradicionales de interpretación jurídica. El legislador pierde el control de sus predicciones ya desde el momento en el que la nueva norma se integra en un ordenamiento, junto con otras normas con las que crea relaciones de sentido, si bien, la independencia total de la norma llega, como veremos, al integrarse en las prácticas sociales a las que se refiere.

- Cabe referirnos en este momento a la teoría de Guastini que diferencia entre *disposición* y *norma*. *Según esta teoría el legislador emite una disposición entendida como texto jurídico normativo, que sólo se convierte en norma después de la*

interpretación del texto por el juez. Como dice Viola y Zaccaria en las teorías hermenéutico-jurídicas el sentido de las disposiciones —que no viene en absoluto disipado como base de partida de la práctica interpretativa— se completa necesariamente en la «concretización»³⁹. Sin embargo, estas teorías, a nuestro entender olvidan que las normas jurídicas van dirigidas no a los jueces, sino a los ciudadanos que en primer término deben aplicarlas, es decir, interpretarlas.

7.2. EL CIUDADANO COMO INTÉRPRETE PRINCIPAL DEL DERECHO

El ciudadano es el principal intérprete del derecho porque es el que tiene que guiar sus acciones por las normas. Como dice Viola y Zaccaria:

En el fondo, si el derecho sirve para orientar la vida social, esto es, las elecciones y las decisiones de los ciudadanos y de los funcionarios, no podrá ser comprendida de modo completo sino poniéndose en su punto de vista, en el punto de vista de los que deben decidir cómo actuar, que deben deliberar en torno a ciertos fines, que quieren realizar ciertos objetivos.

Prevalece en este caso el punto de vista interno del derecho. Partimos de una necesidad perentoria: la de saber qué hacer. Este “saber qué hacer” no es construido exclusivamente desde la disposición normativa. Es un saber que integra diversos códigos y conocimientos: tanto morales, como sociales y jurídicos, deseos, intereses etc. El destinatario del derecho siente la necesidad de una *comprensión productiva de la norma*, es decir, necesita saber qué hacer en las diversas circunstancias y situaciones, aunque este saber qué hacer no esté precisado expresamente. Necesita saberlo no sólo para seguir los dictados de la norma sino también para

³⁹ Viola y Zaccaria, *Derecho e Interpretación...*, 126 y 127 En la doctrina estructuradora del derecho (*Strukturierende Rechtslehre*) de Friedrich Müller se radicalizan las tesis hermenéuticas, en el fondo rebajando el valor de la conexión entre el texto normativo (o la disposición) y la norma; se sostiene en efecto que el autor del texto no crea en realidad normas, ya que el texto no produce de por sí efecto normativo alguno, sino tan sólo “datos de entrada”.

decidir no hacer algo aunque esté permitido o hacer algo aunque esté prohibido y para reconocer y distinguir obligaciones, derechos y autorizaciones de diversa índole en nosotros y en los demás. Denominamos “modelo de compromiso” a este “saber que hacer” estructurado y razonado. Mediante este modelo, sabemos que el matrimonio es bígamo, que tomar drogas es malo, que el periodista tiene que contrastar las noticias para proporcionar información veraz y sacamos las consecuencias pertinentes de estas afirmaciones. Gadamer ejemplifica esta “comprensión productiva”⁴⁰, cuando habla de la comprensión de una orden en su obra *Verdad y Método*.

Comprender la orden significa aplicarla a la situación concreta a la que se refiere. Es verdad que a veces se hace repetir la orden como manera de controlar que se había entendido bien, pero esto no cambia el hecho de que su verdadero sentido sólo se determina en la concreción de su ejecución «adecuada». Esta es la razón por la que existe también una negativa explícita a la obediencia, lo que no quiere decir simplemente desobediencia, sino que se legitima por el sentido de la orden y la concreción de la misma que queda a cargo de uno. El que se niega a obedecer una orden la ha entendido. Se niega a hacerlo porque es él el que la aplica a la situación concreta, y sabe lo que su obediencia implicaría para ésta. Evidentemente, la comprensión se mide según un patrón que no está contenido ni en la literalidad de la orden ni en la verdadera intención del que la da, sino únicamente en la comprensión de la situación y en la responsabilidad del que obedece. Incluso cuando una orden se da por escrito, o se pide por escrito, con el fin de hacer controlable la corrección de su comprensión y ejecución, tampoco por este procedimiento queda dicho todo. Una forma de picaresca es ejecutar las órdenes de manera que se cumpla su literalidad pero no su sentido. Por eso no hay duda de que el receptor de una orden tiene que comprender a su vez productivamente el sentido de la misma.

40 Gadamer, *Verdad y Metodo*, 211.

Una vez sentado esto cabe preguntarse: ¿Cuál es la esencia de este “saber qué hacer” desde la perspectiva del Derecho? El carácter de la orientación de la acción por medio del derecho viene determinado por lo ya dicho *ut supra*: el destinatario de las normas no considera que cumplirlas sea un fin en sí mismo, sino un medio para conseguir sus propios fines. La moral orienta el comportamiento hacia el bien pero el derecho es un medio y así se percibe. El destinatario de las disposiciones reguladoras “se aprovecha” de ellas: busca, por un lado, potenciar las oportunidades que le abren y, por otro, busca eludir o evitar aquellos aspectos que le sean desventajosos. El legislador predice hasta cierto punto este comportamiento. Así sucede, por ejemplo, cuando una determinada regulación impositiva promueve de forma masiva determinadas inversiones que “desgravan” o cuando las ayudas a la contratación laboral consiguen incrementar las contrataciones de grupos de difícil empleabilidad. Este “aprovechamiento” del derecho es un fenómeno “constitutivo”, o “nuclear”, en los términos que habla Taylor ya que si hay algo que los ciudadanos consideramos esencial para la vida en sociedad en nuestra cultura es “la protección que dispensa el derecho”, entendida por los ciudadanos en términos de “aprovechamiento” de las condiciones establecidas legalmente. Sin embargo, al mismo tiempo, esta dinámica “ventajista”, hace que la práctica social cubierta por la norma (con la que forma un conjunto) se independice, por así decirlo, del “proyecto de sentido” diseñado por el legislador, y se imbrique en la creación de “un mundo” propio⁴¹ para desplegar efectos no previstos ni por el legislador en sus predicciones” ni por los destinatarios del derecho en sus modelos de compromiso. Así sucede, cuando la desregulación de las entidades financieras provoca una burbuja inmobiliaria, cuando la ocupación por la fuerza de espacios habitacionales alcanza una protección jurídica que se percibe inmerecida o cuando se permite la conversión del ahorro depositado en cuentas bancarias en acciones preferentes de los propios

41 Nos servimos de las expresiones que utiliza Ricoeur en su teoría de interpretación de textos y acciones

bancos sin información suficiente, con pérdida masiva de los ahorros. A veces, estas situaciones tienen su origen en la “falta de claridad” de la norma: por ejemplo, cuando no queda claro en qué país se ha de tributar cuando se obtienen rentas en el extranjero⁴² o cuando determinadas empresas de servicios se aprovechan del uso de plataformas digitales para eludir la aplicación de la normativa laboral a las personas que prestan los servicios (reparto, transporte etc). La práctica social refuerza o debilita el sentido de la norma a través de las consecuencias de su aplicación. La dinámica expuesta puede alterar la apuesta de sentido para algunos de los actores o para todos, tanto en favor como en contra de sus intereses. Todo ello sin contar con los supuestos de simple desobediencia, en los que el destinatario decide aprovecharse de las ventajas de no vincularse a la norma.

Esta situación produce el conflicto jurídico en el que se apela al derecho. Esta apelación al derecho puede producirse, básicamente de tres maneras:

- De manera informal, con un arreglo entre los distintos actores
- Reevaluando la fórmula regulatoria en función de los cambios operados en los aspectos sociales, económicos o inmateriales afectados. Esta petición de reevaluación pasaría al ámbito político y legislativo.
- Mediante el recurso a las autoridades aplicativas, básicamente jurisdiccionales.

Así nos acercamos a la zona del conflicto que es en la que se despliega la tarea del aplicador del Derecho. Cuando nos acercamos a la zona de conflicto, es decir, cuando se ponen en cuestión nuestras acciones es cuando aparece la necesidad de dar razón de las mismas, de justificarlas

42 La tributación debe hacerse en el lugar donde se encuentre “el centro de interés”.

a través del derecho⁴³. Esta justificación está presente tanto en nuestras demandas a las autoridades, como en nuestras críticas a los demás, como en nuestra defensa frente a imputaciones o acusaciones. La justificación de nuestras acciones debe asumir la forma narrativa, ya que la forma universal de interpretar la acción humana es “el relato” un relato que se crea por la norma y para la norma: en la expresión que ha hecho fortuna en el lenguaje judicial, “un relato de hechos” un relato cuyo dueño final será el aplicador formal del derecho.

Así, en conclusión, la interpretación del derecho por parte de sus destinatarios oscila entre su consideración como instrumento para la consecución de los propios fines confiando en el amparo que le otorgan las instituciones y su entendimiento como justificación de las propias acciones ante el conflicto.

7.3. EL APLICADOR DEL DERECHO COMO INTÉRPRETE DEL DERECHO

Las teorías modernas del derecho tienden a considerar la interpretación del derecho por los órganos jurisdiccionales como una tarea de creación del derecho que viene a completar la del legislador (Guastini), no sólo porque es imposible que el legislador prevea todos los posibles supuestos de aplicación y toda la casuística relacionada con la disposición normativa, sino porque, aun cuando el sentido de la norma sea claro, la determinación de esa claridad supone una actuación interpretativa previa. Sin embargo, entre el legislador y el aplicador, el derecho que se lleva hasta la jurisdicción ha pasado por una serie de vicisitudes poco percibidas que son el trasfondo de la labor interpretativa del aplicador. ¿Cuáles son esas vicisitudes?

- a) Se considera interpretación jurídica la averiguación del sentido de la norma para su aplicación a un caso concreto. Sin embargo, hay dos circunstancias que pasan desapercibidas en

43 Hart, *El concepto de Derecho...*,174.

este simple esquema. La primera es que el caso concreto es un “conflicto”. La naturaleza conflictual de la aplicación jurídica determina la interpretación judicial. La segunda es que el aplicador formal tiene que vérselas con los efectos no “predichos” de las disposiciones reguladoras una vez que se integran en el mundo de sus destinatarios. No sólo porque el aprovechamiento de la norma por sus destinatarios ha rebasado las predicciones del legislador, sino también porque es posible que se pida la aplicación del mismo criterio normativo a supuestos similares no contenidos en el proyecto original. El aplicador se encuentra con la dialéctica entre el carácter de resumen del texto normativo y la incommensurabilidad de situaciones creadas por las acciones humanas. La interpretación del aplicador no puede limitarse, por lo tanto, a la mera “aclaración” del sentido, sino que se encuentra por un lado con la necesidad de adaptar el proyecto de sentido original del legislador a lo concreto y, por otro lado, con la necesidad de superar un conflicto “interpretativo” de una forma que sirva de paradigma para resolver conflictos posteriores de naturaleza similar; es decir, la solución se concibe ya ab initio para “conflictos futuros”. Sólo así la labor del juez puede completar la del legislador.

b) El conflicto que llega al aplicador ha generado dos o más relatos que pretenden justificar la aplicación del derecho de una o de otra manera. La justificación tiene su apoyo en un relato construido sobre la norma y en la “justicia” de su pretensión en términos de correspondencia. Por ejemplo, una auxiliar de pisos de un hotel sostiene que ha estado realizando funciones de gobernanta durante el último año y medio y reclama lo que le “corresponde”: la diferencia salarial y la consolidación en su persona de la categoría de Gobernanta. Este relato se ha construido mirando a una disposición normativa que establece que “los trabajadores que realicen trabajos correspondientes a un grupo profesional

superior tendrán derecho a la diferencia salarial entre puestos y a la consolidación”. La otra parte del conflicto llevará otro relato o el mismo siempre con una referencia a una norma jurídica como elemento básico para su construcción. Ambas se servirán del argumento de justicia como correspondencia como elemento “dramático” del relato.

El aplicador del derecho, funcionario o juez recibe el relato de los destinatarios del derecho y mantiene en su comprensión la estructura de “relato”. El juez relata las acciones relevantes con vistas a la norma y extrae las normas aplicables a la vista de las acciones relevantes, en un círculo hermenéutico. Sin embargo, para evitar el círculo hermenéutico vicioso al que se refiere Hart⁴⁴, debe tenerse en cuenta que:

a) Cuando el conflicto llega al juez lo hace en forma de caso. La casuística viene a ocuparse de los innumerables supuestos de acciones a los que puede aplicarse una norma. En la casuística es donde se desarrolla la función del aplicador formal del derecho. A través de la analogía de casos se resuelve el problema de la rigidez y equívocidad de la norma. La analogía es el instrumento fundamental del legislador, pues nunca un caso es exactamente a otro.

b) El juez vuelve a la perspectiva externa del derecho a la que se refiere Hart. Al igual que el legislador su labor es una contestación a la pregunta ¿Cómo funciona?, pero a diferencia del legislador, lo hace limitándose a evaluar unas acciones precisas y concretas. Por lo tanto, el derecho creado con el caso es una reconstrucción del sentido del proyecto original del legislador, con su contenido predictivo incluido, con vistas a hacerlo “funcional” en un caso de conflicto (de relatos diferentes) y a su proyección a conflictos de similar naturaleza. Este hacer “funcional” es el contenido de lo que debemos entender en

44 Hart, *El concepto de Derecho...*, 161: cita en nota 28.

términos hermenéuticos como el principio de legalidad: lo legal es hacer que las disposiciones normativas funcionen en un caso concreto de acuerdo con el proyecto de sentido definido por el legislador.

Así las cosas, la función del aplicador del derecho es examinar y entender el proyecto de sentido que proviene del legislador, examinar cómo ha cobrado vida propia en las diversas justificaciones que se le presentan y reconstruirlo en el caso concreto a fin de trasladarlo como modelo futuro para resolver conflictos similares. El juzgador tiene acceso a los efectos de las diversas acciones y debe tener en cuenta su ajuste a las “predicciones” del legislador. Por lo tanto puede enjuiciar con criterios de justicia, en función de lo que “corresponde”. Si estas finalidades no se alcanzan la tarea de aplicación del derecho como reveladora de significado habrá fracasado.

Estas aproximaciones a la interpretación no agotan todas las posibilidades de una hermenéutica del derecho como co-relación entre acción y texto regulador. Baste como acercamiento a las posibilidades abiertas por la hermenéutica filosófica en la búsqueda del sentido dentro del ámbito de las ciencias humanas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Berlin, Isaiah. *El sentido de la realidad, sobre las ideas y su Historia*. Madrid: Taurus, 1998.
- Beuchot, Mauricio. “Breve exposición de la hermenéutica analógica”. *Revista Teología* 45 (2008): 491-502.
- Curco Cobos, Felipe. “¿Fue Richard Rorty un positivista jurídico? (A Propósito de la Oxford Amnesty Rorty's Lecture de 1993)”. *Isonomía* [online]. 35 (2011): 119-141. Consultado el 24 de marzo de 2019, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182011000200004&lng=es&nrm=iso.

- Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y Metodo. Fundamentos de la Hermenéutica filosófica*. Salamanca: Ediciones Sigueme, 1993.
- García Amado, Juan Antonio. “Filosofía hermenéutica y derecho”. *Azafea. Revista de filosofía* 5 (2003): 191-211.
- Grondin, Jean. *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder. Editorial, 2008.
- Hart, Herbert L.A. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot 2009.
- Heidegger, Martin. *Ser y tiempo*. Traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera C. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1997.
- Kaufmann, Arthur. “Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 50 (2016): 133-142.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- Muñoz, Francisco y Mercedes García, *Derecho Penal. Parte General*, 6^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Rorty, Richard. *Consequences of Pragmatism (Essays: 1972-1980)*. Minneapolis: University of Minnesota Press 1982.
- John R. Searle, “What is an institution?”, *Journal of Institutional Economics* 1 (2005): 1-22.
- Taylor, Charles. *Philosophical Papers II Philosophy and Human Sciences*. Cambridge: Cambridge University Press 1985.
- Thouard, Denis. “Hermeneutique contemporaine, comprendre, interpréter, connaître, Preface (1965)”. En George Gadamer, *Verité et Methode. Les grandes lignes d’une herméneutique philosophique*. Paris: J. Vrin 2011.
- Viola, Francesco y Giuseppe Zaccaria, *Derecho e Interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*. Madrid: Dickinson, 2007.

Walzer, Michael. *Thick and Thin. Moral arguments and Abroad* (Indiana, University of Notre Dame Press, 1999

Ángel Cubo Mayo
Inspección de Trabajo de Cataluña
Direcció General de la Inspecció de Treball
Av. del Cardenal Vidal i Barraquer, 20
43005 Tarragona (España)
angel.cubo@gencat.cat
<https://orcid.org/0000-0003-2334-8707>



LA FILOSOFÍA JURÍDICA HERMENÉUTICA EN ESPAÑA

THE HERMENEUTIC LEGAL PHILOSOPHY IN SPAIN

JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 02/03/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

La Filosofía jurídica hermenéutica constituye una manera de pensar lo jurídico que trasciende el aspecto meramente metodológico. Frente a las posturas que ven la hermenéutica jurídica como un proceso técnico-instrumental, en relación con el momento de aplicación del Derecho, su pretensión es comprender el Derecho desde una perspectiva filosófica, partiendo desde la ontología jurídica, mediante una reflexión profundamente integral. En este trabajo se hace un breve recorrido por la Hermenéutica iusfilosófica española desde sus orígenes hasta la actualidad, examinando en qué medida se ha ido articulando un pensamiento hermenéutico-jurídico en nuestra Filosofía jurídica.

Palabras clave: Hermenéutica, Derecho, España.

ABSTRACT

Hermeneutical legal Philosophy constitutes a way of thinking about the Law that transcends the merely methodological aspect. Faced with the positions that see legal hermeneutics as a technical-instrumental process, in relation to the moment of application of the Law, its claim is to understand the Law from a philosophical perspective, starting from the legal ontology, through a deeply integral reflection. In this work, a brief tour of the Spanish Philosophical-Legal Hermeneutics is made from its origins to the present, examining the extent to which a hermeneutic-legal thought has been articulated in our Legal Philosophy.

Keywords: Hermeneutics, Law, Spain.

Sumario: 1. *Por una filosofía jurídica hermenéutica*. 2. *filosofía jurídica hermenéutica y hermeneutica legis*. 3. *La filosofía hermenéutica española como trasfondo de la iushermenéutica*. 4. *Breve historia de la filosofía jurídica hermenéutica en España*: 4.1. *Proto-hermenéutica jurídica española: Luis Recaséns Siches*; 4.2. *La hermenéutica jurídica gadameriana en España*; 4.3. *La llamada hermenéutica crítica (Habermas, Apel) en la hermenéutica iusfilosófica española*; 4.4. *La teoría comunicacional del derecho de Gregorio Robles como iusfilosofía hermenéutico-analítica*; 4.5. *La recepción de la iushermenéutica de Paul Ricoeur en la hermenéutica jurídica española*; 4.6. *La hermenéutica jurídica analógica en España*. 5. *A modo de conclusión: otras influencias difusas en la iushermenéutica española*.

1. POR UNA FILOSOFÍA JURÍDICA HERMENÉUTICA

Si hay un ámbito donde la *cuestión de la interpretación* desempeña un papel central, es el de lo jurídico. El Derecho precisa necesariamente de interpretación debido a su carácter práctico; que parte de interpretaciones anteriores, además de constituir un acto interpretativo en sí mismo, puesto que constituye un producto intencional que necesita la interpretación para adquirir sentido. Por lo tanto, la interpretación atañe, de manera esencial, a la propia naturaleza de lo jurídico al ser un acto de racionalidad práctica.

Ciertamente, lo jurídico es, de suyo, algo complejo, dinámico y abierto. Su naturaleza eminentemente social lo conforma estructuralmente como un fenómeno *relacional*: ya Aristóteles entendía lo jurídico (lo justo –*to dikaion*–) como *relación* entre personas, y entre personas y bienes, donde se da manifiestamente una cierta y determinada proporcionalidad entre los términos en juego, de manera que el derecho no puede ser *una sola cosa* en particular, ni admite un solo sentido, ni discriminación arbitraria de diversos sentidos que puedan tomarse acumulativamente en uno solo, sino varios sentidos bajo una misma realidad¹.

1 Como es sabido, este concepto se ha proyectado históricamente en el Derecho romano justinianeo -Tit. I del Digesto (*De iustitia et iure*)-, sirviendo de base para la actividad hermenéutica desplegada

Por lo tanto, la interpretación nunca puede eludirse cuando se trata de comprenderlo y de aplicarlo.

Además, otra de las razones principales para la consideración hermenéutica de lo jurídico es que la lingüisticidad constituye uno de sus rasgos más notables. El Derecho se expresa en textos, los cuales constituyen manifestaciones de un lenguaje fijado, que aspira a mantenerse por encima de las circunstancias concretas y de las coyunturas históricas (de ahí se deriva, en gran medida, su capacidad de obligar, su *auctoritas*); y todo texto precisa ineludiblemente de la interpretación para hacer efectivo su significado en el contexto dinámico y mutable derivado de la relacionalidad entre términos en que se da la praxis jurídica. En esta tensión entre su vocación de estabilidad (por la vía de su *textualidad*) y su dinamicidad (por mor de su *relacionalidad*), es donde se explicita su condición hermenéutica, como algo complejo que precisa permanentemente de interpretación para actualizarse efectualmente en la vida social; en suma, para conformarse como tal *realidad jurídica*.

De ahí que, como digo, la *cuestión de la interpretación* sea tan fundamental, no solo como tema propiamente epistemológico y metodológico, de carácter técnico, en relación con lo que atañe a la aplicación de la normatividad jurídica, sino también como tematización de problemas básicos de ontología, antropología y noética jurídicas, y por extensión, de problemas filosófico-jurídicos fundamentales, como el del concepto de Derecho, el de la naturaleza epistemológica de la ciencia jurídica, el de la teoría de la justicia, etc.... En este segundo sentido es donde surge, de manera directa, la hermenéutica como filosofía capaz de tematizar, de comprender, de explicar y de ofrecer soluciones tentativas a toda esta difícil problemática. Ello explica que la hermenéutica jurídica no se contemple meramente como una disciplina metodológica, en tanto que método y técnica jurídica de aplicación de las normas jurídicas, y que se

por parte de los glosadores y por los comentaristas medievales y renacentistas, configurando así la raíz del Derecho común europeo (Cfr. Michel Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho*, 2 vols. (Pamplona: EUNSA, 1979 y 1981).

contemple (especialmente durante los últimos decenios) como una de las filosofías jurídicas más ricas, sugestivas y pujantes.

2. FILOSOFÍA JURÍDICA HERMENÉUTICA Y HERMENEUTICA LEGIS

En efecto, la historia de la hermenéutica jurídica muestra la existencia de estos dos modos de ser principales, de estas dos líneas. La hermenéutica jurídica como metodología (*hermeneutica legis; ars interpretandi*) parte de una comprensión de la interpretación en un sentido *representativo* del significado de los textos jurídicos, entendiendo su interpretación como algo fundamentalmente instrumental. De esta forma, la interpretación se entiende como el acto de comprensión textual del sentido normativo del texto jurídico, cuya normatividad se deriva de la naturaleza, de la divinidad, de la tradición o de la razón, en función de la concepción iusfilosófica que se maneje. Aquí queda claro para el intérprete aquello de lo que debe desentrañar su sentido (el texto jurídico, expresado como ley), concretándose su actividad hermenéutica en arrojar luz sobre su oscuridad, ambigüedad, ininteligibilidad, inaccesibilidad, etc... (*in claris non fit interpretatio*, se dice bajo esta perspectiva, cuando se estima que no se dan tales dificultades), con el fin de hacerlo comprensible y explicitar su contenido de *verdad normativa*. Este ha sido, en relación con los textos jurídicos, prácticamente el papel exclusivo que ha desempeñado en el campo de la Filosofía y de la Ciencia jurídica de las dos últimas centurias, a partir de la irrupción del positivismo jurídico.

En el segundo sentido, partiendo de que, como decía Nietzsche, *no existen hechos, solo interpretaciones*, y merced al pensamiento posterior de autores como Dilthey, Husserl, Heidegger, Gadamer, Ricoeur y Beuchot, se le reconoce a la Hermenéutica el auténtico rango de *Filosofía*, en toda la amplitud significativa de este término, sobrepasando, como digo,

su papel de mero método, técnica o procedimiento exegético de comprensión de textos escritos, pues la iusfilosofía hermenéutica concibe la interpretación como algo *constitutivo* de lo jurídico, más allá de su mera función instrumental. Lo jurídico se construye realmente mediante la interpretación, sobrepasando la simple técnica desvelatoria de su sentido, expresado en la normatividad de un texto, por parte del intérprete. Una auténtica Filosofía del Derecho, pues, que entiende lo jurídico eminentemente como *interpretación* y que se concibe a sí misma como *hermenéutica*. Lo que había sido hasta entonces, sobre todo desde la Modernidad, una mera técnica preceptiva para la aplicación de normas jurídicas a hechos, articulada normativa y sistemáticamente bajo un determinado método de interpretación de textos, se ha convertido ahora también en un verdadero principio filosófico cuyo problema central es, ni más ni menos, que el de la comprensión de lo jurídico en toda su extensión, profundidad e implicaciones.

Esta hermenéutica jurídica entendida como iusfilosofía se inscribe, naturalmente, en el marco de la crítica filosófica llevada a cabo genéricamente bajo el afortunado rótulo de *giro lingüístico* (a partir, sobre todo, de la obra de Heidegger), y que venía a plantear abiertamente el problema filosófico del lenguaje. En el ámbito jurídico, tal renovación se proyectó en el contexto de la crítica al imperante iuspositivismo de la primera mitad del siglo pasado, hasta el punto de que, en gran medida, contribuyó (y está contribuyendo) a la crisis de este último. El positivismo jurídico concibe el lenguaje desde una perspectiva, teórica, formalista, relegando o ignorando su carácter *práctico*, su naturaleza de acontecimiento referido a lo real, con el propósito de garantizar la objetividad del discurso científico-jurídico elaborado sobre tal lenguaje. Esto supone que lo real se pliegue sobre el lenguaje, reduciéndolo violentamente a su simple condición instrumental técnico-científica. Por el contrario, la hermenéutica jurídica como iusfilosofía entiende el lenguaje como el medio necesario para comprender lo real en toda su extensión, más allá de su reducción a pura lógica, de tal modo que lenguaje y mundo se hallan

plenamente imbricados, sin que exista subordinación de éste con respecto a aquél, al modo iuspositivista, el cual, en el fondo, no deja de entender lo jurídico, de este modo, como unívoca reducción a puro y simple *discurso*: al tipo de discurso que se considera *técnico-científico*.

El sujeto se ve así inmerso, y se auto-comprende, en el seno de tradiciones, contextos históricos y culturas jurídicas, perdiendo el acusado distanciamiento frente a lo real, característico del iuspositivismo. Esto determina que lo jurídico se entienda esencialmente como *actividad*, como *praxis*, como *relación*. De esta manera, *ser jurídico* y *decir jurídico* (en suma, lo ontológico y lo epistemológico) se entienden íntimamente vinculados porque, aunque el ser jurídico no pueda ser radicalmente reducido al lenguaje (las tendencias hermenéuticas de inspiración heideggeriana, sin embargo, sí afirman esto); no obstante, lo jurídico solo puede ser comprendido en tanto que es *dicho*.

La hermenéutica jurídica se constituye así en una auténtica ontología jurídica, al recuperar la relación entre *ser* y *decir* jurídicos en toda su profundidad y dimensiones. Tal recuperación se concreta, ontológicamente, en la pregunta fundamental por la *comprensión* de lo jurídico, puesto que saber *qué es lo jurídico* es lo mismo que *comprenderlo*; y epistemológicamente, en la cuestión de su *explicación*, ya que *saber si podemos conocerlo, y cómo*, es lo mismo que *explicarlo*. De este presupuesto resulta una consecuencia de orden epistemológico de gran trascendencia, frente al univocismo cientificista del iuspositivismo: con la hermenéutica entendida como Filosofía jurídica, el saber jurídico trasciende el estrecho marco de su consideración meramente *científica*, debiendo ser afrontado desde el mismo plano ontológico, y no solo desde el epistemológico; y, en este sentido, debe considerarse lo jurídico en toda su complejidad, esto es, como algo compuesto de distintos aspectos imbricados entre sí que se actualizan con arreglo a una relación dinámica entre varios elementos: norma abstracta, hecho concreto y valor supranormativo, cada uno en su orden propio, según la consideración que se efectúe, y sin imponerse, de entrada, ninguno de ellos a los demás.

Queda desechada, pues, toda pretensión de una ciencia jurídica axiológicamente neutra al modo iuspositivista, reducida a una simple, podríamos decir, *metodología*, ya que lo jurídico debe comprenderse *in fine* en referencia a los valores, a los bienes, a los sentidos y a las situaciones concretas en que éste se da y acontece. De ahí que la hermenéutica jurídica no sea ya solo una epistemología pretendidamente objetivista, sino una ontología que requiere de una epistemología acorde con sus presupuestos fundamentales, los cuales vienen a oponerse, en líneas generales, a la epistemología iuspositivista en su pretensión de reducir la actividad interpretativa del aplicador del derecho a una actividad lógico-mecanicista (*bouche de la loi*, decían los primeros iuspositivistas franceses, al objeto de garantizar el sacrosanto valor, para ellos, de la seguridad jurídica), ya que, de este modo, se está reduciendo lo jurídico a su mera consideración legal. Asimismo, en relación con las epistemologías equivocistas (las anti-formalistas, por ejemplo), la hermenéutica jurídica pretende poner, al menos, un cierto orden frente a la pretensión de otorgar un protagonismo central a la voluntad del aplicador jurídico, al considerar, bien los hechos a enjuiciar, bien los valores a realizar, como una actividad que no puede ser totalmente libre, so pena de incurrir en un arbitrio que lleve a desvirtuar lo jurídico en lo puramente fáctico o en lo meramente valorativo.

Comprender y explicar lo jurídico se hallan, pues, íntima y recíprocamente relacionados en el conocimiento hermenéutico, de modo que la hermenéutica jurídica como filosofía no es solo una epistemología, sino también (y sobre todo) una ontología jurídica. La hermenéutica jurídica como Filosofía es algo más que una simple metodología de lo jurídico, ya que recupera nuevamente el momento ontológico frente al epistemológico, comprendiendo lo jurídico en el seno de una tradición y de un contexto histórico-cultural, en atención a su constante actualización sobre la base de una relación adecuada entre sus aspectos normativos, fácticos y valorativos, buscando así comprenderlo, tanto en su totalidad como en

sus aspectos parciales, en su orden epistemológico propio, sin privilegiar ninguno de ellos sobre los demás².

De *ars interpretandi*, la hermenéutica jurídica ha pasado a constituirse así en una auténtica iusfilosofía, cuya temática gira, especialmente, sobre cuestiones de racionalidad práctica, de ahí que, según la tendencia hermenéutica que consideremos, se constituya como una crítica, como una teoría, como una Filosofía, como un pensamiento, etc., de la razón jurídica práctica³.

3. LA FILOSOFÍA HERMENÉUTICA ESPAÑOLA COMO TRASFONDO DE LA IUSHERMENÉUTICA

La hermenéutica contemporánea adquiere verdadera pujanza en los últimos decenios, merced al pensamiento de Hans Georg Gadamer. En buena medida, es Gadamer quien lleva a cabo una recuperación de la hermenéutica filosófica en nuestros días, situándola en el centro de la reflexión filosófica actual. Dice con razón Andrés Ortiz-Osés⁴ que, a partir de la publicación de *Verdad y método* de Gadamer, en la colección “Hermeneia” de la editorial salmantina *Sígueme*, la hermenéutica entendida como filosofía (o *neo-hermenéutica*, como la denomina Ortiz-Osés), no entra en la España de la década de los sesenta como tal tendencia explícita o movimiento filosófico, sino que lo hace paulatina-mente, de manera difusa y abierta; más como una actitud o talante, que como una *ciencia* que se pretende autosuficiente, autorreferencial y sancionada

2 Tal vez, debido a esto, Arthur Kaufmann –uno de los más conspicuos iushermeneutas germanos, discípulo de Gadamer– afirme que la hermenéutica jurídica pretende superar la dialéctica, imperante de forma explícita durante los dos últimos siglos en la filosofía jurídica, entre iusnaturalismo y iuspositivismo, entendiendo el primero *more geometrico*, esto es al modo moderno, y no en un sentido analógico (y por ello, en cierto modo, hermenéutico), tal y como lo hacía, por ejemplo, el iusnaturalismo aristotélico-tomista (Vid., Arthur Kaufmann, “Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik”, en *Beiträge zur juristischen Hermeneutik* (München: Carl Heymanns, 1984) 79 y ss.

3 Un desarrollo mucho más profundo de estas ideas puede encontrarse en: Juan Antonio Gómez García, *Derecho y analogía. Estudios de hermenéutica jurídica* (Madrid: UNED, 2017).

4 Andrés Ortiz-Osés, “La recepción de la hermenéutica en España”, *Isegoría* 5 (1992): 154-155.

institucionalmente por la comunidad académica. Desde entonces, la hermenéutica constituirá una especie de *trasfondo* filosófico de las Ciencias Humanas y Sociales, y de modo especial en la Filosofía y en las Ciencias jurídicas españolas.

Antes de la publicación de la magna obra de Gadamer, la hermenéutica se identifica en España con un método de interpretación de los textos sagrados y, en consecuencia, se considera como algo muy dogmático, restringido al ámbito de la teología neo-escolástica, previa al Concilio Vaticano II. Si acaso, pudiera atisbarse antes una cierta posición –dice Ortiz-Osés– *pre-hermenéutica*, en el racio-vitalismo orteguiano, en su esfuerzo de pensar al hombre en el contexto de sus circunstancias vitales, bajo un determinado perspectivismo antropológico.

Sin embargo, la hermenéutica filosófica cobra carta de naturaleza explícita en España en el contexto de la Teología bíblica, merced a la obra de Luis Alonso Schökel, quien la reconduce a su auténtico origen, inspirándose, en buena medida, en el pensamiento de Gadamer y de Ricoeur. Su obra principal, *Hermenéutica de la palabra*⁵, constituye una hermenéutica simbólica que entiende la interpretación como *paráfrasis* y *recreación* del significado del texto sagrado, a la luz del símbolo religioso y del propio carácter simbólico del propio texto, expresivos ambos de la tensión entre la antigüedad y la novedad que atesoran para el intérprete, y que éste debe respetar transponiendo su sentido a partir de ellos mismos. Esto viene a desbordar su significado al añadir más significación, pero sin llegar a lo metafórico, lo cual es ya demasiado abierto, perdiéndose así su objetividad propia.

También bajo un contexto teológico, es importante resaltar la hermenéutica, podríamos denominar, *ecumenista* (en el ámbito de la Filosofía de la religión) y *culturalista* (en el ámbito de la Filosofía de la cultura), permeante a lo largo de la vasta y variada obra de Raimon

5 Luis Alonso Schökel, *Hermenéutica de la palabra* (Madrid: Ediciones Cristiandad, 1987).

Panikkar. Partiendo del concepto de *naturaleza humana*, el teólogo⁶ desarrolla toda una teología-filosofía sustentada sobre la dialéctica entre conceptos como los de *identidad y diferencia*, *lo universal y lo particular*, *lo eterno y lo mutable*, etc., con el propósito de propugnar y propiciar un auténtico diálogo inter-religioso e inter-cultural; en suma, una verdadera integración, desde una consideración *no-absolutista* (inspirada en la tradicional *Anekantavada* hinduista) de lo real.

Especialmente importante también en la conformación de este trasfondo hermenéutico en España, resulta el pensamiento de Emilio Lledó. Discípulo directo de Gadamer, el autor articuló toda su hermenéutica a partir de la consideración del lenguaje como eje de todo pensar y actuar del hombre en el mundo. Bajo su interpretación de los diálogos platónicos y de la ética aristotélica, Lledó ve el *lógos* expresado por el lenguaje como razón democrática que conforma la politicidad del hombre (a él mismo y al mundo) en todas sus dimensiones: frente a sí mismo, frente a los demás y frente a la naturaleza⁷.

Por último, debo destacar, en este apretado excursus previo, la *hermenéutica simbólica del sentido* de Andrés Ortíz-Osés. Uno de los primeros *neo-hermeneutas* hispanos, su pensamiento se ha proyectado poderosamente en la hermenéutica española desde mediados de la década de los setenta⁸, merced a la publicación de su libro *Mundo, hombre y lenguaje*⁹. Ortíz-Osés comprende la lingüisticidad del ser como *relacionalidad*, a partir de la cual desarrolla una *hermenéutica de la implicación*, o de la *inclusión*, que busca la integración de los contrarios co-implicados (en una *dualéctica* o *androginia*¹⁰), en una suerte de metafísica de la implicación entre el ser y el lenguaje, que le lleva a una

6 No en vano su tesis doctoral llevó por título: *El concepto de naturaleza: análisis histórico y metafísico de un concepto* (Madrid: Instituto Luis Vives de Filosofía, 1951).

7 Emilio Lledó, *Filosofía y lenguaje* (Barcelona: Crítica, 1970).

8 Podríamos decir que Ortíz-Osés es uno de los pocos hermeneutas españoles que ha creado una auténtica escuela en la Universidad de Deusto, con discípulos como Luis Garagalza, Patxi Lanceros, Josetxo Beriain, etc.

9 Andrés Ortíz-Osés, *Mundo, hombre y lenguaje* (Salamanca: Sígueme, 1976).

10 Andrés Ortíz-Osés, *La nueva filosofía hermenéutica. Hacia una razón axiológica posmoderna* (Barcelona: Anthropos, 1986).

arqueología del sentido (de acuerdo con las investigaciones de Jung en torno al modo en que los arquetipos simbólicos conforman el inconsciente colectivo, y que Ortíz-Osés, interpreta a propósito de la mitología vasca), en su pretensión de hallar, más que *fundamentos*, *relatos fundacionales* que nutran la ontología. He aquí el carácter simbólico de su hermenéutica, de cuño acusadamente antropológico.

Próximo a Ortíz-Osés, en su pretensión de articular también una filosofía de la implicación, se encuentra Eugenio Trías y su *filosofía del límite*. Partiendo del *límite*, de la *frontera*, como *tópos* propio del hombre y de su racionalidad, Trías presupuesta su filosofía sobre una *metafísica del límite* que pretende fundar la condición limítrofe del ser humano; condición que comporta, al igual que la hermenéutica simbólica de Ortíz-Osés, la integración de ser y lenguaje. Esto da lugar a una ontología y a una racionalidad dinámicas y abiertas, en consonancia con tal condición liminar, la cual sitúa al hombre en un mundo en constante interpretación y re-interpretación¹¹.

Además de estos pensadores señeros, han surgido, especialmente durante la última década, bastantes hermenéuticas específicas o coyunturales en relación con las anteriores, de las que uno se puede hacer una idea bastante ajustada echando un vistazo a las principales instituciones y publicaciones especializadas del país. Descuellan, en este sentido, las trayectorias desde sus inicios de las colecciones “Hermeneia” de la editorial salmatina *Sígueme* y de la homónima de la editorial barcelonesa *Anthropos*, así como las numerosas publicaciones seriadas y monográficas de la Fundación Mounier, de la editorial San Esteban, de la editorial EUNSA, y diversas revistas especializadas que tienen en la Hermenéutica filosófica una línea temática principal, incluso con algunos números monográficos dedicados específicamente a ella, como

11 Una detallada relación de su producción bibliográfica puede encontrarse en su página web oficial: <http://www.eugeniotrias.com/> [Fecha de consulta: 26 de octubre de 2019].

Estudios Filosóficos (Instituto Superior de Filosofía de Valladolid), *Anthropos y Persona y Derecho* (Universidad de Navarra).

Los modos en que se proyecta singularmente todo este panorama filosófico general en la hermenéutica jurídica española son muy diversos y más o menos explícitos: así, por ejemplo, están todavía por verse desarrollos iushermenéuticos específicos a partir de los planteamientos de la hermenéutica simbólica de Ortíz-Osés; sin embargo, lo que sí tienen en común todas las filosofías hermenéuticas anteriores es que conforman una especie de trasfondo filosófico que, de manera más o menos directa y consciente, viene a nutrir las distintas elaboraciones iushermenéuticas específicas, y que seguidamente paso a exponer.

4. BREVE HISTORIA DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA HERMENÉUTICA EN ESPAÑA

4.1. PROTO-HERMENÉUTICA JURÍDICA ESPAÑOLA: LUIS RECASÉNS SICHES

Luis Recaséns Siches es uno de los más destacados filósofos del Derecho hispanoamericanos. Discípulo directo de Ortega y Gasset en la Universidad de Madrid, y formado con Giorgio Del Vecchio en Roma, con Rudolf Stammler en Berlín y con Hans Kelsen en Viena a mediados del siglo pasado, a partir de su exilio forzado a México con motivo de la Guerra Civil española en 1937 (ahí fue profesor, en su capitalina Universidad Nacional Autónoma durante la mayor parte de su vida académica), se ocupó en reflexionar¹², partiendo de los planteamientos *racio-vitalistas* de Ortega y de ciertas influencias del realismo y del sociologismo jurídicos norteamericanos (también estuvo Recaséns unos años como profesor en la Universidad de Nueva York, y como asesor científico de la Sección de Derechos Humanos de Naciones Unidas), en torno al modo en que sería y operaría una racionalidad argumentativa

¹² Ahí publicó su primera gran obra: *Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho* (México DF: Porrúa, 1940).

coherente con la concreción propia de los casos jurídicos, sin olvidar la naturaleza deontológica de las normas jurídicas formalmente establecidas en un determinado tiempo y lugar. Desde la percepción de la tensión entre lo universal y lo particular (característica de toda hermenéutica), Recaséns abordó el problema de la interpretación del Derecho tomando en consideración lo que él mismo denominaba como *el logos de lo humano o la lógica de lo razonable*, una racionalidad, en suma, no reductible a la pura lógica formal, y que debía tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso particular. Tal razonabilidad debe operar necesariamente, según Recaséns, cuando el intérprete de la norma abstracta se enfrenta a la subsunción de los hechos en ella. De esta manera, lo razonable no es igual a lo racional, ya que comprende bajo su estela también lo circunstancial. El Derecho, pues, no es reductible a la simple lógica formal que olvida, por ejemplo, aspectos de carácter axiológico y situacionales, y que deben atenderse cuando lo jurídico se realiza en el momento de la decisión jurisdiccional, para no traicionar la experiencia vital e histórica en que lo jurídico se realiza¹³.

Caracterizo a Recaséns como *proto-hermeneuta* porque, pese a sus tesis anteriores, el iusfilósofo todavía se mueve en un plano meramente metodológico, desde un iuspositivismo moderado muy parecido al del último Kelsen y al de cierto sociologismo jurídico de cariz funcionalista, sin entrar aún a considerar de lleno la problemática ontológica del derecho desde una genuina hermenéutica filosófica.

4.2. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA GADAMERIANA EN ESPAÑA

Gadamer señaló el carácter ejemplar, paradigmático, de la hermenéutica jurídica para articular una hermenéutica filosófica, por cuanto que, en la tradición jurídica, encontraba aspectos de gran importancia para replantear el problema filosófico como problema

¹³ Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, 3ª ed. (México DF: Porrúa, 1980), 131 y ss.

hermenéutico. Tal vez esto explique que, de entre todas las tendencias hermenéuticas, la más destacada en el ámbito de la Filosofía jurídica española sea la directamente deudora de la hermenéutica de Gadamer, ejerciendo una influencia muy preponderante en comparación con el resto. En efecto, son los iushermenéutas germanos inspirados en la obra de Gadamer, tales como Josef Esser, Arthur Kaufmann o Windfried Hassemer, quienes sirven de referencias fundamentales para la hermenéutica jurídica española¹⁴, a partir, sobre todo, de la década de los ochenta del siglo pasado. A todos ellos unía un objetivo común: llevar a cabo una crítica, desde los mismos fundamentos ontológicos del Derecho (y, por ende, en sus principales aspectos metodológicos), del rígido modelo jurídico positivista, de cariz epistemológicamente formalista y políticamente estatista.

Con la hermenéutica gadameriana, se pone en evidencia, con total claridad para la iushermenéutica, que el clásico momento de la aplicación del Derecho es el lugar en que debe ponerse el foco de atención para la adecuada comprensión de lo jurídico, llevándose a efecto así una auténtica revalorización filosófica de sus aspectos prácticos, según los principios de la racionalidad práxica, en atención a su sentido último. Ya el Kelsen tardío y el iusfilósofo inglés H.L.A. Hart, eminentes iuspositivistas en el seno de sus respectivas tradiciones jurídicas, se habían dado cuenta de las limitaciones de una consideración meramente formalista de lo jurídico, debido a sus investigaciones en torno a la *textura abierta* (diría Hart) del lenguaje y a la profunda ambigüedad que tal lenguaje jurídico presenta en el momento de la decisión jurídica (traicionando abiertamente el dogma de la *pureza de una teoría pura del derecho* al modo kelseniano), sobre todo en los llamados *casos difíciles* (Dworkin), los cuales hacen especialmente problemática su comprensión desde su

14 Como bien indica Manuel Jesús Rodríguez, la influencia directa de Heidegger sobre la filosofía jurídica fue muy pequeña, debido a que el propio Heidegger manifestó una escasa preocupación por lo jurídico. Sin embargo, en tanto que uno de los máximos exponentes de la Filosofía hermenéutica y maestro de Gadamer, sí puede afirmarse que su hermenéutica de la facticidad fue uno de los *impulsos fundamentales* de la hermenéutica jurídica gadameriana [Manuel Jesús Rodríguez Puerto, *Interpretación, Derecho, ideología. La aportación de la hermenéutica jurídica* (Granada: Comares, 2011), 51].

mera consideración formalista. Afloraba así, en toda su profundidad y riqueza, el viejo problema de la relación entre creación y aplicación del Derecho en el momento de su interpretación, que los más radicales ius-positivistas resolvían entendiéndolos como dos aspectos completamente distintos, al reducir la actividad decisoria a una dimensión meramente mecanicista, y al que el positivismo jurídico más moderado y realista comenzaba a buscar una salida airosa ante las insuficiencias mostradas, por un lado, por las críticas anti-formalistas, de corte sociologista, y por otro lado, por la tozuda realidad jurisdiccional cotidiana. La solución que llegan a alcanzar, es considerar que, en sus aspectos materiales, la decisión jurisdiccional depende, además de la norma jurídica formalmente vigente, de factores extra-jurídicos como la ideología y la moral del decisor, y de la sociedad en que tal Derecho impera, poniendo a aquél ante la tesitura de realizar un juicio de ponderación, de carácter cuasi-calculístico, en aras de ofrecer una decisión conforme a Derecho.

El problema surge cuando se pretende racionalizar este ámbito decisorio, inabarcado (e inabarcable) en su totalidad por la norma jurídica, según criterios que permitan dotarlo de una cierta coherencia y realismo. Aquí es donde surge la iusfilosofía hermenéutica, preocupada ante todo por la cuestión de la concreción del Derecho y, especialmente, por el problema de la adecuación de la norma con el caso concreto, el cual constituye el momento en que aparece lo jurídico en toda su autenticidad, matices y amplitud, y que debe ser sometido, en cierto modo, a una determinada racionalización, si no se quiere reducir el Derecho a la pura voluntad del decisor y legitimar filosóficamente su arbitrariedad absoluta. La hermenéutica gadameriana aparece ahora con todo su potencial filosófico y metodológico, como una respuesta que permite, por un lado, *comprender* y *explicar* esta problemática en todas sus dimensiones, de cara a ofrecer posibles soluciones al respecto.

Ciertamente, se entiende así que el punto de partida de la hermenéutica de Gadamer resultase tan atractivo para los juristas, con sus ideas en torno a la tradición concreta en que se dan las diversas interpretaciones,

con su dinamismo y su permanente transformación a causa de las sucesivas interpretaciones, en virtud de las situaciones y coyunturas en las que se hallan como contexto hermenéutico fundamental (lo que el filósofo denomina *Wirkungsgeschichte* –*historia efectual*–¹⁵). Tal tradición, actualizada en virtud del proceso interpretativo circular en que éste se desenvuelve (el célebre *círculo hermenéutico*), constituía un elemento muy sugestivo para desarrollar una hermenéutica jurídica de corte filosófico. Su remisión a lo fáctico, a lo circunstancial, a lo práctico, como ámbito de reflexión ontológica, abría una línea de desarrollo con grandes posibilidades para los iusfilósofos y los juristas preocupados por aspectos sociológicos y axiológicos del Derecho, e insatisfechos con las concepciones formalistas y tecnicistas del iuspositivismo; y resultaba muy pertinente para comprender y explicar los procesos de creación e interpretación de la normatividad jurídica. Con Gadamer se venía a devolver a la ontología jurídica su papel central en la Filosofía del Derecho, al considerar lo jurídico como un objeto en constante conformación y actualización, donde la clásica dicotomía iuspositivista entre creación e interpretación de las normas jurídicas queda superada por mor de su dinamismo propio, desvirtuándose así todo propósito de concebir una metodología de la interpretación autosuficiente, pero sin caer tampoco en el puro decisionismo jurisdiccional al existir unos referentes significativos a los que el intérprete no puede sustraerse (una *anticipación de sentido*, dice Gadamer)¹⁶.

En nuestro país, como dije antes, aun cuando tuvo una recepción tardía¹⁷, es la Filosofía hermenéutica que más amplia atención ha suscitado y que, dentro de lo que cabe, ha obtenido mayor acogida. Destaca, en este sentido, la obra del iusfilósofo dominico Antonio Osuna Fernández-

¹⁵ Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. por A. Agud y R. de Agapito (Salamanca: Sígueme, 1977), 12 y ss.

¹⁶ Gadamer, *Verdad y método*, 173.

¹⁷ Puede encontrarse una exhaustiva relación bibliográfica de esta recepción en la página web del profesor Luis Enrique de Santiago Güervos, de la Universidad de Málaga, titulada "Hans Georg Gadamer en español": <http://www.uma.es/gadamer/page10/index.html> [Fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].

Largo (el principal mentor de Gadamer en la hermenéutica jurídica española), en la Universidad de Valladolid, sobre todo durante la década de los noventa del siglo pasado. Su producción iusfilosófica es bastante extensa, si bien sobresalen especialmente dos monografías, con la hermenéutica gadameriana como referente fundamental: *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer* y *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*¹⁸. Ambos trabajos son complementarios y constituyen un interesante díptico iusfilosófico en torno a la naturaleza y a la proyección jurídica de la hermenéutica gadameriana, remontándose a los orígenes históricos de la hermenéutica antes de Gadamer y poniéndola en diálogo con otras hermenéuticas como la de Habermas, Apel, Betti y Ricoeur. El autor desemboca así en una fundamentación de la hermenéutica como auténtica Filosofía del Derecho que pretende sentar las bases de lo que sería *el estado de la cuestión* de la hermenéutica jurídica.

Partiendo también de los presupuestos hermenéuticos gadamerianos, resulta destacable el pensamiento iusfilosófico de Andrés Ollero Tassara. Actualmente catedrático jubilado de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Ollero ha desarrollado una hermenéutica jurídica como iusfilosofía, influida también por una recuperación del iusnaturalismo tomista, a partir del concepto de *naturaleza de la cosa*. Este concepto, recuperado en el panorama iusfilosófico europeo por parte de Gustav Radbruch tras la II Guerra Mundial, con el propósito de ofrecer respuestas desde la Filosofía del Derecho frente a las desastrosas consecuencias humanitarias a que llevaron las fundamentaciones jurídicas del iuspositivismo germano de entreguerras, es tomado por Ollero para fundar una ontología jurídica consciente de la historicidad y de la lingüisticidad de lo jurídico, pero no abierta del todo a posturas equivocistas, donde el Derecho pudiera entenderse reducido a pura facticidad. Se trata, así, de un iusnaturalismo tamizado por una lectura hermenéutica del tomismo (al modo en que lo llevan a cabo también los iushermeneutas germanos Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer), a la

¹⁸ Ambos publicados, respectivamente en 1992 y 1995, en la editorial de la Universidad de Valladolid.

luz de las enseñanzas de la hermenéutica jurídica gadameriana¹⁹. De entre su abundante producción iusfilosófica y constitucionalista, me permito destacar los dos trabajos que, a mi juicio, se entroncan más directamente con las cuestiones filosóficas fundamentales de hermenéutica jurídica: *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, donde el autor critica el iuspositivismo focalizándolo desde la cuestión de la interpretación jurídica como lugar donde aparece de manera directa la historicidad de lo jurídico y, por lo tanto, la necesidad de su replanteamiento desde un plano ontológico de carácter iusnaturalista; y *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*²⁰, en el que profesa abiertamente su inspiración hermenéutica gadameriana a partir de la lingüisticidad ontológica del Derecho, bajo el orden determinado por la *naturaleza de la cosa*.

Otro divulgador de la hermenéutica jurídica gadameriana en España es el catedrático de filosofía del derecho de la Universidad de León, Juan Antonio García Amado. Su labor, en este ámbito, se integra en el marco general de su estudio de la iusfilosofía germana contemporánea, publicando, al respecto, algunos trabajos relativos a la hermenéutica jurídica de Gadamer²¹. No obstante, de García Amado no puede decirse que sea un iusfilósofo hermeneuta, ya que se ha mostrado bastante crítico con la hermenéutica iusfilosófica. Para muestra, sirva el siguiente (y contundente) texto del autor: “De tanto ser, acaba el Derecho por ser nada; un pre-comprender el objeto antes de que exista el objeto mismo que pueda ser comprendido, un saber del objeto antes de que el objeto sea, y un cuestionarlo, luego, para que no siga siendo. Una quimera”²². Lo traigo

19 Ollero dedicó un capítulo de uno de sus libros principales precisamente a señalar las semejanzas existentes entre la concepción jurídica de Santo Tomás de Aquino y la de la hermenéutica filosófico-jurídica de inspiración gadameriana: “Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino”, en *Interpretación del derecho y positivismo legalista* (Madrid: EDERSA, 1982).

20 Andrés Ollero Tassara, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política* (Madrid: Congreso de los Diputados, 1996, 2ª ed. de 2006).

21 Vid. “Derecho y racionalidad. La Teoría del Derecho de Josef Esser”, en *Liber Amicorum. Colección de Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Moreno* (Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1988), y “Filosofía hermenéutica y Derecho”, *Azafea. Revista de Filosofía* 5 (2003): 191-211.

22 García Amado, “Filosofía hermenéutica y Derecho”, 199.

aquí a colación por ser uno de los primeros expositores sistemáticos de la hermenéutica jurídica gadameriana en nuestro país, más que por una posible caracterización de su iusfilosofía como hermenéutica.

Además de la obra de los autores anteriores, existen otros ejemplos destacables (aunque episódicos) de recepción de la hermenéutica gadameriana en la filosofía jurídica de nuestro país, entre los que podríamos reseñar, por ejemplo, los siguientes: el temprano trabajo del catedrático de la Universidad de Zaragoza, Juan José Gil Cremades, titulado “Derecho e ideología”²³, en el cual el autor lleva a cabo una crítica de la concepción positivista del Derecho a partir de una hermenéutica inspirada, en buena medida, en la de Gadamer; el libro del profesor de la Universidad de Granada, Modesto Saavedra, *Interpretación del Derecho e ideología*²⁴, donde el autor se plantea cuestiones metodológicas de hermenéutica jurídica según las bases sentadas por Gadamer; el trabajo de la profesora Teresa Picontó Novales (también de la Universidad de Zaragoza), titulado “Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer”²⁵, que constituye una buena exposición de la iushermenéutica gadameriana a partir de su confrontación con la del hermeneuta italiano Emilio Betti; el trabajo de la investigadora del Instituto de Filosofía del CSIC, María G. Navarro, *Interpretar y argumentar: la hermenéutica gadameriana a la luz de las teorías de la argumentación*²⁶, que constituye una interesante interpretación de la hermenéutica de Gadamer, desde la teoría de la argumentación jurídica, ofreciendo sugestivas aplicaciones al respecto; la monografía del profesor de la Universidad de Cádiz, Manuel Jesús Rodríguez Puerto, *Interpretación, Derecho, ideología. La aportación de la hermenéutica jurídica*²⁷, que plantea un estudio pormenorizado de la iushermenéutica desde sus

23 Juan José Gil Cremades, “Derecho e ideología”, *Revista de Estudios Políticos* 157 (1968): 87-120.

24 Modesto Saavedra, *Interpretación del Derecho e ideología* (Granada: Universidad, 1978).

25 Teresa Picontó Novales, “Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer”, *Anuario de Filosofía del Derecho* IX (1992): 223-248.

26 María G. Navarro, *Interpretar y argumentar: la hermenéutica gadameriana a la luz de las teorías de la argumentación* (Madrid: CSIC, Plaza y Valdés, 2009).

27 Rodríguez Puerto, *Interpretación, Derecho, ideología*.

presupuestos gadamerianos, con el propósito de señalar su importancia para entender los factores ideológicos que intervienen en los procesos de decisión jurisdiccionales; y, por último, el muy interesante libro del profesor de la Universidad Pontificia de Comillas, Miguel Grande Yáñez, *Filosofía del Derecho hermenéutica*²⁸, el cual trata de fundar abiertamente una iusfilosofía hermenéutica de cuño propio, si bien todavía bajo las ideas, principalmente, de Gadamer. Como puede apreciarse, la hermenéutica jurídica gadameriana ha venido gozando de una atención constante desde su recepción en España hasta hoy.

Asimismo, una vía de recepción indirecta de la hermenéutica jurídica de inspiración gadameriana, de gran éxito en España, es aquella que ha estudiado y se ha inspirado en la hermenéutica de Arthur Kaufmann. Del autor alemán se han vertido al español numerosos trabajos, tanto en España como en Hispanoamérica²⁹, así como divulgado e interpretado su pensamiento también en muchísimos estudios³⁰.

28 Miguel Grande Yáñez, *Filosofía del Derecho hermenéutica* (Madrid: Tecnos, 2018).

29 Sirvan de ejemplo los siguientes: "Sentido actual de la filosofía del derecho", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 13 (1972): 7-36, *Analogía y "naturaleza de la cosa". Hacia una teoría de la comprensión jurídica*, trad. por E. Barros (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976), *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*, trad. y pról. por Luis Villar Borda (Bogotá: Temis, 1992), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. por Gregorio Robles (Madrid: Debate, 1992), "Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho", *Persona y Derecho* 29 (1993): 11-32, "Concepción hermenéutica del método jurídico", *Persona y Derecho* 35 (1996): 11-36, *Derecho, Moral e Historicidad*, trad. por Emilio Eiranova Encinas (Madrid: Marcial Pons, 2000), *Filosofía del Derecho*, trad. por Luis Villar Borda y Ana María Montoya (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006), y *Hermenéutica y Derecho*, ed. por Andrés Ollero y José Antonio Santos (Granada: Comares, 2007).

30 Por ejemplo: Gregorio Robles, "La Filosofía del Derecho de Arthur Kaufmann", *Persona y Derecho* 47 (2002): 151-185; Angeles López, "Filosofía y Filosofía del Derecho en Arthur Kaufmann", *Persona y Derecho* 47 (2002): 187-216; Pedro Serna, *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas* (Granada: Comares, 2005); y José Antonio Santos, *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra* (Granada: Comares, 2008).

4.3. LA LLAMADA HERMENÉUTICA CRÍTICA (HABERMAS, APEL) EN LA HERMENÉUTICA IUSFILOSÓFICA ESPAÑOLA

Facticidad y validez es el título de la principal obra filosófico-jurídica de Jürgen Habermas³¹. En él se expresa con total precisión una de las cuestiones hermenéuticas por antonomasia: la relación entre lo particular y lo universal, en este caso, proyectada en el ámbito de la hermenéutica iusfilosófica. A Gadamer se le había achacado por parte de iushermeneutas univocistas, como Emilio Betti, un excesivo subjetivismo en el modo en que concebía lo universal, expresado en su concepción de la tradición, dejando totalmente en manos de la persona del intérprete la determinación del sentido del texto a interpretarse; en la determinación, en suma, de lo universal. Si se proyecta esto en el ámbito de la hermenéutica jurídica, la crítica es clara: Gadamer confía totalmente en la interpretación subjetiva de lo jurídico, en detrimento de la objetiva, lo cual conduce a un equivocismo interpretativo excesivo, muy pernicioso para la necesaria seguridad jurídica que debe contemplar y salvaguardarse por parte de todo ordenamiento jurídico³².

En buena medida, Habermas participa también de esta crítica desde su racionalismo crítico, arraigado en la tradición ilustrada germana, tildando a Gadamer de irracionalista y de complaciente conservador de lo establecido; en último término, justificadores de las situaciones reales de dominio³³. Ahora bien, no por ello Habermas (y otros filósofos en una línea análoga, como Apel) deja de participar de los presupuestos filosóficos de la hermenéutica: también entiende el mundo como lenguaje, como un medio de comunicación insoslayable, que constituye el espacio en que se da toda existencia humana en todas sus dimensiones (política, ética, económica, jurídica,); difiere, sin embargo, en su concepción de la tradición como lo universal, en tanto que exigencia emancipatoria del

31 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6ª ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo (Madrid: Trotta, 2010).

32 Emilio Betti, *Teoria generale della interpretazione* (Milano: Giuffrè, 1990).

33 Cfr. la famosa polémica entre ambos filósofos en: Jürgen Habermas, "Zu Gadamer 'Wahrheit und Methode'", en *Hermeneutik und Ideologiekritik* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1971): 45-56.

conocimiento científico y del individuo, la cual responde por completo, como digo, al cientificismo racionalista ilustrado. De esta manera, en este rechazo de la tradición como aspecto esencial de la racionalidad práctica, Habermas está manifestando un cierto solipsismo crítico en el cual el sujeto se halla *distanciado* con respecto al objeto, que persigue, en última instancia, la emancipación de la razón frente a los condicionantes derivados de la tradición, entendida al modo gadameriano. Se postula así una *hermenéutica crítica*, donde el centro sigue siendo el sujeto al modo racionalista kantiano³⁴, y se deja lo jurídico bajos los criterios convencionales que determinan las condiciones derivadas de un procedimiento discursivo entre los individuos.

Este modelo hermenéutico ha tenido su recepción, explícita e implícita, en la iusfilosofía y en la Filosofía política españolas de manera amplia y exitosa; no obstante, a los efectos meramente enunciativos del presente trabajo, destacaré la labor de la profesora Adela Cortina y de su escuela, en la Universidad de Valencia. La catedrática de *Ética* comparte plenamente todos los presupuestos filosóficos del procedimentalismo de Habermas y Apel, y de sus modelos de ética discursiva como fundamentos legitimadores de toda norma jurídica. Igualmente, Cortina afirma la necesidad de los derechos humanos, como criterios éticos y como auténticos derechos subjetivos que deben reconocerse en los ordenamientos jurídicos que se quieran legítimos, de tal modo que su reconocimiento y respeto constituyen los fundamentos básicos de todo diálogo y de todo consenso ético, político y jurídico. Es la actitud dialógica, a luz de tales reconocimiento y respeto a la dignidad de todos los hombres, la que determina, en el fondo, la legitimidad y la validez de todo consenso en estos ámbitos³⁵.

34 Vid. mi trabajo: “La estructura filosófica de los modelos procedimentalistas de justicia: los modelos de *ética discursiva* de Jürgen Habermas y de Karl-Otto Apel”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 40 (2006): 171-182.

35 Entre la abundante producción bibliográfica de la pensadora valenciana, me permito destacar los siguientes trabajos: *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria. Ética y política en Karl-Otto Apel* (Salamanca: Sígueme, 1985), *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica* (Madrid: Tecnos, 1986), *Ética sin moral* (Madrid: Tecnos, 1990), *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la*

El pensamiento de Cortina tiene como seguidores, en el ámbito institucional de la Universidad de Valencia, a autores como Jesús Conill, Agustín Domingo Moratalla y Domingo García Marzá, los cuales han publicado también numerosos trabajos sobre *hermenéutica crítica*; en concreto Jesús Conill ha reflexionado sobre el republicanismo cívico, las implicaciones metafísicas de la post-modernidad y sobre cuestiones de ética hermenéutica, Agustín Domingo Moratalla trabaja sobre cuestiones de hermenéutica en relación con la hermenéutica de Ricoeur y del personalismo de Mounier, del cual es traductor de sus *Obras completas*, y Domingo García Marzá trabaja sobre cuestiones de democracia deliberativa desde la *hermenéutica crítica*.

4.4. LA TEORÍA COMUNICACIONAL DEL DERECHO DE GREGORIO ROBLES COMO IUSFILOSOFÍA HERMENÉUTICO-ANALÍTICA

El catedrático jubilado de la Universidad de las Islas Baleares tiene su concepción hermenéutica de lo jurídico en lo que él mismo ha venido denominando como *Teoría comunicacional del Derecho*, influida, en buena medida, por la iushermenéutica de Arthur Kaufmann y por la concepción del lenguaje de la Filosofía analítica.

Se trata de una hermenéutica jurídica que parte de la consideración empírica de que el Derecho es esencialmente lenguaje y, por tanto, se expresa siempre lingüísticamente. Según el iusfilósofo bilbaíno, la hermenéutica filosófica nos ha enseñado que ontología y lingüisticidad se encuentran totalmente imbricadas, de tal modo que el ser del Derecho, y el lenguaje y la textualidad jurídicos no son disociables arbitrariamente, si se los quiere comprender de forma cabal. Así pues, el Derecho se halla sometido a procesos de transformación y mutabilidad constantes, al igual que todo texto. El Derecho constituye, pues, un medio de

ciudadanía (Madrid: Alianza, 1997), *La Escuela de Frankfurt. Crítica y utopía* (Madrid: Síntesis, 2008) y, finalmente, *Justicia cordial* (Madrid: Trotta, 2010).

comunicación con sus propias dinámicas y reglas, las cuales lo conforman como tal Derecho, y no como otra cosa.

Aquí manifiesta Robles una importante influencia de la Filosofía analítica del lenguaje, al considerar a éste como algo reductible a unas reglas objetivas, formales, que permiten explicar, en el orden jurídico, científicamente el Derecho; cabe, pues, adoptar una posición epistémicamente *crítica*, de cierta distancia, sobre lo jurídico, a partir de tal consideración del lenguaje, en tanto que medio de comunicación con unas reglas propias que se autorregulan a sí mismo (en gran medida como un sistema), según un modelo de lenguaje distanciado de su objeto: la *textualidad* jurídica.

La hermenéutica de Robles se nos presenta así, en sus propias palabras, como una teoría *hermenéutico-analítica*, como una iusfilosofía hermenéutica que considera la lingüisticidad del Derecho analíticamente, es decir, con arreglo a un determinado modelo de racionalidad, que pretende combinar la ontologicidad del Derecho como lenguaje bajo una concepción formalista de éste. De esta manera, esta *Teoría comunicacional del Derecho* pretende comprender lo jurídico agotándolo explicativamente; en expresión del propio Robles, como *análisis del lenguaje de los juristas*: un análisis que aspira a superar la rigidez formalista del iuspositivismo, a partir de ciertos presupuestos hermenéuticos.

Este apretado resumen da cuenta muy superficialmente de la hermenéutica jurídica de Gregorio Robles, expuesta a lo largo de toda su obra desde casi sus inicios, hace más de tres décadas; en todo caso, de su abundante producción en este ámbito (Robles ha escrito también sobre Derecho comunitario europeo, Derecho mercantil, Derecho informático, e incluso un par de novelas de ficción), me atrevería a destacar varios trabajos importantes. En primer lugar, su libro *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de una teoría analítica del Derecho*, en el cual Robles plantea la lingüisticidad del Derecho bajo una perspectiva preponderantemente analítica, poniéndolo en analogía con los juegos, al

considerarlo eminentemente como *regla* bajo un ámbito óntico determinado. En segundo lugar, en su obra *Introducción a la Teoría del Derecho*, el iusfilósofo postula lo que él mismo denomina como *Teoría del Derecho*, como vía superadora de la dicotomía iusnaturalismo-iuspositivismo, a partir del replanteamiento de la cuestión ontológica en torno a lo jurídico, a la luz de su perspectiva hermenéutico-analítica. En tercer lugar, en *El Derecho como texto (cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*, el autor pone el acento en el aspecto más propiamente hermenéutico de su teoría, centrándose en el modo en que se lleva a cabo la comprensión, como fundamento de toda hermenéutica, y destacando su carácter condicionante del conocimiento de toda realidad, incluyendo, desde luego, lo jurídico. Finalmente, destacaría su libro *La justicia en los juegos. Dos ensayos de Teoría comunicacional del Derecho*³⁶, en el cual Robles reflexiona sobre lo justo en el contexto de su filosofía jurídica, ubicando la cuestión de la justicia en el contexto de la teoría de la decisión constituyente.

4.5. LA RECEPCIÓN DE LA IUSHERMENÉUTICA DE PAUL RICOEUR EN LA HERMENÉUTICA JURÍDICA ESPAÑOLA

Paul Ricoeur es uno de los grandes hermeneutas contemporáneos. Dentro de su vasto campo de reflexión y de su abundante producción bibliográfica, el filósofo se ha detenido específicamente en postular una hermenéutica de lo jurídico, a partir de una hermenéutica de la justicia, en sus obras: *Amor y justicia*, *Lo justo* y *Lo justo 2. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada*³⁷.

³⁶ Gregorio Robles Morchón, *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de una teoría analítica del Derecho* (Palma de Mallorca: Universidad, 1984), *Introducción a la Teoría del Derecho* (Madrid: Debate, 1988), *El Derecho como texto (cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)* (Madrid: Civitas, 1998), y *La justicia en los juegos. Dos ensayos de Teoría comunicacional del Derecho* (Madrid: Trotta, 2009).

³⁷ Paul Ricoeur, *Amor y justicia* (Madrid: Caparrós editores, 1993), *Lo justo* (Madrid: Caparrós editores, 1999) y *Lo justo 2. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada* (Madrid: Trotta, 2008).

En ellas sienta Ricoeur su concepción iushermenéutica a partir de una reflexión en torno a la justicia, entendiéndola como *distancia* en relación con el *otro*, mediada por la institución, de tal modo que la justicia pasa a ser la primera virtud de las instituciones sociales, y la institución judicial es el *otro* con respecto a las partes del proceso y, por lo tanto, quien permite reconocer y hacer operar a la justicia como tal virtud principal de las instituciones. Todo esto supone una crítica a la concepción procedimental de la justicia (es célebre la profunda crítica de Ricoeur al procedimentalismo de John Rawls), en favor de la necesidad de una concepción ético-material de la misma, y, además, implica una apelación a la decisión judicial como eje central de lo jurídico y, así, una apelación al momento interpretativo del Derecho por excelencia como *tópos* desde el que realizar lo justo; en suma, lo jurídico. A partir de ahí, Ricoeur reflexiona sobre conceptos jurídicos y iusfilosóficos tan fundamentales como el de subjetividad y capacidad jurídicas, los de imputación, responsabilidad, culpabilidad, sanción, pena, los derechos humanos, etc.; y sobre cuestiones de tan profunda importancia como las relaciones entre la interpretación de las normas y la argumentación jurídica, la trascendencia ética del proceso y de la decisión judicial, temas fundamentales de bio-ética, etc...

En España, la hermenéutica de Ricoeur ha sido recibida, de manera general, en distintos ámbitos, destacando el círculo del profesor Marcelino Agís Villaverde en la Universidad de Santiago de Compostela, donde se le nombró Doctor *Honoris Causa* en 1996. Sin embargo, su iushermenéutica ha tenido un predicamento en España bastante menor en relación con otros aspectos de su pensamiento, tal vez debido, como señala Teresa Picontó, a un cierto *malditismo* que le ha acompañado siempre en la comunidad iusfilosófica española, y que ha provocado que no se le comprendiese como debiera, tildándolo frívolamente de *iusnaturalista* sin más³⁸. A pesar de todo, su iusfilosofía hermenéutica va siendo

³⁸ Teresa Picontó Novales, *Hermenéutica, argumentación y justicia en Paul Ricoeur* (Madrid, Dykinson, 2005), 35-36.

recibida con mayor interés a medida que pasa el tiempo, a partir, sobre todo, de las traducciones de sus obras más inequívocamente jurídicas por parte de los profesores Tomás y Agustín Domingo Moratalla (reseñadas más arriba), cuyos estudios preliminares constituyen interesantes introducciones a la hermenéutica jurídica ricoeuriana. Asimismo, son reseñables los trabajos expositivos y críticos de su iushermenéutica que a continuación detallo: el de la profesora Teresa Picontó Novales, *Hermenéutica, argumentación y justicia en Paul Ricoeur* (citado supra), que constituye una buena síntesis del pensamiento iusfilosófico del autor; el trabajo del profesor Xabier Echeberria Mauleón, *Imaginario y derechos humanos desde Paul Ricoeur*³⁹, sobre su concepción de los derechos humanos; y el capítulo integrado en el libro colectivo sobre Ricoeur –editado por el profesor Gabriel Aranzueque– *Horizontes del relato. Lecturas y conversaciones con Paul Ricoeur*, del profesor Enrique López Castellón, titulado “Sobre lo bueno y lo justo. Rawls en Ricoeur”, donde estudia las relaciones entre estos dos autores⁴⁰.

4.6. LA HERMENÉUTICA JURÍDICA ANALÓGICA EN ESPAÑA

El pensamiento analógico ha sido, históricamente, el pensamiento hermenéutico por excelencia. Su formulación clásica es la aristotélica, dada fundamentalmente en la *Metafísica* y en el *Peri Hermeneia*, proyectándose a lo largo de todo el Medievo (en especial, a través de Santo Tomás de Aquino y de la Teología dominica)⁴¹, durante el Renacimiento (Cayetano), y con menor fuerza e influencia, durante la Modernidad (por ejemplo, los barrocos Gracián y Sor Juana Inés de la Cruz, el francés Pascal y el italiano Vico), hasta el Romanticismo decimonónico, Nietzsche,

39 Xabier Echeberria Mauleón, *Imaginario y derechos humanos desde Paul Ricoeur* (Bilbao: Desclée de Brouwer, 1995).

40 Enrique López Castellón, “Sobre lo bueno y lo justo. Rawls en Ricoeur”, en Gabriel Aranzueque, *Horizontes del relato. Lecturas y conversaciones con Paul Ricoeur* (Madrid: Universidad Autónoma, 1997).

41 Vid. Mauricio Beuchot, *La hermenéutica en la Edad Media* (México DF: Instituto de Investigaciones Filológicas (UNAM), 2012).

Charles Sanders Peirce y llegando al siglo XX (Wittgenstein, Secretan, Octavio Paz). En estos años finales del siglo pasado, el pensamiento analógico retoma vigor a partir de la filosofía hermenéutica, merced, sobre todo, a la obra del mexicano Mauricio Beuchot y a su *hermenéutica analógica* por una parte; y, por otra, merced a la hermenéutica marcadamente metafísica, de inspiración más declaradamente aristotélica, cultivada por el filósofo suizo André de Muralt, con su *método de las estructuras de pensamiento*.

Obviamente, toda esta vasta y profunda tradición filosófica ha tenido desarrollos y aplicaciones en el ámbito jurídico desde el mismo Aristóteles, de tal modo que si consideramos el pensamiento analógico como una hermenéutica en sentido amplio (esto es, no restringido al momento de su afirmación como Filosofía en el siglo XX), podríamos decir, en pocas y concluyentes palabras, que tal hermenéutica es aquella que configuró las bases y el desarrollo del Derecho romano clásico y de toda la inmensa tradición jurídica posterior durante el Medievo y la Modernidad europea. Sin embargo, en la medida en que aquí nos estamos refiriendo a la Filosofía hermenéutica, a partir sobre todo de Gadamer, voy a ceñirme a los iushermeneutas españoles que han bebido y beben de las dos hermenéuticas anteriormente reseñadas: la beuchotiana y la muraltiana.

La hermenéutica jurídica analógica de Mauricio Beuchot constituye una manera de comprender lo jurídico desde la analogía, es decir, desde un entendimiento que pretende mediar entre el univocismo de, por ejemplo, las concepciones iuspositivistas, que reducen lo jurídico a la mera ley o norma en un sistema autorreferencial y cerrado, despreciando los aspectos fácticos y axiológicos del derecho, y entre el equivocismo de concepciones como las antiformalistas y las post-modernas, excesivamente disolventes de lo jurídico, al reducirlo a simple hecho, coyuntura o arbitrio. La *hermenéutica analógica* permite una interpretación proporcional y equilibrada de lo jurídico que conjuga todos sus aspectos, cada una en su orden ontológico propio y según sus diversos grados de conocimiento. Se busca así comprender y explicar lo jurídico

considerando, a la misma vez, todos sus aspectos, tanto el histórico-factual, como el metafísico y el valorativo, en una ontología, en una epistemología y en una axiología jurídicas integradoras y dinámicas, y por ello, también limitadoras, de cara a no incurrir en el puro equivocismo, lo cual, en relación con el Derecho, conduce al libre y puro decisionismo arbitrario, y por lo tanto, a la inseguridad jurídica. Bajo estos postulados, la clásica virtud de la *phrónesis* o prudencia y la consecución de la *epiqueya* o equidad, constituyen las piedras angulares sobre las que descansa toda interpretación jurídica analógica. Así pues, se ha caracterizado esta hermenéutica jurídica, en términos muy generales, como una especie de *ius-naturalismo histórico-analógico*⁴².

Esta Filosofía hermenéutica ha tenido un abundante cultivo y desarrollo en México, su lugar de procedencia a partir de su postulación por Beuchot, en una ponencia titulada “Los márgenes de la interpretación”, que leyó el 30 de septiembre de 1993 en el VII Congreso Nacional de Filosofía celebrado en la ciudad de Cuernavaca (Morelos); y de ahí se ha expandido imparablemente por toda Latinoamérica, llegando también a España. En nuestro país, tiene su centro neurálgico de recepción en el Instituto Superior de Filosofía de Valladolid, siendo desarrollada, en el ámbito iusfilosófico y jurídico, en la Universidad Europea Miguel de Cervantes de Valladolid, por autores como Miguel Ángel Quintana; en la Universidad de Valencia por parte de Francisco Arenas-Dolz (bajo una relación muy directa con la *hermenéutica crítica*, al modo de Adela Cortina y de su escuela, intentando complementar ambos enfoques: el analógico y el crítico); y en el Departamento de Filosofía jurídica de la Facultad de Derecho de la UNED, por autores como Juan Carlos Utrera, José Carlos Muínelo, José Luis Muñoz de Baena y por quien esto escribe, Juan

42 Vid., por ejemplo: Mauricio Beuchot, *Filosofía del Derecho, hermenéutica y analogía* (Bogotá: Universidad de Santo Tomás, 2006), Mauricio Beuchot, *Derechos humanos. Historia y filosofía* (México DF: Fontamara, 2001), Napoleón Conde Gaxiola, Martha Patricia Irigoyen Troconis (Comps.), *La hermenéutica analógica en la interpretación jurídica* (México DF: Editorial Torres Asociados, 2015), María del Carmen Platas Pacheco, *Filosofía del Derecho. Analogía y proporcionalidad* (México DF: Porrúa, 2003); y Jesús Ángel de la Torre Rangel, *Derechos humanos desde el iusnaturalismo histórico-analógico* (México DF: Porrúa-UAA, 2001).

Antonio Gómez. Resultan destacables, por ejemplo, los siguientes trabajos: de Miguel Ángel Quintana, “Sobre la tolerancia (hermenéutica y liberal)”; de Francisco Arenas-Dolz, “*Verum bonum*. La retórica o el arte para hacer creíble la verdad”; de José Carlos Muínelo, “La analogía de lo justo: fundamentos de una hermenéutica de lo jurídico”⁴³; y de mi autoría, *Derecho y analogía. Estudios de hermenéutica jurídica*⁴⁴.

Muy emparentada con la *hermenéutica analógica* de Beuchot, aunque incidiendo más en aspectos metafísicos desde la fenomenología, está la hermenéutica propuesta por André de Muralt, denominada por él mismo como *método de las estructuras del pensamiento*. Se trata de una hermenéutica filosófica que pretende comprender toda doctrina filosófica a partir de una reinterpretación de la filosofía aristotélica en lo que respecta a su articulación lógica (es decir, *analógica*), con el fin de explicar la especificidad propia de cada una de las Filosofías, en el contexto de la unidad estructural que todas ellas constituyen. En el ámbito iushermenéutico, este método ha tenido interesantes desarrollos por parte de Michel Bastit y su escuela, en Francia; en España se ha recibido y se está desarrollando por parte de los arriba citados profesores José Carlos Muínelo, Juan Carlos Utrera, José Luis Muñoz de Baena y Juan Antonio Gómez, de la UNED, y por parte del profesor Rafael Vega en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas (Madrid). Así por ejemplo, estos autores plantean una ontología jurídica hermenéutica, bajo una lógica analógica de inspiración hermenéutica muraltiana, a partir de la comprensión del tridimensionalismo del filósofo brasileño Miguel Reale (cuya *teoría tridimensional del Derecho* ha tenido tanta fortuna en el panorama iusfilosófico español en las últimas décadas, como intento de explicar la complejidad de lo jurídico, por parte del iuspositivismo moderado rampante), distinguiendo sus diversos planos en su orden propio y según el modo discursivo con que se dé cuenta del mismo.

43 Los tres trabajos están contenidos en Joaquín Esteban Ortega (ed.), *Hermenéutica analógica en España* (Valladolid: Universidad Europea Miguel de Cervantes, 2008), 123-146, 109-122 y 101-108, respectivamente.

44 Gómez García, *Derecho y analogía*.

Son de reseñar, a modo de ejemplos, los siguientes trabajos: el libro colectivo *Filosofía del derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*; de José Carlos Muínelo, *La invención del derecho en Aristóteles*; de José Luis Muñoz de Baena, *La abstracción del mundo. Sobre el “mal autoinmune” de la juridicidad moderna*; de Juan Carlos Utrera, el trabajo “Teología nominalista y racionalidad ilustrada. Los presupuestos ockhamianos de la filosofía del derecho kantiana”, y de mi autoría, el trabajo “La estructura filosófica de la postmodernidad político-jurídica. Una hermenéutica estructural de la teoría sistémica de Niklas Luhmann”. De Rafael Vega, destaco, en esta línea, el trabajo “Hermenéutica y ley analógica. La concepción del Derecho en Michel Bastit”⁴⁵.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: OTRAS INFLUENCIAS DIFUSAS EN LA IUSHERMENÉUTICA ESPAÑOLA

Además de las hermenéuticas anteriores, podríamos decir que la Filosofía hermenéutica ha ejercido también una influencia *difusa* en el panorama iusfilosófico general. La afirmación y la amplia proliferación de los modelos teóricos de racionalidad práctica en el Derecho, durante los últimos cincuenta años, se deben, en buena medida, a la irrupción de la filosofía iushermenéutica. Modelos tales como los llamados *tópicos* y *retóricos* en torno al Derecho (cuyos principales valedores son Theodor Viewegh y Chaïm Perelman), con su apelación a la persuasión y a los tópicos como factores que determinan la naturaleza retórica del discurso jurídico, y como elementos fundamentales para comprender la decisión

45 José Luis Muñoz de Baena Simón, José Carlos Muínelo Cobo (Coords.), *Filosofía del derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica* (Madrid: Sínderesis, UNED, 2019), José Carlos Muínelo Cobo, *La invención del derecho en Aristóteles* (Madrid: Dykinson, 2011), José Luis Muñoz de Baena Simón, *La abstracción del mundo. Sobre el “mal autoinmune” de la juridicidad moderna* (Madrid: CEPC, 2018), Juan Carlos Utrera García, “Teología nominalista y racionalidad ilustrada. Los presupuestos ockhamianos de la filosofía del Derecho kantiana”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 42 (2008): 199-214, Juan Antonio Gómez García, “La estructura filosófica de la postmodernidad político-jurídica. Una hermenéutica estructural de la teoría sistémica de Niklas Luhmann”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 43 (2009): 195-215, y Rafael Vega Pasquín, “Hermenéutica y ley analógica. La concepción del Derecho en Michel Bastit”, *Ícade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 82 (2011): 301-325.

judicial (interesantes al respecto son las aportaciones, en nuestro país, de Francisco Puy Muñoz, de Luis Figa Faura y de Juan Antonio García Amado); así como las llamadas *teorías de la argumentación jurídica*, defendidas por Robert Alexy y Ronald Dworkin –y uno de cuyos principales divulgadores y adalides en España es Manuel Atienza y su escuela–, con su focalización de lo jurídico también en la decisión jurídica, en virtud de su concepción como procedimiento racional de argumentación, que desborda la simple remisión lógico-subsuntiva, mecánica, a la ley, en favor de un consenso argumentativo basado en una pragmática consensualista (integradora, de suyo, de principios no sólo jurídicos, sino también éticos y políticos, aunque sin querer postular un *retorno al Derecho natural*), en torno a la decisión mejor fundada (y que incorpora un acusada dimensión creativa de lo jurídico en la actividad jurisdiccional); o bien, la recepción del llamado *neoconstitucionalismo* (tendencia diversa y variopinta como pocas, que tiene a su representante más señero en el iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli) en nuestra iusfilosofía (Luis Prieto Sanchís y Juan José Moreso, por ejemplo) y, en general, en nuestra teoría constitucionalista, con su apelación a la rematerialización de la constitución por la vía de sus principios, y su vindicación del juicio de ponderación como base de la hermenéutica constitucional, constituyen tendencias teóricas y iusfilosóficas que se nutren, en mayor o menor medida, de las concepciones hermenéuticas en torno a lo jurídico.

Asimismo, determinados conceptos y aspectos filosóficos de ciertos filósofos hermeneutas españoles han tenido una relevante recepción en ciertas iusfilosofías específicas de nuestro país. Así, por ejemplo, el concepto de *naturaleza humana* de Panikkar ha encontrado una importante proyección en el ámbito de la Filosofía de los derechos humanos, de cuño iusnaturalista, como criterio de fundamentación de los mismos. En este sentido, resultan destacables los desarrollos iusfilosóficos de Javier Hervada y de su escuela en la Universidad de Navarra.

Finalmente, resulta significativa la casi nula acogida de las hermenéuticas post-modernas en el seno de la hermenéutica jurídica española,

debido a la propia idiosincrasia de la cultura jurídica española, enraizada en la tradición de los sistemas cerrados continentales, la cual no predispone, de entrada, a un desarrollo de la hermenéutica jurídica bajo estos planteamientos. Obviamente, por ello no ha cuajado en España una línea hermenéutica abiertamente post-moderna, más directamente heideggeriana, al modo en que han desarrollado, por ejemplo, iusfilósofos y juristas anglosajones como Anthony Carty en Inglaterra, y Cornell Drucilla y Douzinas Costas en los Estados Unidos de América.

Este cuadro, expuesto a lo largo de estas breves páginas, podría ser ampliado si se atiende a aspectos más concretos de determinadas iusfilosofías, tanto iusnaturalistas como iuspositivistas, muchas de cuyas tesis concretas se han servido de desarrollos propuestos por la iushermenéutica filosófica. En todo caso, el panorama descrito aquí es muy general y corre serio riesgo de haber incurrido en omisiones y en simplificaciones excesivas; tan solo pretende dar cuenta inicial y modestamente de todas aquellas escuelas, tendencias y autores auto-considerados, o susceptibles de ser considerados, como *iushermenéuticos* en nuestro país.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Betti, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990.
- Beuchot, Mauricio. *Derechos humanos. Historia y filosofía*. México DF: Fontamara, 2001.
- . *Filosofía del Derecho, hermenéutica y analogía*. Bogotá: Universidad de Santo Tomás, 2006.
- . *La hermenéutica en la Edad Media*. México DF: Instituto de Investigaciones Filológicas (UNAM), 2012.

- Beuchot, Mauricio, Napoleón Conde Gaxiola, Martha Patricia Irigoyen Troconis (Comps.). *La hermenéutica analógica en la interpretación jurídica*. México DF: Editorial Torres Asociados, 2015.
- Cortina, Adela. *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria. Ética y política en Karl-Otto Apel*. Salamanca: Sígueme, 1985.
- . *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*. Madrid: Tecnos, 1986.
- . *Ética sin moral*. Madrid: Tecnos, 1990.
- . *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza, 1997.
- . *La Escuela de Francfort. Crítica y utopía*. Madrid: Síntesis, 2008.
- . *Justicia cordial*. Madrid: Trotta, 2010.
- De la Torre Rangel, Jesús Ángel. *Derechos humanos desde el iusnaturalismo histórico-analógico*. México DF: Porrúa-UAA, 2001.
- Echeberria Mauleón, Xabier. *Imaginario y derechos humanos desde Paul Ricoeur*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1995.
- Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Traducido por A. Agud y R. de Agapito. Salamanca: Sígueme, 1977.
- García Amado, Juan Antonio. “Derecho y racionalidad. La Teoría del Derecho de Josef Esser”. En *Liber Amicorum. Colección de Estudios jurídicos en Homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Moreno*. Oviedo: Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1988.
- . “Filosofía hermenéutica y Derecho”. *Azafea. Revista de Filosofía* 5 (2003): 191-211.
- Gil Cremades, Juan José. “Derecho e ideología”. *Revista de Estudios Políticos* 157 (1968): 87-120.
- Gómez García, Juan Antonio. “La estructura filosófica de los modelos procedimentalistas de justicia: los modelos de *ética discursiva* de Jürgen Habermas y de Karl-Otto Apel”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 40 (2006): 171-182.

- . “La estructura filosófica de la postmodernidad político-jurídica. Una hermenéutica estructural de la teoría sistémica de Niklas Luhmann”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 43 (2009): 195-215.
- . *Derecho y analogía. Estudios de hermenéutica jurídica*. Madrid: UNED, 2017.
- Grande Yáñez, Miguel. *Filosofía del Derecho hermenéutica*. Madrid: Tecnos, 2018.
- Habermas, Jürgen. “Zu Gadamer 'Wahrheit und Methode'”. En *Hermeneutik und Ideologiekritik*, 45-56. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1971.
- Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6ª ed. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2010.
- Kaufmann, Arthur. “Sentido actual de la filosofía del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 13 (1972): 7-36.
- . *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*. München: Carl Heymanns, 1984.
- . *Analogía y “naturaleza de la cosa”. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Traducido por E. Barros. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- . *La Filosofía del Derecho en la postmodernidad*. Traducción y prólogo de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1992.
- . *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Editado por Gregorio Robles, Madrid: Debate, 1992.
- . “Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho”. *Persona y Derecho* 29 (1993): 11-32
- . “Concepción hermenéutica del método jurídico”. *Persona y Derecho* 35 (1996): 11-38.
- . *Derecho, Moral e Historicidad*. Traducido por Emilio Eiranova Encinas. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- . *Filosofía del Derecho*. Traducido por Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

- . *Hermenéutica y Derecho*. Editado por Andrés Ollero y José Antonio Santos. Granada: Comares, 2007.
- Lledó, Emilio. *Filosofía y lenguaje*. Barcelona: Crítica, 1970.
- López Castellón, Enrique. “Sobre lo bueno y lo justo. Rawls en Ricoeur”. En Gabriel Aranzueque, *Horizontes del relato. Lecturas y conversaciones con Paul Ricoeur*. Madrid: Universidad Autónoma, 1997.
- López, Ángeles. “Filosofía y Filosofía del Derecho en Arthur Kaufmann”. *Persona y Derecho* 47 (2002): 187-216.
- Muñelo Cobo, José Carlos. *La invención del derecho en Aristóteles*. Madrid: Dykinson, 2011.
- Muñoz de Baena Simón, José Luis. *La abstracción del mundo. Sobre el “mal autoimmune” de la juridicidad moderna*. Madrid: CEPC, 2018.
- Muñoz de Baena Simón, José Luis, José Carlos Muñelo Cobo (Coords.), *Filosofía del derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*. Madrid: Sínderesis, UNED, 2019.
- Navarro, María G. *Interpretar y argumentar: la hermenéutica gadameiriana a la luz de las teorías de la argumentación*. Madrid: CSIC, Plaza y Valdés, 2009.
- Ollero Tassara, Andrés. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*. Madrid: EDERSA, 1982.
- . *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*. Madrid: Congreso de los Diputados, 1996, 2ª ed. de 2006.
- Ortega, Joaquín Esteban (ed.), *Hermenéutica analógica en España*. Valladolid: Universidad Europea Miguel de Cervantes, 2008.
- Ortiz-Osés, Andrés. *Mundo, hombre y lenguaje*. Salamanca: Sígueme, 1976.
- . *La nueva filosofía hermenéutica. Hacia una razón axiológica postmoderna*. Barcelona: Anthropos, 1986.
- . “La recepción de la hermenéutica en España”. *Isegoría* 5 (1992): 154-160.
- Panikkar, Raimon. *El concepto de naturaleza: análisis histórico y metafísico de un concepto*. Madrid: Instituto Luis Vives de Filosofía, 1951.

- Picontó Novales, Teresa. “Teoría general de la interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer”. *Anuario de Filosofía del Derecho* IX (1992): 223-248.
- . *Hermenéutica, argumentación y justicia en Paul Ricoeur*. Madrid, Dykinson, 2005.
- Platas Pacheco, María del Carmen. *Filosofía del Derecho. Analogía y proporcionalidad*. México DF: Porrúa, 2003.
- Recaséns Siches, Luis. *Vida humana, sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho*. México DF: Porrúa, 1940.
- . *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 3ª ed. México DF: Porrúa, 1980.
- Ricoeur, Paul. *Amor y justicia*. Madrid: Caparrós editores, 1993.
- . *Lo justo*. Madrid: Caparrós editores, 1999.
- . *Lo justo 2. Estudios, lecturas y ejercicios de ética aplicada*. Madrid: Trotta, 2008.
- Robles Morchón, Gregorio. *Las reglas del Derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de una teoría analítica del Derecho*. Palma de Mallorca: Universidad, 1984.
- . *Introducción a la Teoría del Derecho*. Madrid: Debate, 1988.
- . *El Derecho como texto (cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*. Madrid: Civitas, 1998.
- . “La Filosofía del Derecho de Arthur Kaufmann”. *Persona y Derecho* 47 (2002): 151-185.
- . *La justicia en los juegos. Dos ensayos de Teoría comunicacional del Derecho*. Madrid: Trotta, 2009.
- Rodríguez Puerto, Manuel Jesús. *Interpretación, Derecho, ideología. La aportación de la hermenéutica jurídica*. Granada: Comares, 2011.
- Saavedra, Modesto. *Interpretación del Derecho e ideología*. Granada: Universidad, 1978.
- Santos, José Antonio. *Arthur Kaufmann en la encrucijada de la filosofía jurídica alemana de la posguerra*. Granada: Comares, 2008.

- Schöckel, Luis Alonso. *Hermenéutica de la palabra*. Madrid: Ediciones Cristiandad, 1987.
- Serna, Pedro. *De la argumentación jurídica a la hermenéutica. Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*. Granada: Comares, 2005.
- Utrera García, Juan Carlos. “Teología nominalista y racionalidad ilustrada. Los presupuestos ockhamianos de la filosofía del Derecho kantiana”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 42 (2008): 199-214.
- Vega Pasquín, Rafael. “Hermenéutica y ley analógica. La concepción del Derecho en Michel Bastit”. *Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* 82 (2011): 301-325.
- Villey, Michel. *Compendio de Filosofía del Derecho*. 2 vols. Pamplona: EUNSA, 1979 y 1981.

Juan Antonio Gómez García
Departamento de Filosofía Jurídica
Universidad Nacional de Educación a Distancia
Calle del Obispo Trejo, 2
28040 Madrid (España)
jagomez@der.uned.es
<https://orcid.org/0000-0001-8342-4674>



**LA HERMENÉUTICA JURÍDICA DESDE LA
PERSPECTIVA FILOSÓFICA**

***LEGAL HERMENEUTICS FROM A PHILOSOPHICAL
PERSPECTIVE***

MANUEL LÁZARO PULIDO

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Universidad Bernardo O'Higgins

Recibido: 09/03/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

En este artículo partimos de la hermenéutica no tanto como método filosófico determinado, como la herramienta inherente a todo acto humano, especialmente en el de la toma de decisión. El derecho supone una toma de decisión tanto en el ejercicio legislativo como en la práctica judicial. Pero la interpretación humana siempre genera un estado de incertidumbre, al dar la impresión de que se trata de un acto privado de objetividad, más propio de la ciencia, lo que ha llevado a buscar un paradigma en derecho que sea científico y que se ha identificado muchas veces con el positivismo (empirismo) lógico. La perspectiva filosófica que proponemos es la del análisis de la propia naturaleza inherente del acto interpretativo, toda vez que ni el dato, ni el sujeto, ni la ciencia se pueden reducir a meros datos y hechos, sin tener en cuenta no solo el contexto de justificación, sino el de descubrimiento y la perspectiva sociológica. A ello sumamos las nuevas perspectivas de la neurociencia y la psicología cognitiva basada en la inferencia bayesiana que muestra, a su vez, cómo la percepción sensorial es leída por el cerebro desde un contexto cultural e histórico propio capaz de realizar un

pensamiento proyectivo. Esto supone que el razonamiento analítico y la lógica deductiva y empírica no son suficientes a la hora de analizar unos datos que nunca son leídos de forma neutra (en bruto). En conclusión, la mejor forma de evitar la incertidumbre no consiste en cerrar los ojos a la evidencia de la interpretación, sino afrontarla con herramientas como la hermenéutica.

Palabras clave: Hermenéutica, Derecho, dato, acción, interpretación, inferencia bayesiana.

ABSTRACT

In this article we start from hermeneutics, not so much as a specific philosophical method, but as the inherent tool of every human act, especially in decision-making. Law implies decision-making both in the legislative exercise and in judicial practice. But human interpretation always generates a state of uncertainty, by giving the impression that it is a private act of objectivity, more typical of science, which has led to the search for a paradigm in law that is scientific and has often been identified with logical positivism (empiricism). The philosophical perspective that we propose is that of the analysis of the very inherent nature of the interpretative act, since neither data, nor the subject, nor science can be reduced to mere data and facts, without taking into account not only the context of justification, but also that of discovery and the sociological perspective. To this we add the new perspectives of neuroscience and cognitive psychology based on Bayesian inference that shows, in turn, how sensory perception is read by the brain from a cultural and historical context of its own that is capable of projective thinking. This implies that analytical reasoning and deductive and empirical logic are not sufficient when analyzing data that are never read in a neutral (raw) way. In conclusion, the best way to avoid uncertainty is not to close our eyes to the evidence of interpretation, but to face it with tools such as hermeneutics.

Keywords: Hermeneutics, Law, done, agency, interpretation, Bayesian inference.

Sumario: 1. Introducción. 2. Dos modelos de metodología legal: empirismo-lógico y hermenéutica: 2.1. El positivismo jurídico y la pretendida neutralidad del hecho y del observador; 2.2. La legitimidad de la lectura interpretativa de

los hechos. 3. Más allá del dato percibido. Razonamiento cognitivo y hermenéutica. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de hermenéutica jurídica nos encontramos un marco general que responde a la propia ciencia o disciplina de la hermenéutica, y a su diferencia específica, el hecho de aplicarse y/o formar parte de la ciencia jurídica o de los actos jurídicos. De esta forma, la hermenéutica jurídica hace referencia a la interpretación del objeto central del acto jurídico: la ley, tanto en su formación y elaboración como en su actuación. La hermenéutica se presenta como uno de los elementos centrales de la epistemología jurídica, de una aproximación al conocimiento más cercano a la verdad, incluso una aproximación al conocimiento “científico” (*episteme*) de las condiciones de la verdad jurídica, y eso interesa a la filosofía jurídica en cuanto reflexión epistemológica sobre la ciencia del derecho¹. La hermenéutica implica, pues, una reflexión no solo sobre la cuestión gnoseológica –qué tenemos que conocer–, sino sobre la constitución propia del conocimiento, es decir sobre la cuestión metodológica. La pregunta sobre el objeto y el método del conocimiento afecta, a su vez, a la propia axiología epistemológica: a la validez del conocimiento adquirido o producido². Pensar la hermenéutica jurídica supone, pues, reflexionar, desde el punto de vista del conocimiento, sobre el estatuto epistemológico de la ciencia de derecho. Pero la hermenéutica jurídica no solo implica una reflexión epistemológica sobre la ciencia jurídica, sino que posee una vertiente práctica, ya que cumple una función pragmática, toda vez que aparece de forma espontánea en la práctica

1 “Contrairement à la dogmatique juridique, à la philosophie ou à la théorie du droit, l’objet de l’épistémologie juridique n’est pas “le droit” (quelle que soit la définition que l’on retienne de ce concept). Son objet est la connaissance sur le droit, ou, dans une acception plus stricte, la science du droit”. Albane Geslin, “L’importance de l’épistémologie pour la recherche en droit”, en *La recherche juridique vue par ses propres acteurs* [en línea], dir. Bertrand Sergues (Toulouse: Presses de l’Université Toulouse, 2016 (consultado el 15 de diciembre de 2018), <http://books.openedition.org/putc/956>, doi: 10.4000/books.putc.956.

2 Jean-Louis Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes* (Paris: PUF, 2007), 6.

diaria llevada a cabo por los juristas, tanto por quienes la ejercen en su oficio como por quienes la estudian. En este sentido, entendemos “derecho”, siguiendo a Jerzy Wroblewski, como “el conjunto de prescripciones que satisfacen las condiciones especificadas por una teoría jurídica particular, en este caso refiriéndose a los sistemas de derecho escrito”³. Atendiendo tanto a las leyes y prescripciones promulgadas por el legislador como a las consecuencias que implican dichas formulaciones. Esta distinción nos ayuda a entender “la distinción entre el lenguaje jurídico como producción de actos normativos y el lenguaje de la aplicación de la ley”⁴.

En este sentido, la filosofía proporciona –o mejor, ha proporcionado– una oportunidad, a la vinculación entre ser y decir, señalando la escisión arbitraria entre dos ámbitos que siempre se dan trabados y que la hermenéutica trata de refutar rescatando la vinculación entre lo ontológico y lo epistemológico, esto supone que:

“lo que se dice remite a una realidad y que toda realidad, a la vez, sólo puede ser determinada, comprendida cuando es *dicha*, sin que la realidad pueda ser sustituida por una de las formas de decirla (como hace, por ejemplo, el positivismo normativo al equiparar el ser del derecho a la norma, que no es sino uno de los modos de decirlo) y sin que, a la inversa, las formas de hablar sobre la realidad puedan ser sustituidas por una supuesta realidad separada de todo lenguaje (como pretenden las corrientes emotivistas o no cognoscitivistas del derecho al afirmar que no cabe un conocimiento de este con arreglo a ningún sentido y, por tanto, que no puede ser dicho de ninguna manera, sino reducido a una suerte de sentimiento interno de justicia)”⁵.

La hermenéutica jurídica estudia, así, la interpretación y el significado del derecho escrito. Entender de una u otra forma la hermenéutica

3 Jerzy Wroblewski, “Les langages juridiques : une typologie”, *Droit et société* 8 (1988): 13.

4 Wroblewski, “Les langages juridiques”, 14.

5 José Luis Muñoz de Baena, José Carlos Muñelo (coords.), *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica* (Madrid: UNED, Síndéresis, 2019), 177.

implica formas de aproximación interpretativas, balanceadas hacia el sujeto o hacia el contexto del objeto interpretado. En todo caso haríamos mal en entender de forma homogénea la hermenéutica.

Un recordatorio somero por la hermenéutica filosófica en el siglo veinte nos lleva al polo subjetivo de la hermenéutica tanto en Heidegger, *Ser y tiempo (Sein und Zeit)*⁶, 1927, como en Hans-Georg Gadamer, *Verdad y Método (Wahrheit und Methode)*, 1960⁷. La concepción subjetivista tiende a enfatizar la parte del sujeto en la interpretación frente a su uso instrumental-metodológico que había sido subrayado por la teología (*Schleiermacher*⁸), que, a su vez, se proponía como una reacción ante la metodología del positivismo científico. Este marco general de lectura sobre la interpretación como método y el papel del sujeto en el mismo, también se ha reflejado en diversas tendencias de las que destaca el decisionismo, que subraya el carácter decisional de la interpretación, y que tiene como uno de sus representantes a Carl Schmitt⁹. No menos conocido es el normativismo –origen en parte de la reacción de Schmitt¹⁰–, para quien la norma aparece como el criterio último de interpretación del derecho de modo que su aplicación presupone un acto elícito de voluntad, como señalara la célebre obra de Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*¹¹.

Así, la hermenéutica tiene un importante caudal especulativo, analítico, y doctrinal, tanto en las ciencias humanas, como en las ciencias

6 Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, ed. por Friedrich-Wilhelm von Herrmann (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1977) [*Heidegger-Gesamtausgabe*, Bd. 2, Abt. 1, *Veröffentlichte Schriften 1914–1970*].

7 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975).

8 La colección *Hermeneutik und Kritik* aparece originalmente en Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher, *Sämtliche Werke* (Berlín: Reiner, 1835-1864). Reedición en *Hermeneutik und Kritik* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1977).

9 Carl Schmitt, *Politische Theologie Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1922). Cf. Gabriel L. Negretto, “¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 40 (1995): 49-74; José Peña (coord.), *Carl Schmitt y el decisionismo jurídico* (Madrid: Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2015).

10 Emmanuel Pasquier, *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international* (Paris: Editions Classiques Garnier, 2012), 55-95 (“Le « Kelsen » de Schmitt. Construction par Carl Schmitt de l’opposition entre décisionnisme et normativisme”).

11 Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, ed. por Matthias Jestaedt, sobre la primera edición de 1934 (Tübingen: Mohr Siebeck, 2008).

sociales y de forma especial en la filosofía. Pero lo que hace importante a la hermenéutica es su realidad práctica. Es decir, el campo jurídico nos lleva día a día a tomar decisiones hermenéuticas. Decisiones que abarcan tanto el ámbito legislativo como el judicial afectando a todos sus protagonistas: justiciables, letrados, magistrados, jurados... Y esta actividad está tan enraizada e interiorizada que se ha vuelto mecánica. Ahora bien, este mecanicismo implícito, cuasi natural, inflacionado no pocas veces por el positivismo y el mecanicismo del poder (Hart¹²), no reduce la dificultad del proceso interpretativo donde intervienen factores relacionales y diacrónicos. Hugues Rabault, analizando la dificultad de la interpretación de la ley, ha señalado los límites de dicho proceso. Por una parte, la cotidianeidad de la interpretación no anula el papel del sujeto. Por otra parte, la incertidumbre del proceso interpretativo invita, especialmente en derecho, a minimizarlo en la medida de lo posible, por ejemplo, mediante la aplicación lo más rigurosa posible de las escalas legales, por ejemplo, en derecho penal. A veces, señala Rabault, la interpretación es nula, es el caso de ciertas sentencias dentro del derecho administrativo:

“Así pues, puede decirse que, en general, la aplicación de las normas jurídicas no está sujeta a ninguna incertidumbre, ya que los intérpretes están sujetos a una red de limitaciones técnicas y jerárquicas (jerarquía de jurisdicciones, por ejemplo). Se trata de una experiencia comúnmente referida por los jueces, la de situaciones en las que el intérprete formula una solución técnicamente inevitable, a pesar de su sentimiento subjetivo de ir en contra de la equidad (situaciones resumidas por el adagio, *summum jus, summa injuria* [el más alto derecho, la mayor injusticia])”¹³.

12 Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, ed de Postscript por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, intr. y not. por Leslie Green, 3ª ed (Oxford: Oxford University Press, 2012). Un estudio al respecto en Massimo La Torre, “Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart”, *Revus* 21 (2013): 117-139.

13 Traducción mía: “On peut ainsi dire que, généralement, l’application des normes juridiques ne comporte aucun aléa, les interprètes étant enserrés dans un réseau de contraintes techniques et hiérarchiques (hiérarchie des juridictions, par exemple). C’est une expérience couramment évoquée par les juges que celle de situations où l’interprète formule une solution techniquement inévitable, malgré le sentiment subjectif qui est le sien d’aller à l’encontre de l’équité (situations résumées par l’adage, *summum jus, summa injuria* [le plus haut droit, la plus grande injustice])”. Hugues Rabault, “Le problème

Pero, el peligro intrínseco e inherente a la interpretación no implica que se pueda anular en todos los casos, incluso sería discutible que se debiera anular en aquellos lugares interpretativos donde los hombres “de carne y hueso” se sienten concernidos (si la interpretación resulta un terreno resbaladizo por su componente humano –inseguro y personal–, el procedimentalismo mecanicista resulta un terreno resbaladizo en lo humano –seguro e impersonal–). Si bien la especificidad de la hermenéutica jurídica corresponde a su naturaleza pragmática y funcional; sin embargo, dicha especificidad no puede anular su punto común, es decir, la necesidad de mantener el equilibrio entre los polos epistemológicos y ontológicos.

Es cierto que el derecho moderno se concibe como un sistema técnico de procedimientos que rigen los detalles de la vida social. En este sentido, en su desarrollo cotidiano nacido del imaginario de la novedad de la modernidad, está muy lejos la ambición original de constituir una regla de justicia (tradicción iusnaturalista de Tomás de Aquino¹⁴), al menos si la consideramos esta como un espacio totalmente especulativo. Efectivamente, la hermenéutica legal toma distancia –sin olvidar– de la teoría de la interpretación aristotélica aparecida en *Peri hermeneias*¹⁵ desarrollándose a partir de la interpretación de la filosofía grecorromana y la recepción medieval del derecho romano. La filosofía medieval suma, por una parte, la custodia, interpretación y transmisión de los grandes textos del derecho romano que era una tradición jurídica de *ius scriptum* de códigos y codificaciones, con la especulación sobre la finalidad del derecho en la comunidad¹⁶. Se crea así el propósito fundante del derecho

de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique”, *Le Portique. Revue de philosophie et de sciences humaines* 15 (2005) § 4. Consultado el 3 de marzo de 2019, URL: <http://journals.openedition.org/leportique/587>.

14 Michel Bastit, “La justice générale selon saint Thomas : une politique de la félicité”, *Revue thomiste* 114 (2014): 129-142.

15 Cf. Jean Isaac, *Le Peri hermeneias en occident de Boèce à Saint Thomas. Histoire littéraire d'un Traité d'Aristote* (Prais: Vrin, 1953).

16 Peter Goodrich, “Legal hermeneutics”, en *Routledge Encyclopedia of Philosophy Online*, ed. Edward Craig, Tim Crane (Londres, Nueva York: Routledge 1998), consultado el 25 de febrero de 2019, doi: 10.4324/9780415249126-To16-1.

occidental que nace de la aplicación intelectual y conceptual del pensamiento sobre la ley en general del pensamiento griego a partir del pragmatismo y del sentido de aplicabilidad del derecho romano. Y ello no merma en absoluto el universo meramente conceptual-especulativo, sino que viene referenciado –en Tomás de Aquino y en la posterior escolástica– a una teorización que tiene como fin resolver los problemas que causan litigio en su época. De esta forma, se da lugar en el medievo –origen genuino del pensamiento occidental moderno– a una disciplina ejemplar de la hermenéutica. Hermenéutica que tiene como fin la conservación, comparación, traducción y aplicación de los textos disponibles de la tradición jurídica a su contexto dado, estableciéndose como una auténtica disciplina textual especulativa y con vocación práctica, sin reducirse a ser una disciplina relacionada con la retórica forense, el estudio de la argumentación oral y la persuasión en los tribunales.

La reflexión teológica del derecho operada en el medievo y reflejada en el pensamiento de Tomás de Aquino, pero no solo en él, en una especie de teología del derecho, está en consonancia, con el derecho de su tiempo. Seguirá, pues, el modelo clásico del derecho romano en el que, sin rupturas con el pasado, y en el más acendrado respeto a la tradición, los jurisconsultos estaban convencidos de que el Derecho, como decía Cicerón, se forma por el devenir de los siglos y se consolida por el uso y la antigüedad (*saeculis et aetatibus, usu ac vetustate*¹⁷). No obstante, este convencimiento rechaza todo inmovilismo y se adaptan a los nuevos tiempos y circunstancias. Este acervo romano, recuperado por el descubrimiento del *Digesto* o *Pandectas* en Bolonia en el siglo XII supone un impulso especulativo que supera los particularismos locales y la anarquía legislativa desde un principio hermenéutico adaptativo de modo que se une tradición legislativa e interpretativa a necesidades particulares, como se ve en las codificaciones como el *Código de las Siete Partidas* de Alfonso X

17 Marco Tulio Cicerón, *De Re Publica*, 2, 1-2 (Cambridge: Harvard University Press, 1961), 111-112.

el Sabio (1263-1265), que inspirado en el *Corpus Iuris* y en los glosadores y canonistas, armoniza con el Derecho castellano¹⁸.

Podríamos decir que la tradición hermenéutico-interpretativa depende de diversos *topos* antropológicos, lógicos y metafísicos –objetivo-subjetivo; contextual-metodológico; epistemológico-ontológico–, en los que subyace su función de aplicación. Dependerá también de los diversos lenguajes del discurso según se formulen o se hable de las leyes que afectarán a la semántica y la pragmática del lenguaje, sea un lenguaje jurídico jurisprudencial, relativo a las decisiones en el campo aplicativo de la ley, sea el lenguaje jurídico científico como específico del discurso de la ciencia jurídica, sea el lenguaje jurídico común. Lenguajes que expresan las diferentes posiciones hermenéuticas, pues no es lo mismo buscar la justicia como regla y medida de la aplicación jurídica, que realizar una interpretación nacida de un sujeto carismático o de una decisión apoyada en la tecnificación anónima y fría.

La hermenéutica está ahí, porque la interpretación aparece inevitable en muchas ocasiones con relación a la vida, y con relación a la ley (no solo desde la acción del acto jurídico sino también en su función legislativa). En este sentido existe una correlación que ha de ser pensada entre lo correcto (el carácter procedimental como método epistemológico) y lo bueno (el carácter ontológico). En este sentido, cabe recordar la tercera acepción del Diccionario de la Lengua Española en la que define la ley en su significado jurídico como: “*Precepto dictado por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados*”. Más allá de otras consideraciones podemos destacar que se afirma que su contenido debe estar “*en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados*”, de modo que ni siquiera el aspecto procedimental escapa al ámbito ontológico

18 Manuel J. Garrido, “Capítulo 1. Los orígenes y la Historia del Derecho”, en Manuel J. Garrido et al., *Nociones Jurídicas Básicas. Versión actualizada* (Madrid: Editorial Universitas, 2012), 29.

fundamental en su carácter de búsqueda de la justicia y la bondad, o mejor, la corrección está subsumida a dicho fin.

Es cierto que para evitar la posibilidad que podría dar lugar a una interpretación de la arbitrariedad en un contexto de lo correcto frente a la bueno, el sistema legal de las sociedades desarrolladas implica la producción mecánica y diaria de miles de soluciones jurisdiccionales, administrativas y de otro tipo, con el fin de reducir al mínimo la posibilidad de la arbitrariedad que pueda nacer del sujeto. Pero el sistema de contrapeso a la arbitrariedad que pueda nacer del acto interpretativo no se anula solo con actos y procedimientos externos, toda vez que cualquier acto sobre un hecho jurídico mantiene de forma intrínseca al propio acto una interpretación, la resolución por parte de un sujeto (o sujetos) en forma decisional de un problema que ha de ser resuelto, porque eso es inherente al acto jurídico, tanto a la hora de legislar como a la hora de juzgar. No cabe una consideración meramente procedimental o una reflexión ajustada al dato puro como si este pudiera escapar a la interpretación, se hace necesario afrontar dicha lectura interpretativa de la ley realizada por los actores del derecho con el fin de, desde ahí, acotar las limitaciones. Se hace, pues, necesario recabar en la especificidad de la hermenéutica jurídica como ámbito de decisión inevitable, más allá de la consideración de la objetividad irreal de todo hecho en sí, como ha considerado el positivismo lógico y su lectura jurídica.

2. DOS MODELOS DE METODOLOGÍA LEGAL: EMPIRISMO-LÓGICO Y HERMENÉUTICA

2.1. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA PRETENDIDA NEUTRALIDAD DEL HECHO Y DEL OBSERVADOR

Arthur Kaufmann señala cómo es necesario superar los dualismos entre Derecho natural y positivismo jurídico y la separación entre ser y deber ser, resultante de un antagonismo abstracto que no se da en la

realidad jurídica. Según el profesor alemán, hay que abandonar la tesis de que el derecho sea idéntico a las normas legales. Propone una comprensión del derecho desde el punto de vista hermenéutico. De esta forma, la hermenéutica jurídica es una herramienta útil a la hora de eliminar la ilusión de que la aplicación del derecho consiste en una subsunción exacta del caso en la ley. Kaufmann sitúa la hermenéutica como una solución a la dialéctica establecida entre dos tipos de racionalidades: el derecho natural y el positivismo jurídico, dos discursos de tenor lógico que olvidan la comprensión que precisa todo texto lingüístico (incluido la ley surgida en el derecho), y que supone, a su vez, una precomprensión, sin la cual el juez nunca podría poner en correspondencia la ley y el caso:

“No hay duda de que el apartamiento del iusnaturalismo y del positivismo jurídico y el acercamiento a la hermenéutica jurídica no significa facilitamiento alguno ni para el legislador ni para el juez. Por el contrario, se hace más difícil establecer o decir derecho, aunque también se hace más humano. El derecho natural racionalista y el positivismo jurídico habían convertido a los juristas, y más aún al juez, en funcionarios. La hermenéutica jurídica quiere devolverles personalidad”¹⁹.

En su reflexión Kaufmann opera una equiparación racionalista del iusnaturalismo y el positivismo jurídico que olvida tanto los matices del iusnaturalismo como del positivismo y los diferentes esquemas metafísicos y soluciones ontológicas y lógicas subyacentes al mismo. Reducción que se muestra más “sangrante” en las diferentes soluciones dadas por el primero (el iusnaturalismo). Efectivamente, no se puede hablar de una sola teoría iusnaturalista, pues esta proporcionará soluciones diversas y matices diferenciados en materia política y jurídica se atienda o no a una metafísica de lo sobrenatural o de lo natural y, a su vez, en lo sobrenatural se tenga en cuenta una metafísica de la existencia o de la esencia, cuyas derivaciones en filosofía del derecho se sustentan en las potencialidades concernidas –entendimiento y la voluntad–, que afectan a la

19 Arthur Kaufmann, “Entre el iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 50 (2016): 142.

propia comprensión de la entrada del contexto humano de decisión. No podemos entrar en estos importantes matices, pero es necesario indicarlo, porque, a nuestro juicio, la hermenéutica toma su amplitud metafísico-ontológica sobre la base del derecho natural concernido a los hombres, de modo que se presenta como el espacio de comprensión del sujeto humano pensado y recreado por la escuela iusnaturalista (especialmente útil en la versión de la voluntad común presente en la escuela franciscana). De este modo, puede la hermenéutica propuesta por Kaufmann escapar del subjetivismo judicial y del psicologismo o el sociologismo y puede sustanciar su pretensión de afirmar que no existe ninguna corrección del derecho fuera del proceso concreto que debe surgir a partir de la reflexión, la argumentación, el intersubjetivismo y el consenso de los participantes

De este modo, nos encontramos realmente con una corrección metodológica inherente a todas las ciencias –como vamos a intentar mostrar– y que se hace especialmente visible y un factor más decisivo en las ciencias o disciplinas humanas y sociales. En fin, nos preguntamos qué factores intervienen en la toma de decisiones relativos y en torno a la norma jurídica, más allá de la propia ontología subyacente, aunque las consecuencias afecten muchas veces de forma filosófica a dicha ontología. Se trata, pues, de la observación de dos modelos de la lectura del hecho en general (si la reflexión se extiende a todas las ciencias) y del hecho jurídico que alimenta la ley en particular (tanto en su formulación como en su aplicación), en nuestro caso. Dos modelos –el empírico-lógico y el hermenéutico–contrapuestos (Charles Taylor²⁰) que se visualizan especialmente en las ciencias humanas y sociales, provocando una fuerte oposición entre los investigadores que se adhieren a uno u otro modelo. Las posiciones están, en principio, menos establecidas en derecho, al menos teóricamente, si bien no es así de forma práctica, como reflejan los planes de estudio de las propias facultades de derecho, donde no pocas

20 Charles Taylor, *La libertad des modernes* (Paris: PUF, 1987), c. 5 (L'interprétation et les sciences de l'homme).

veces las materias teóricas (especialmente en el ámbito filosófico) son reducidas al mínimo sino miradas con cierto desdén.

La cuestión que descansa en el fondo de dicha diatriba versa sobre el estatuto objetivo del hecho como epicentro del criterio verificacionista de la metodología positivista. Charles Taylor considera que dicho modelo, presente en las ciencias naturales, no puede extenderse a las ciencias humanas y sociales, donde los hechos brutos no pueden confrontar las interpretaciones de validación, ya que la realidad social se construye mediante significaciones intersubjetivas, significaciones que están “enraizadas en las prácticas sociales [...] y que constituyen la matriz social en la que los individuos se sitúan y actúan”²¹. Nosotros pensamos, no solo lo que afirma Taylor sobre la pertinencia de la lógica del modelo verificacionista en ciencias sociales y humanas, sino que el propio dato bruto está impregnado de intersubjetividad e interpretación en todas las aproximaciones humanas, pues la ciencia no escapa como actividad humana al carácter humano y social (subjetivo e intersubjetivo). De este modo, lo que se evidencia es la imposibilidad de un “dato” epistemológicamente puro, y de un “hecho” dado puro, puesto que el “hecho” está mediado por la percepción espacio-temporal de un observador o de un conjunto de observadores que se vuelven científicos no solo al observar el “hecho” sino al introducir un lenguaje (humano) lógico-matemático que es, en sí, una interpretación del propio “hecho”.

Este marco general –el modelo empírico-lógico– aplicado al derecho tiene como referencia básica el positivismo científico. Su influencia en la metodología del derecho se debe en parte al positivismo jurídico, cuyas relaciones con el positivismo científico resultan ser ambiguas.

El positivismo jurídico, en cuanto versión en el campo de las ciencias sociales del positivismo científico y basado en la posición filosófica del positivismo y empirismo lógico, toma como base el conocimiento basado en la observación objetiva de la realidad. Este modelo considera que el

²¹ Taylor, *La liberté des modernes*, 163.

observador es neutral, pasivo, de modo que el objeto estudiado existe independientemente de él, de forma que la observación, si es válida, no difiere de la que hubieran hecho otros. La experimentación se presenta como el espacio de verificación de los datos. El observador “neutro” de los datos que se presentan de forma neutra utiliza un lenguaje lógico-matemático, actuando de una forma alejada de la subjetividad. El criterio usado para determinar la verdad de un enunciado es la verificación que opera por la demostración y por la experiencia. Mientras la demostración se refiere a los lenguajes formales (lógico-matemáticos) que se presentan en formas *a priori*; la experiencia se utiliza para aquellos enunciados *a posteriori* (el caso de la ciencia y de los enunciados realistas), usando así un criterio extralingüístico para su verificación. Todos los enunciados con sentido pertenecen a una de las dos categorías (*a priori-a posteriori*) bajo el criterio de verificación correspondiente. El observador, si quiere serlo enunciando de forma informativa, debe prescindir de los elementos que no pueden reducirse a su contenido, de modo que evite todo juicio ético o estético. Para ello ha de prescindir de cualquier discurso moral o axiológico, centrándose en su función descriptiva. Se utiliza, así, un lenguaje único para toda ciencia (el derecho en cuanto ciencia también) construido con proposiciones verdaderas susceptibles de ser analizadas. En modelos apriorísticos y experimentales domina el hecho en bruto modelado por el uso de los lenguajes formales, se suma al empirismo experimental, el racionalismo lógico, que en los últimos tiempos ha encontrado en la aplicación informática una potente herramienta. Como señalan Michelle Cumyn y Mélanie Samson:

“La metodología del derecho se ha visto atraída por el modelo empírico-lógico en diversos niveles. El derecho, en primer lugar, ha recurrido de forma cada más frecuente a la pericia científica para probar los hechos en los que se basa la decisión jurídica. Las reglas del derecho, a su vez, se han presentado como datos en bruto (sin procesar), en el sentido definido por Taylor. El trabajo de los teóricos del derecho positivista ha sido fundamental en este sentido. La pirámide de las normas de Kelsen, la regla de

reconocimiento de Hart, la teoría de las fuentes del derecho en la tradición civilista y la regla del precedente en la tradición inglesa tienen todas por objeto identificar las reglas del llamado derecho “positivo”, lo que existe en un lugar dado y en un momento dado, utilizando criterios objetivos que dejan el menor espacio posible a la interpretación”²².

El positivismo jurídico extrae del positivismo filosófico y sociológico la idea de que la neutralidad del observador tiene como origen “que el objeto de la ciencia del derecho es un objeto desprovisto de trascendencia, un objeto positivo, perteneciente a un mundo sublunar”²³. Desde ahí extrae la neutralidad axiológica del observador, del estudioso, del sabio. Esto conlleva, no pocas veces, el convencimiento, desde la tesis irrefutable de la neutralidad del dato, de que el rigor empírico en el tratamiento de los hechos y las fuentes del derecho, junto al rigor lógico (modelo empírico-lógico), reforzará la metodología jurídica dotando al derecho de un carácter científico. Pero como señalan Michelle Cumyn y Mélanie Samson “parece obvio que los juristas, especialmente los profesores de derecho, no practican el método que profesan”²⁴.

Efectivamente la utilización exclusiva y reductiva de la metodología positivista en derecho crea conflictos irresolubles especialmente en la argumentación jurídica, especialmente en aquella que ha de enfrentarse al

22 Traducción mía: “La méthodologie du droit a subi l’attraction du modèle empirique logique à plusieurs niveaux. Le droit a d’abord eu recours de plus en plus souvent à l’expertise scientifique pour prouver les faits sur lesquels se base la décision juridique. Les règles de droit ont à leur tour été présentées comme des données brutes, au sens où les définit Taylor. Les travaux des théoriciens du droit positivistes ont été déterminants à cet égard. La pyramide des normes de Kelsen, la rule of recognition de Hart, la théorie des sources du droit dans la tradition civiliste et la règle du précédent dans la tradition anglaise ont toutes pour objet d’identifier les règles du droit dit « positif », celui qui existe dans un lieu donné et à un moment donné, à l’aide de critères objectifs qui laissent le moins de place possible à l’interprétation”. Michelle Cumyn, Mélanie Samson, “La méthodologie juridique en quête d’identité”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 71 (2013): 5. doi: <https://doi.org/10.3917/riej.071.0001>

23 Traducción mía: “Avec le positivisme philosophique et sociologique, le positivisme juridique partage en effet l’idée que l’objet de la science du droit est un objet dénué de transcendance, un objet positif, appartenant au monde sublunaire”. Alexandre Viala, “Le positivisme juridique : Kelsen et l’héritage kantien”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 67 (2011): 95, doi: <https://doi.org/10.3917/riej.067.0095>

24 Traducción mía: “Pourtant, il nous apparaît évident que les juristes, en particulier les professeurs de droit, ne pratiquent pas la méthode qu’ils professent”. Cumyn, Samson, “La méthodologie juridique en quête d’identité”, 6.

hecho de la modificación en la aplicación. La argumentación lógica puede aplicarse de forma más sencilla cuando se trata de ver la aplicación de la ley en un marco de racionalidad teórica (aplicación mecánica), pero en la puesta en práctica del mundo real en la que se precisa ajustar la norma a través de la argumentación realizada por el litigante o por el juez (interpretación creativa), la guía clara del razonamiento lógico se vuelve borrosa, como por otra parte también no pocas clarificaciones del “hecho” cegando así de forma literal una argumentación razonada. Es decir, se vuelve imprecisa en no pocas tomas de decisiones jurídicas. Tener en cuenta estos límites no supone restar racionalidad al derecho, sino dotar de armas interpretativas a los hechos que se presentan en la mayor parte de veces interpretables y que afectan al conjunto de la labor jurídica, pues los hechos alimentan las leyes en la acción legislativa y se presentan como realidades de aplicación de la ley en la acción judicial. La hermenéutica se ofrece como espacio mucho más completo en aquellas zonas de decisión donde el positivismo jurídico no puede decir nada, puesto que no es capaz de explicar asuntos como la restricción que las formulaciones anteriores de la norma continúan ejerciendo sobre el tomador de decisiones que la modifica a través de la nueva interpretación que le da. El litigante, el practicante, el autor de la doctrina y el juez nunca aplican la ley de una manera mecánica: siempre trabajan en la interpretación. Al hacerlo, todos participan en el desarrollo de la ley, que el modelo hermenéutico puede explicar.

2.2. LA LEGITIMIDAD DE LA LECTURA INTERPRETATIVA DE LOS HECHOS

Si la interpretación aparece allí donde existe un objeto u hecho interpretable, dentro de los espacios privilegiados en los que aparece la hermenéutica y las grandes disciplinas exegéticas, como es el caso de la literatura, la exégesis bíblica o la historiografía, la ley (y el derecho) ocupa, junto con la medicina, un lugar eminente por su singularidad.

Esta afirmación supone observar un punto común y una diferencia específica.

El punto en común que comparten estas disciplinas exegéticas es que son conscientes de la necesidad de interpretación debido a la ambigüedad de una declaración o contexto. Pero interpretar nos es molesto, especialmente porque pensamos que da lugar a una inseguridad impropia de una ciencia (literaria, médica, histórica, teológica o jurídica). Y esta incertidumbre que provoca el carácter voluntario que afecta al hombre no reducido a ser racionalidad pura, surge en la esfera de una racionalidad verificacionista propia de una lectura simplista o reduccionista surgida del horizonte del empirismo.

En este sentido es necesario a modo general reparar en:

1. Que no toda pretensión de racionalidad es científica.
2. Que no toda ciencia es ciencia de la naturaleza física o empírica.
3. Que no todo lo empírico implica una metodología positivista.
4. Que la propia metodología científica del mundo natural contiene una mirada interpretativa para avanzar en el conocimiento nacido de los hechos.
5. Que existen diversas clases de hechos y que el propio hecho no es neutro.
6. Que los diversos hechos suponen diversas aproximaciones racionales con sus propios métodos.

2.2.1. Que no toda pretensión de racionalidad es científica.

La primera impresión que tenemos es que la pretensión de verdad es patrimonio exclusivo de las ciencias naturales, entendidas estas no solo como aquellas que estudian el mundo físico inerte, sino también las que determinan los mecanismos físico-químicos de los seres vivos que pueblan el mundo. En este sentido, tendemos a pensar que el paradigma de la ciencia descansa en las ciencias naturales (física, química...) y en las biomédicas (biología, medicina). Esto se ha llevado incluso al terreno de

la Academia, en la que los procesos de verificación de calidad universitaria de las áreas de especialización de ciencias y ciencias de la salud (y en menor medida las de ingeniería y arquitectura, en cierta forma híbridas) imponen sus metodologías científicas a las áreas de Artes y Humanidades (aquí de forma obscena) y a las Ciencias Sociales y Jurídicas (aquí subrepticamente).

La racionalidad humana queda así reducida a la aplicación de un método racional (unívoco) a un tipo exclusivo de hechos, que podemos pasar por la criba de la experimentación. En este sentido, sigue siendo válida la caracterización de Habermas del cientificismo entendido como reducción de la racionalidad, cuando afirma que el cientificismo es “la fe de la ciencia en sí misma, o, dicho de otra manera, el convencimiento de que ya no se puede entender la ciencia como una forma de conocimiento posible, sino que debemos identificar el conocimiento con la ciencia”²⁵. Así, se trataría de un racionalismo miope, superficial y desequilibrado porque no respeta la amplitud posible de la razón, privilegiando uno de sus empleos a todos los demás. No estamos afirmando que toda ciencia sea cientificista, pero sí es verdad que esta visión reduccionista de la racionalidad al cientificismo es compartida por diversas posiciones epistemológicas como es el caso del positivismo, el neopositivismo, la filosofía analítica e incluso algunas versiones del marxismo.

2.2.2. Que no toda ciencia es ciencia de la naturaleza física o empírica.

La visión que normalmente tenemos de la ciencia es tan clara y diáfana que a cualquier espíritu un poco avisado tendría que resultarle, al menos, sospechosa. Y este recelo no es gratuito, como señala John Polkinghorne:

“La imagen que mucha gente tiene en su mente acerca de cómo procede la ciencia es excesivamente simple. Esta engañosa caricatura –

²⁵ Jürgen Habermas, *Conocimiento e interés* (Madrid: Taurus, 1982), 13.

prosigue— describe los descubrimientos científicos como el producto de confrontar predicciones teóricas claras e indefectibles con los resultados de experimentos inequívocos y determinantes. La perfecta correspondencia entre ambos vendría entonces a establecer una verdad científica incuestionable. Pero, de hecho, una vez más, la realidad es más compleja e interesante que todo eso”²⁶.

De hecho, definir la ciencia no resulta nada sencillo²⁷. Dependiendo de lo que entendamos por ciencia, así podremos extender su campo de acción a diversos espacios de la realidad²⁸. Una realidad práctica que hemos de tener en cuenta es la reducción que se efectúa al hablar de ciencia respecto del método operado. Hablar de ciencia implica referirse, casi exclusivamente, a la ciencia empírica (siguiendo a Hempel tienen dos objetivos fundamentales: “describir los fenómenos particulares en el mundo de nuestra experiencia y establecer principios generales por medio de los cuales ellos pueden ser explicados y predichos”²⁹) y esta, muchas veces, reducida a ciencia experimental. Cuando el hombre actúa de modo que intenta dar respuesta a la forma en el que las realidades están confeccionadas, la acción humana se denomina ciencia. Para ello se entiende que ha de responder al criterio que siguen las ciencias experimentales. Una visión empírica de la ciencia restringe el campo de estudio a aquello que es, en principio, verificable o falsable. Esto provoca que se excluyan muchas realidades humanas de dicho campo, por no ser verificables. O lo que puede ser más grave y erróneo, que ciertos saberes o modos de hacer restrinjan su campo teórico de explicación a aquellos aspectos que encajan en la ciencia empírica para poder ser consideradas

26 John Polkinghorne, *Ciencia y Teología. Una introducción* (Santander: Sal Terrae, 2000) 22. Para la caracterización de la ciencia que sigue en el trabajo seguimos nuestro trabajo: Manuel Lázaro, “Ciencia y religión: ¿es posible el diálogo? respuesta desde la filosofía”, *Naturalea y gracia* 52 (2005): 533-544.

27 Cf. Fred N. Kerlinger, *Investigación del comportamiento. Técnicas y metodología* (México: Interamericana, 1975).

28 Es lo que Thomas S. Kuhn denomina modelos heurísticos que “son objeto de compromisos metafísicos”. Cf. *Segundos pensamientos sobre paradigmas* (Madrid: Tecnos, 1978), 16.

29 Carl. G. Hempel, *Fundamentos de la formación de conceptos en ciencia empírica* (Madrid: Alianza, 1988) 9.

de manera similar. Esto es así porque en la reflexión fácil, la ciencia adquiere un prestigio como verdad objetiva y universal. Pero, quizás, la ciencia no es tan simple como esto, y, quizás, la ciencia la realizan seres humanos, racionales y también volitivos. En este sentido resulta pertinente recordar las palabras de Husserl frente al pensamiento positivista: “Meramente ciencias de hechos hacen meros hombres de hechos”³⁰. El fundador de la fenomenología representa un intento de ampliación semántica del término ciencia, que va más allá del campo experimental. Esta introducción significativa, al menos, hay que tenerla en cuenta y no se puede desdeñar, al no ser que caigamos en un positivismo a ultranza y en un escepticismo, que no hace sino justificar la crítica del Husserl a las ciencias experimentales. Por lo tanto, señalemos, por lo menos, que se abre a la consideración (aún controvertida) de ciencia, el hecho de tratar otras disciplinas bajo tal nombre³¹.

Por otra parte, durante mucho tiempo se han establecido criterios de diferenciación entre el campo teórico y la aplicación práctica de constatación teórica, es decir, entre ciencia y tecnología. Para muchos autores en la actualidad resultaría muy problemático realizar esta distinción ante el cambio profundo y la interacción efectuada entre estos dos ámbitos de estudio de la realidad y sus hechos. De modo que “durante el siglo XX la ciencia y la tecnología han experimentado un profundo cambio, generando un híbrido entre ambas, la tecnociencia”³².

30 Edmund Husserl, *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental* (Barcelona: Crítica, 1991) 6.

31 “La fenomenología pura, de la cual queremos buscar el camino aquí, caracterizar esa singular posición que ocupa entre las demás ciencias y mostrar que es la ciencia fundamental de la Filosofía, es una ciencia esencialmente nueva alejada del pensar natural, por lo que tiene de peculiar en principio, y, por lo tanto, pugando por desarrollarse en nuestros días” (Edmund Husserl, *Ideen su einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie* Husserliana III, 1950. Texto traducido extraído del artículo José A. Arias, “La fenomenología, un pensar radical (Reflexiones acerca de la distinción husserliana entre “natürliche Geisteshaltung” y “philosophisches Denken””, *Anales del seminario de historia de la filosofía* 1 (1980): 121-122.

32 Javier Echeverría, “Tecnociencias, capacidades de acción y valores”, *Paradoxa* 10 (2003) 107.

2.2.3. Que no todo lo empírico implica una metodología positivista.

Olvidar la complejidad de la ciencia provoca que se haya instalado en las mentes un reduccionismo metodológico que afirma que donde no llega la ciencia no se puede llegar. De este modo, la ciencia sería el único lenguaje que pretender ser omnicomprendido. Pero hoy en día esta visión de la ciencia parece estar, al menos, relativizada. Los modelos de explicación científica son variados y, algunas veces, suscitan en el filósofo de la ciencia no pocas controversias, de modo que la propia expresión “explicación científica” se ha convertido en un tópico³³.

Podemos señalar muchas visiones dentro del panorama metodológico³⁴. Por una parte, el neopositivismo lógico afirmaba que la función esencial del lenguaje es descriptiva y apunta a la representación verdadera de lo real. Y esta función sólo lo puede realizar la ciencia, ya que es la única que representa la realidad, pues es capaz de verificar, de comprobar, los enunciados que emite. El mundo –siguiendo a Carnap³⁵– tiene una estructura lógica y física independiente del hombre, que puede conocer mediante la ciencia. Dicha concepción de la ciencia y del lenguaje del mundo lleva a la crisis de la metafísica que escapa a la representación y al sentido, teniendo en cuenta que éste sólo es posible si puede ser verificado³⁶. Para Carnap y el Círculo, el criterio de demarcación se basa en el criterio de sentido de Wittgenstein, en el que una proposición tiene sentido si es una función veritativa de proposiciones

33 Un estudio completo sobre las divergencias en los modelos de explicación científica en Wesley C. Salmon, *Four Decades of Scientific Explanation* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989).

34 Una visión clásica de las distintas posiciones de la filosofía de la ciencia en John Losee, *Introducción histórica a la filosofía de la ciencia* (Madrid: Alianza Universidad, 1987). Sobre las visiones específicamente del siglo XX, cf. Javier Echeverría, *Introducción a la Metodología de la Ciencia: la Filosofía de la Ciencia en el siglo XX* (Barcelona: Barcanova, 1989); José Antonio López Cerezo, Javier Sanmartín y Marta Isabel González, “El estado de la cuestión. Filosofía actual de la ciencia”, *Diálogo Filosófico* 29 (1994): 164-208.

35 Estructura lógica que la filosofía de la ciencia ha de explicar y describir. Rudolf Carnap, “Logical Foundation of the Unity of Science”, en *Encyclopedia and Unified Science*, vol. 1, n° 1, ed. por Otto Neurath (Chicago, Ill: The University of Chicago Press, 1938) 2. Cf. Rudolf Carnap, *The Logical Structure of the World. Pseudoproblems in Philosophy* (Berkeley, CA: University of California Press, 1969).

36 Cf. Rudolf Carnap, “The Elimination of Metaphysics. Through Logical Analysis of Language”, en *Logical positivism*, ed. por A. J. Ayer (Glencoe, Il, London: The Free Press, Simon and Schuster, 1959), 60-81.

“atómicas”, es decir, si se pueden reducir de modo lógico a enunciados singulares de observación. El neopositivismo busca el ideal de una Ciencia Unificada por un lenguaje axiomático (lógico-matemático). En esta concepción, la ciencia crece continua y acumulativamente³⁷.

En la órbita del neopositivismo, el filósofo de la ciencia Karl Popper propone el racionalismo crítico. El filósofo vienés formula como criterio de demarcación científica la falsabilidad. Una contribución que significó en su primera obra (*La lógica de la investigación científica*³⁸) una crítica al criterio empirista de significado proponiendo la falsación —no la verificación— como criterio de demarcación o diferenciación de las teorías científicas. La propuesta se interpretó durante mucho tiempo, y bien a su pesar, como una contribución más a los planteamientos epistemológicos de positivismo lógico. Popper empieza poniendo de manifiesto el problema lógico de la inducción, o problema de la validez de las leyes naturales, que surge como resultado de la aparente contradicción existente entre el principio fundamental del empirismo —que lleva a pensar que sin inducción no puede haber conocimiento científico y, según el cual, solo la experiencia puede decidir sobre la verdad o falsedad de un enunciado— y el principio de Hume de invalidez de la inducción, que afirma la imposibilidad de las leyes naturales³⁹. Según Popper resulta erróneo pensar que la ciencia empírica procede mediante métodos inductivos. Y, por ende, la ciencia es ilógica si proviene de aserciones singulares, como los informes sobre resultados de observaciones o experimentos, y llega hasta aserciones universales, por ejemplo, hipótesis o teorías, tal y como se suele afirmar que es una inferencia inductiva⁴⁰. A partir de la crítica popperiana

37 El neopositivismo es una posición que lógicamente se retroalimenta desde sus postulados. Cf. Varios, *Reexamen del neopositivismo. VI Encuentro de la Sociedad Castellano-Leonesa de Filosofía, 8-10 de noviembre de 1990* (Salamanca: Sociedad Castellano-Leonesa de Filosofía, 1992).

38 Karl. R. Popper, *La lógica de la investigación científica* (Madrid: Tecnos, 1985).

39 “...en mi opinión, no existe nada que pueda llamarse inducción. Por tanto, será lógicamente inadmisibile la inferencia de teorías a partir de enunciados singulares que estén «verificados por experiencia» (cualquiera que sea lo que esto quiera decir). Así pues, las teorías no son *nunca* verificables empíricamente”. Popper, *La lógica de la investigación científica*, 39.

40 La historia del “pavo inductivista” mencionada por Bertrand Russell y recordada por el propio Popper puede servir para ilustrar la cuestión: “Este pavo descubrió que en su primera mañana en la granja avícola comía a las 9 de la mañana. Sin embargo, siendo como era un buen inductivista, no sacó

el criterio empirista de significado, propone la falsación como criterio de demarcación o diferenciación de las teorías científicas. En definitiva, las teorías, siguiendo el modelo lógico del *Modus Tollens*, funcionan en tanto que no se nieguen, aunque no se puedan verificar, lo que supone abandonar la pretensión de un principio o fundamento absoluto para la ciencia. En el fondo se proponen las teorías sin fundamentos seguros y con base en decisiones subjetivas. Popper acierta a la hora de considerar la ciencia desde el punto de vista lógico-epistemológico, pero ello le lleva a descuidar la influencia del contexto histórico en la creación y desarrollo de la teoría científica. Es decir, en Popper subyace la clásica distinción del positivismo lógico entre contexto de justificación y contexto heurístico o de descubrimiento, inclinándose por el primero en detrimento del segundo.

Las dos teorías anteriores muestran un carácter especulativo del lenguaje y del funcionamiento de las teorías. Las tesis neopositivistas de lo que se conoce desde la calificación de Putman en 1962 como “concepción heredada”⁴¹ empezaron a ser criticadas por diversos autores de ambiente anglosajón como Toulmin, Goodman, el propio Putman... y el mismo Wittgenstein. Pero fue discutida y puesta en solfa, sobre todo, a partir de la obra de Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas* (1962)⁴² donde muestra, a través de su concepto de paradigma científico, cómo la ciencia no es acumulativa, sino que se mueve por cambios y luchas de paradigmas rivales (ciencia normal y ciencia revolucionaria). La visión de Kuhn lleva a un relativismo epistemológico, sin afirmar el relativismo ontológico. Pero, quizás, lo más importante es que introduce

conclusiones precipitadas. Esperó hasta que recogió una gran cantidad de observaciones del hecho de que comía a las 9 de la mañana e hizo estas observaciones en gran variedad de circunstancias, en miércoles y en jueves, en días fríos y calurosos, en días lluviosos y soleados. Cada día añadía un nuevo enunciado observacional a su lista. Por último, su conciencia inductivista se sintió satisfecha y efectuó una inferencia inductiva para concluir: siempre como a las 9 de la mañana. Pero ¡ay! se demostró de manera indudable que esta conclusión era falsa cuando, la víspera de Navidad, en vez de darle la comida le cortaron el cuello” Citado en Rafael Porlán, *Constructivismo y escuela* (Madrid: Díada Editora, 1995), 31-32.

41 Hilary W. Putman, “What Theories are Not”, *Logic, Methodology and Philosophy of Science. Proceeding of the 1960 International Congress*, ed. por Ernest Nagel, Patrick Suppes, Alfred Tarski (Stanford, CA: Stanford University Press, 1962), 240-251.

42 Thomas S. Khun, *The Structure of Scientific Revolutions* (Chicago, Ill: University of Chicago Press, 1962).

elementos externos a la teoría científica como elementos esenciales de la ciencia: una ciencia no se sostiene sólo con base en la propia teoría, sino en la posición de los científicos respecto de teorías rivales. La posición de Kuhn no es la única respuesta radical, podríamos mencionar la propuesta de los programas de investigación científicas del húngaro Imre Lakatos o la más radical posición “anarquista” de Paul Feyerabend⁴³.

2.2.4. Que la propia metodología científica del mundo natural contiene una mirada interpretativa para avanzar en el conocimiento nacido de los hechos.

En el último cuarto del siglo XX han tomado consistencia otras consideraciones de explicación de la ciencia como es la sociología de la ciencia. No podemos olvidar que son comunidades científicas las que realizan la ciencia. El “programa fuerte de la ciencia”⁴⁴ afirma, profundizando el análisis y extendiendo el objeto de estudio sociológico iniciado por Merton⁴⁵, que el sujeto de la ciencia es la sociedad; de modo que, si la gente cree que algo es científico, sobre todo si las instituciones y las comunidades científicas aceptan un conocimiento como científico, entonces se ha de considerar esa afirmación como punto de partida de las investigaciones. Lo que se quiere subrayar, interpretando a Kuhn, es que las teorías científicas dependen más del contexto social que de los criterios lógicos o racionales. Lógicamente esto hiere la reflexión epistemológica sobre la ciencia. La visión sociológica de la ciencia ha sido interpretada de diversas maneras. Para algunos (la etnometodología) hay que

43 “El siguiente ensayo ha sido escrito desde la convicción de que el *anarquismo* —que no es, quizá, la filosofía política más atractiva— puede procurar, sin duda, una base excelente a la *epistemología* y a la *filosofía de la ciencia*”. Paul Feyerabend, *Contra el método* (Barcelona: Ariel, 1989), 7; Imre Lakatos, *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales* (Madrid: Tecnos, 1974).

44 El denominado “Programa fuerte de la ciencia” tiene origen en la Universidad de Edimburgo (de ahí que se conozcan también como “Escuela de Edimburgo”) y reconoce como inspiradores a Barry Barnes, y David Bloor. Un estudio sobre la crítica a esta visión en Edison Otero, “El «Programa Fuerte» en sociología de la ciencia y sus críticos”, *Revista austral de ciencias sociales* 2 (1998): 89-94.

45 Cf. Robert K. Merton, *La sociología de la ciencia* (Madrid: Alianza Editorial, 1977).

tener en cuenta los fenómenos microsociales como el trabajo en el laboratorio en el que se investiga y, para otros (el programa empírico del relativismo, años 80), lo que importa es la recepción que de una teoría se tiene en los Congresos, Revistas especializadas.... En este sentido solo la metaciencia se extiende de la actividad filosófico-normativa a la reflexión historiográfica y sociológica de la ciencia⁴⁶.

Un filósofo de la ciencia que podríamos, también, citar es a Ian Hacking. El autor canadiense se inscribe en la línea de P. Berger y T. Luckmann al afirmar que nuestra experiencia de las cosas (las que llamamos “reales”) es el resultado de una “construcción social”. Según Hacking, en su obra *Representing and Intervening*⁴⁷, no hay una única metodología de la ciencia, ni inductiva, ni deductiva. Para el autor a la hora de reflexionar sobre el estatus de las ciencias naturales hemos de tener en cuenta el proceso de construcción de las teorías. Así Hacking se pregunta por la propia construcción social de la misma y la difícil distinción entre idea y objeto⁴⁸. Del mismo modo que hay teorías que generan nuevos hechos y experimentos, también hay experimentos e invenciones técnicas que generan nuevos fenómenos y nuevas teorías científicas. El autor intenta rebatir el orden clásico en el que la teoría precede a la experimentación, de modo que el científico cuando observa y experimenta no lo hace para verificar (o falsar) una teoría, sino para producir los fenómenos queridos. Es decir, no se observa y se realizan conclusiones teóricas. La observación y experimentación (lo empírico) están cargadas de teoría y de práctica. No podemos olvidar que entre observador y objeto observado median instrumentos técnicos que reproducen la realidad y no sólo son extensión de los sentidos (por ejemplo, microscopios de rayos X). Es decir, entre la teoría y la experimentación aparece otro componente: la actividad científica.

46 C. Ulises Moulines, *Pluralidad y recursión. Estudios epistemológicos* (Madrid: Alianza Editorial, 1991), 51.

47 Ian Hacking, *Representing and Intervening. Introductory Topics in the Philosophy of Natural Science* (Cambridge: Cambridge University Press, 1983).

48 Ian Hacking, *¿La construcción social de qué?* (Barcelona: Paidós, 2001).

La ciencia se abre pues a elementos humanos que van de la estética a la sociología de la práctica científica que se abren a la necesidad de introducir elementos propios de la interpretación. Ian Hacking advierte que el sentimiento de admiración y estético es crucial para la vida científica completando la fórmula “un mundo, una realidad, una verdad”⁴⁹. Sentimiento que se vive en la practicidad científica. Así, la reflexión actual sobre la ciencia introduce la práctica científica, la comunidad científica, la función de laboratorios e instituciones, la influencia de la tecnología, las polémicas científicas, el impacto de la tecnociencia en el entorno, la influencia de la política científica⁵⁰. En fin, la ciencia ha dejado de ser considerada como una forma autónoma de saber y se han estudiado, cada vez más, sus interrelaciones con otras actividades sociales. Todas estas circunstancias desnudan el hecho puro y desarbolan el imaginario del observador neutro, ideas que pretenden desterrar el “engorroso” problema de la interpretación del sujeto sobre los hechos que se dan en un contexto teórico, humano y social y de naturaleza práctica.

Más aún, y en virtud de lo expuesto, podemos ver ejemplos de cómo los supuestos interpretativos que rodea la investigación, algunos tan denostados como los marcos metafísicos o las cuestiones religiosas que rodean los hechos, han resultado claves para el desarrollo teórico de la misma ciencia. Un ejemplo lo tenemos en el profesor de la Universidad de Oxford, John Hedley Brook, quien sugiere como conclusión, a partir de una buena muestra de ejemplos de historia de la ciencia y bajo la inspiración de Ian Hacking, “que la recurrencia del lenguaje religioso en la articulación de la unidad de la naturaleza apoya a aquellos que ponen énfasis las categorías estéticas y existenciales en la construcción de las

49 Ian Hacking, “The Disunities of the Sciences”, en *The Disunity of Science*, ed. por Peter Galison, David J. Stump (Stanford: Stanford University Press, 1996), 109-135.

50 Un análisis de la influencia de la organización del trabajo en los laboratorios tecnológicos en Park Doing, “‘Lab Hands’ and the ‘Scarlet O’: Epistemic Politics and (Scientific) Labor”, *Social Studies of Science* 34 (2004): 299-323. Esto no significa que no existe una tensión entre visiones de la metodología más naturalistas y positivistas y otras más sociológicas y la práctica científica. Un estudio sobre esta tensión en Juan Ramón Álvarez, “La filosofía de la ciencia «entre» la epistemología y los estudios (socio)culturales”, en *Filosofía actual de la ciencia*, ed. por Pascual F. Martínez-Freire (Málaga: Publicaciones Universidad de Málaga, 1998), 59-79.

ciencias naturales”⁵¹. En contra de la primigenia reacción adversa que la literatura normativa científica ha manifestado frente a la presencia metafórica –en cuanto que introduce una variable de confusión en la función descriptiva de la realidad–, las interpretaciones y concepciones de la ciencia y su práctica de las que venimos hablando han logrado que haya variado sustantivamente la percepción de su uso, muy ligado a la función lingüístico-cognitiva del proceso de racionalización. Además de los mecanismos cognitivo-lingüísticos de la utilización de la metáfora (elemento de simbolización y demandante de la aproximación hermenéutica), cabe preguntarse, también, sobre el mecanismo del hombre en su utilización y de su uso manipulador, en una cierta divulgación de la bonanza científica. De este modo, la metáfora científica en un uso social indiscriminado se esgrime como arma de marketing que se van instalando en el inconsciente colectivo; por ejemplo, la metáfora del ordenador para hablar del cerebro, que obvia, desde la más grosera identificación entre inteligencia y cerebro, el resto de las funciones cerebrales implicadas.

La ciencia, pues, no se reduce a una racionalización externa al hombre en su conjunto, toda vez que ni eso sería posible, pues los lenguajes formales son recreación humana. Y en el ser humano aparecen elementos que escapan a la propia lógica deductiva a partir de hechos neutros. Incluso la defensa de una posición científicista –dirá Habermas– esconde la presencia de la fe en la ciencia⁵².

Otro elemento de reflexión que introducía la lectura reduccionista del positivismo científico consiste en la “pretendida” neutralidad axiológica del quehacer científico, que Max Weber llevara al campo de la ciencia

51 John H. Brooke, “Ciencia, religión y unificación de la naturaleza”, *Pensamiento* 61 (2005): 155.

52 Para el filósofo alemán, el científicismo o cientifismo es “la fe de la ciencia en sí mismo, o dicho de otra manera, el convencimiento de que ya no se puede entender la ciencia como una forma de conocimiento posible, sino que debemos identificar el conocimiento con la ciencia.” Jürgen Habermas, *Conocimiento e interés*, 13. El término aparece en la literatura filosófica en la obra del premio Nóbel en economía y sociólogo austriaco Friedrich A. von Hayek, *The Counter-Revolution of Science: Studies on the Abuse of Reason* (Glencoe, Ill.: Free Press, 1952), donde critica el abuso operado al aplicar el método científico en campos como la ciencia social, la economía y la historia económica.

social y política. Por una parte, cabe preguntarse por el significado de la neutralidad. Pero es muy difícil poder justificar, hoy en día, la neutralidad de la ciencia respecto a los efectos, ni la neutralidad interpretativa de los efectos de la ciencia. Como señala Harding, la información generada por la ciencia se utiliza para desarrollar tecnologías que no son moral o políticamente neutrales. De hecho, la institución científica tiende a ocultar este hecho de diversas formas, especialmente separando los campos científicos en los que la investigación aplicada se ha hecho demasiado evidente⁵³. Esto supone que, si bien se pretende que la objetividad científica no permita una consideración moral de la misma, las coordenadas de análisis actuales en filosofía de la ciencia parecen cada vez más difícil afirmar dicha neutralidad. La tesis defendida por Max Weber sobre la neutralidad de los enunciados científicos (especialmente aplicado al campo de la reflexión de las ciencias sociales) es a su vez axiológica. Efectivamente, la pretensión weberiana, en parte legítima, en contra del abuso del poder intelectual en un mal uso de la libertad de cátedra frente a la normatividad del campo de estudio y de los enunciados propios de una disciplina científica, sin embargo, llevan en sí un componente moral y axiológico (la defensa frente al procedimiento abusivo y coercitivo implícito).

En este sentido, el contexto interpretativo ontológico y metodológico en cuanto inmerso en el mundo humano del intérprete pertrechado de un universo axiológico, en el sentido de axiomas (o convicciones no apoyadas en razones explícitas) y comunidad, se entrelazan en la ciencia, en sus descubrimientos, en su justificación, en su demarcación e interrelación práctica con el mundo. Kurt Gödel, en 1931, afirmó que cualquier formalismo lógico que incluya la aritmética se basa en afirmaciones que son indecibles o indemostrables, y en algunos casos contradictorias⁵⁴. Estos elementos de convención científica no implican

53 Sandra Harding, *Whose science? Whose knowledge? Thinking from women's lives* (Ithaca: Cornell University Press, 1991), 3738.

54 Kurt Gödel, "Einige metamathematische Resultate über Entscheidungsdefinitheit und Widerspruchsfreiheit", en Kurt Gödel, *Collected Works (vol. I, Publications 1929-1936)*, ed. dirigida por Solomon Feferman, (New York, Oxford: Oxford University Press, 1986), 141-143, publicado en "Über formal unentscheidbare Sätze der *Principia Mathematica* und verwandter Systeme", *Monatshefte für*

que la realidad sea en sí convencional, sino que a la hora de hacer ciencia y hablar de la misma, sin reducir la misma a esta visión, no hemos de olvidar que se utilizan representaciones complejas propias del hombre que utiliza con naturalidad situaciones convencionales.

Estas consideraciones no pretenden negar las implicaciones del modelo racional, siempre que desde este modelo (desde una perspectiva no reduccionista) no se anule la influencia de los factores sociales, económicos o políticos..., es decir, el universo hermenéutico, en el conocimiento científico; de modo que no se pueda equilibrar los factores internos y su papel fundamental en la explicación de los contenidos científicos, con el propio papel de la interpretación de estos en el sujeto.

2.2.5. Que existen diversas clases de hechos y que el propio hecho no es neutro.

Hasta ahora hemos visto la dificultad de afirmar una neutralidad en los enunciados de la ciencia, en la búsqueda de los objetivos y en el propio diseño de su procedimiento. Esto supone pensar que, efectivamente, el conocimiento presupone creencias, incluso en sus postulados fundamentales, tal como afirmara el pragmatismo. No podemos, pues, abstraernos a la actividad imprescindible del sujeto, tal como evidenciaran tanto el constructivismo como el perspectivismo. Pero, ante estos límites, al positivismo le queda un atisbo de aproximación cercana a la verdad, sin tener que acudir a un campo externo, ni que atender o pedir auxilio al modelo hermenéutico: la objetividad como característica intrínseca de los objetos.

La objetividad objetual es entendida de forma independiente a cualquier punto de vista presente en la comunidad científica, así “tenemos que ceñirnos a los hechos”. Bajo esta perspectiva si una ciencia

Mathematik und Physik 38 (1931): 173-198, que puede verse en Kurt Gödel, *Collected Works* (vol. I), 144-195.

se ciñe a los hechos dados en su forma pura (en bruto) y no sucumbimos a la tentación de extrapolar una teoría científica fuera de su ámbito, entonces tenemos que la ciencia habla “de lo que es”, entendida como un reflejo racional de la realidad, y no, por ejemplo, de lo que debe ser (moralidad), del mismo modo que no habla de lo bello, lo justo, etc. De esta forma se podría mantener la neutralidad de los efectos, algo que ya hemos discutido. No obstante, nos queda ver la neutralidad del hecho y su intrínseca objetividad.

Lo primero que cabría preguntarse es qué nos presenta un hecho, si la realidad o lo real. La presencia, al menos teórica, de lo “real” en cuanto una presencia fundante, o como la base ontológica en la que descansa la realidad, es una cuestión que subyace a la problemática enunciada y quizás justifica más si cabe las metodologías no positivistas. Pero nos ceñimos a la comprensión de la “realidad” a la que accedemos mediante la percepción de los hechos. Ahora bien, los hechos siempre se presentan al observador (los busque o se tope con ellos, si bien esto último siempre se da cuando se está buscando).

Ya en el ámbito científico, Henri Poincaré en 1905, realiza, desde lo que se conoce como posición convencionalista, una crítica a la noción de hecho. En ese momento, la ideología dominante en Francia era empirista, o positivista, basada sólo en los hechos. Mach o Duhem atribuyeron a la teoría el único papel de clasificar los fenómenos, no de explicarlos⁵⁵. Frente a ello señala que no hay que confundir los *hechos brutos* –los hechos tal como son percibidos por los sentidos– con los *hechos científicos* –los caracterizados esencialmente por su relación con los sentidos, que deciden su verdad o falsedad–. Estos últimos presuponen una síntesis y un sistema de convenciones (lenguaje). Los hechos científicos, de los que se extraen las leyes, se obtienen mediante síntesis sucesivas de hechos más crudos, por ejemplo, los datos elementales de

⁵⁵ Ernst Mach, *Die Mechanik in ihrer Entwicklung* (Leipzig: F.A. Brockhaus, 1883). Pierre Duhem, *Sozein ta phainomena. Essai sur la notion de théorie physique de Platon à Galilée* (Paris: Hermann, 1908).

los sentidos. Esta síntesis es paradigmáticamente operativa en la construcción de los objetos de percepción⁵⁶. De esta forma la realidad que presentan los hechos brutos, expresados normalmente mediante un lenguaje común, se presentan interpretados, mediante el lenguaje matemático, en tanto que hechos científicos:

“Las leyes invariantes son las relaciones entre los hechos brutos, mientras que las relaciones entre los «hechos científicos» siempre han dependido de ciertas convenciones”⁵⁷.

De este modo podemos ver que la experiencia científica es distinta de la experiencia común porque depende de un saber previo. La objetividad que propone Poincaré se aleja de la concepción del carácter intrínseco al objeto. Propone la objetividad, en la introducción a *La Valeur de la science* (1905), como una propiedad esencialmente arquitectónica e intersubjetiva, basada en la construcción de un sistema de leyes matemáticas relativas a los fenómenos⁵⁸. En este sentido, los hechos científicos presuponen síntesis (percepciones) y lenguajes (naturales y matemáticos); se obtienen sintetizando más hechos crudos. Poincaré, sin embargo: “no parece creer en la posibilidad de conocer hechos absolutamente crudos. Accedemos a las relaciones entre las cosas a través de las relaciones entre las imágenes que nos vemos obligados a poner en su lugar; estas imágenes son analogías parciales”⁵⁹. Efectivamente, “el

56 “Les objets extérieurs [...] ce ne sont pas seulement des groupes de sensations, mais des groupes cimentés par un lien constant. C est ce lien, et ce lien seul qui est objet en eux, et ce lien c est un rapport”. Traducción mía: “Los objetos externos [...] no son sólo grupos de sensaciones, sino grupos cimentados por un vínculo constante. Es este vínculo, y sólo este vínculo, el objeto dentro de ellos, y este vínculo es una relación”. Henri Poincaré, “Sur la valeur objective de la science”, *Revue de métaphysique et de morale* 10 (1902): 290-291. Cf.

57 Traducción mía: “Les lois invariantes ce sont les relations entre les faits bruts, tandis que les relations entre les «faits scientifiques» restaient toujours dépendantes de certaines conventions”. Poincaré, “Sur la valeur objective de la science”, 208.

58 “La réalité objective [...] ce ne peut être que l’harmonie exprimée par des lois mathématiques. C est donc cette harmonie qui est la seule réalité objective”. Traducción mía: “La realidad objetiva [...] sólo puede ser armonía expresada por leyes matemáticas. Por lo tanto, esta armonía es la única realidad objetiva”. Henri Poincaré, *La Valeur de la science* (Paris: Flammarion, 1905), 23.

59 Traducción mía: “...bien que Poincaré ne semble pas croire à la possibilité de connaître des faits absolument bruts. On accède aux rapports entre les choses par l’intermédiaire de rapports entre images qu’on est forcé de mettre à leur place ; ces images ce sont des analogies partielles”. João Principe, “Sources et nature de la philosophie de la physique d’Henri Poincaré”, *Philosophia Scientiæ* 16 (2012): 218, doi: 10.4000/philosophiascientiae.749

científico debe ordenar; la ciencia está hecha con hechos como una casa con piedras; pero una acumulación de hechos no es más una ciencia del mismo modo que un montón de piedras no es una casa”⁶⁰.

La posición de Poincaré es reflejo de la naturaleza compleja de los sistemas teóricos y también el objetivo de la sistematización que se manifiesta en el progreso científico. Efectivamente, es consciente, declara Xavier Verley, que “la invención [...] está enraizada en una memoria colectiva, transmitida a través de la educación y, al mismo tiempo, en una memoria de la especie”⁶¹, de ahí que Poincaré recurra a la psicología y a la historia “una de las contribuciones más interesantes de Poincaré”⁶².

Podríamos objetar que lo que el convencionalismo de Poincaré presenta es una nueva versión del nominalismo, olvidando toda referencia en el lenguaje científico. Pero criticar los hechos brutos no supone caer en la arbitrariedad, sino lo que propone es presentar –más allá de la solución presentada, en este caso el convencionalismo– la precariedad de la noción de “hecho bruto”, especialmente visible en ciencias sociales. Como señala Edgar Ascher:

“En la física, por ejemplo, los hechos brutos así constituidos siguen siendo hechos físicos. En esta circunstancia radica la diferencia con las ciencias sociales. En las ciencias sociales, al volver a los hechos brutos, se termina por salir del dominio social, del dominio en el que se trata de comportamientos necesariamente dotados de significados, se llega al dominio físico de los movimientos, de las reacciones químicas, etc. Esto significa que en las ciencias sociales no hay hechos brutos”⁶³.

60 Traducción mía: “Le savant doit ordonner ; on fait la science avec des faits comme une maison avec des pierres ; mais une accumulation de faits n’est pas plus une science qu’un tas de pierres n’est une maison”. Henri Poincaré, *La Science et l’Hypothèse* (Paris: Flammarion, 1917), 168.

61 Xavier Verley, *Poincaré ou le renouveau de la philosophie naturelle* (Paris: Les Belles Lettres, 2009), 19.

62 Verley, *Poincaré*, 200.

63 Traducción mía: “En physique, par exemple, les faits bruts ainsi constitués sont encore faits physiques. Dans cette circonstance reside la différence avec les sciences sociales. Dans celles-ci, en reculant ainsi vers les faits bruts, on finit par sortir du domaine sociale, du domaine où il s’agit de comportement

Efectivamente, llegados a este punto hemos de recordar que el derecho perteneciendo a las ciencias sociales debe dirimir sobre un hecho teniendo en cuenta tanto el razonamiento como las pruebas que se presentan objetivas. El derecho está obligado a custodiar una cadena de razonamiento que evite las contradicciones y las ambigüedades, evitando las incertidumbres. Pero ello se hará más efectivo teniendo en cuenta la propia naturaleza interpretativa del hecho, pues al no presentarse en bruto, menos en ciencias sociales, es necesario recogerlo teniendo en cuenta la inevitable interpretación. Esto supone que ante la inevitabilidad de dicho proceso es mejor estar prevenidos ante él que obviarlo, por su carácter específico, carácter que genera una cierta incertidumbre e inseguridad. En este sentido, lo que parece más juicioso es tener en cuenta que el hecho jurídico es en sí mismo un hecho interpretado, pues se define como un hecho que como tal se declara en las sentencias, siendo un hecho (en bruto) una acción o una cosa que sucede. Considerar, pues, a su vez, que todo conocimiento está mediatizado por la sociedad y por la comunidad de expertos que los interpreten, como hemos ya puesto en evidencia.

2.2.6. Que los diversos hechos suponen diversas aproximaciones racionales con sus propios métodos.

Más allá de la naturaleza intrínseca y de la fuerza de los hechos, pues no podemos negar su “realidad”, y en sintonía con la formulación humana de los mismos, podemos señalar su distinción. Ciertamente, el derecho tiene una evidencia que le es propia basada en la particularidad de su método racional, que es distinto al de las ciencias experimentales o científicas y al de otras ciencias sociales. No estamos bajo ningún concepto negando la racionalidad jurídica que atiende tanto a los aspectos abstractos (usando una lógica deductiva), como a los datos que se presentan (utilizando una lógica inductiva), pues ambas lógicas son

nécessariament doués de significations, on aboutit au domain physique des mouvements, des reactions chimiques, etc. ceci veut dire qu'en sciences sociales il n'y a pas de faits bruts". Edgar Ascher, "Problèmes Du Relativisme". *Revue Européenne Des Sciences Sociales* 27 (1989): 92.

compatibles. Lo que señalamos es que existen en los hechos en sí y en su inevitable lectura variables tanto conceptuales (que afectan a la lógica deductiva) como contextuales (que se presentan en la lógica inductiva), dando lugar a la hermenéutica:

“Hay, en el mismo proceso hermenéutico –afirma Giovanni Busino–, dos categorías de reglas, las de interpretación jurídica y las lógicas de inferencia. Las pruebas perfectas son los actos instrumentales, la confesión y el juramento. Los procedimientos de verificación están limitados por su admisibilidad. El juez incluso dictamina sobre la base de pruebas imperfectas siempre que se hayan respetado ciertas normas. Ejerce el poder decidiendo que un hecho particular, o un acto individual específico, tiene las características prescritas para la aplicación de la regla general. En el ejercicio de esta facultad, el tribunal considerará todos los elementos del contexto que no se relacionen, de una manera u otra, con la actividad del autor del acto en cuestión, con el problema que debe resolver. Por esta razón, el juez decide que un relato es verdadero o más cercano a la verdad o que otro es apenas relevante o admisible. El veredicto impone una decisión, que es vinculante para las partes. Esta decisión es definitiva, a menos que un tribunal superior determine un nuevo hecho. El tribunal dicta su decisión sobre la base de las normas jurídicas y con referencia a los principios generales, sustantivos y procesales”⁶⁴.

⁶⁴ Traducción mía: “Il y a, dans un même processus herméneutique deux catégories de règles, celles juridiques d’interprétation et les logiques d’inférence. Les preuves parfaites sont les actes instrumentaux, l’aveu et le serment. Les procédures de vérifications sont limitées par leur recevabilité. Le juge statue même sur les fondements de preuves imparfaites pour autant que certaines règles aient été respectées. Il exerce un pouvoir en décidant que tel fait particulier, ou tel acte individuel précis, a les caractéristiques prescrites pour l’application de la règle générale. Pour l’exercice de ce pouvoir le juge scotomise tous les éléments du contexte qui ne se rapportent pas, d’une façon ou d’une autre, à l’activité de l’auteur du fait litigieux, au problème qu’il doit résoudre. Pour cette raison il décide que tel récit est conforme à la vérité ou plus proche d’elle, que tel autre n’est guère pertinent ou recevable. Le verdict impose une décision, contraignante pour les parties. Celle-ci est définitive, sauf fait nouveau estimé tel par une instance supérieure. Il rend sa décision sur la base de normes légales et en se référant à des principes généraux, substantifs et procéduraux”. Giovanni Busino, “La preuve dans les sciences sociales”, *Revue européenne des sciences sociales* 41 (2003): 22.

Por lo que venimos señalando, nos surgen diversos contextos metodológicos en la evaluación de los hechos que ya no puede reducirse a un mero conocimiento, sino a una actividad.

Hablamos, pues, en ciencia de un contexto de educación, innovación, evaluación y aplicación, es decir, de que la propia metodología científica (en sentido fuerte: ciencia experimental) se abre a la elaboración interpretativa en un contexto humano y personal de diversos seres humanos que interactúan de forma sincrónica (elaborando consensos en funciones de verdad y axiológicos) y de forma diacrónica (elaborando una tradición consuetudinaria interpretativa en un saber transmitido: educación).

En este sentido, cabe señalar que, a la división entre hechos brutos y científicos, hemos de ampliar la propia división de los hechos científicos, una vez que hemos establecido que no toda racionalidad se reduce a la ciencia experimental del mundo natural (inorgánico u orgánico). Por lo que los diversos hechos interpretados desde las diversas racionalidades suponen en sí un grado de aplicación de medidas cuantitativas y cualitativas a la hora de interpretarlas. Evidentemente, no es lo mismo analizar la luz que el comportamiento humano, o como se decía en lenguaje escolástico no es lo mismo un acto humano que un acto del hombre.

Ante esta situación parece que estamos abocados a tener que admitir el papel del sujeto que realiza la cuasi inevitable interpretación: el intérprete en sí. Es el intérprete quien es el propio cuestionador de la labor interpretativa. E interpretar no supone no dejarse llevar por la arbitrariedad, lógicamente, sino que es él quien tiene la labor fundamental de evitar las experiencias desafortunadas derivadas de una mala interpretación, es decir, evitar el sentido falso o el sentido contrario. En este sentido ha de procurar poner en claro la equidad, deletrear el significado oculto. La tarea de interpretación es el horizonte del intérprete, su ideal regulador. “El trabajo de interpretación se detendría

una vez que se aclarara la afirmación o situación: *In claris cessat (non fit) interpretatio*⁶⁵.

Más allá de la propia naturaleza interpretativa de los “hechos” y en consonancia con el polo práctico de dicha interpretación experiencial de los hechos que no aparecen en bruto, el horizonte hermenéutico aparece de forma especial en la interpretación jurídica, donde se da como especificidad propia. Como argumenta Jean-Philippe Pierron:

“al igual que en la medicina –que es en sí el arte de interpretar los signos equívocos del cuerpo enfermo– la ley trabaja para interpretar los signos (las pruebas o las testificales –testimonio–) de la conflictividad inherente en el cuerpo social. De ello se deduce que lo que dramatiza la interpretación médica y jurídica, y, por lo tanto, los distingue, es que ambos están, debido al contexto en el que se desarrollan –la angustia vital del daño sufrido en la enfermedad; la violencia social del mal cometido– ponderadas por un coeficiente –es un eufemismo– de “incidencias” existenciales”⁶⁶.

El intérprete judicial se enfrenta siempre al peligro de realizar una interpretación errónea. Puede comentar un problema técnico a la hora de interpretar erróneamente el sentido de lo juzgado o del dato sociológico al que se le quiere dar una respuesta legislativa. Pero abocado el derecho a la interpretación, si no se depura la técnica, es más fácil tener errores epistemológicos e incluso éticos a la hora de dejarse llevar en la lectura y la decisión de la presión social, mediática, ideológica... En la trastienda de todo proceso interpretativo judicial (como el del símil anterior de la medicina) se encuentra la sobrecarga del sufrimiento presente en el mismo delito o falta, en la disputa o litigio generado, en la sanción o sentencia final. En el acto legislativo también aparece el hecho

65 Jean-Philippe Pierron, “Une herméneutique en contexte : le droit”, *Methodos [On line]* 13 (2013), consultado el 5 de febrero de 2019, doi: 10.4000/methodos.3040. Ello no supone que una ley de texto claro deba someterse a interpretación cuando parece hallarse en oposición con otras, no para aclarar su texto, pero sí para armonizarlo con el de ellas. Arturo Orgaz, *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales* (Córdoba: Ed. Assandri, 1961), 192.

66 Pierron, “Une herméneutique en contexte : le droit”.

del sufrimiento: la duda entre dar una respuesta a un comportamiento que genera perturbación, o generar una conducta social mediante la norma. La decisión judicial no responde solo a un problema epistemológico (conocimiento), sino a una cuestión ético-social (reconocimiento), pues el derecho ha de tener presente que no se trata de responder a una cuestión sino de resolver un hecho conflictual.

La interpretación jurídica, a diferencia de la interpretación literaria o histórica –señala Pierron– debe concluir el debate con una decisión que tenga consecuencias prácticas y vitales, de facto el intérprete constituye así el hecho jurídico. Aquí, la interpretación, además de ser una técnica, también se impone como una práctica, que se expresa en la figura simbólica y ritual de este intérprete que es el juez⁶⁷. Lo expuesto ya fue advertido por Pascal:

“Nuestros magistrados han conocido bien este misterio. Sus túnicas rojas, sus erizos, sus gatos de peluche, los palacios en los que juzgan, las flores de lis, todo este augusto aparato, era muy necesario. Y si los médicos no tuvieran sotanas y mulas, y los médicos tuvieran gorras cuadradas y vestidos sueltos de cuatro partes, nunca habrían engañado al mundo, lo que no puede resistir a este reloj tan auténtico. Si tuvieran verdadera justicia y si los médicos tuvieran el verdadero arte de curar, solo tendrían que hacer sombreros cuadrados. La majestuosidad de estas ciencias sería bastante venerable por sí misma. Pero teniendo solo ciencias imaginarias, deben tomar estos instrumentos vanos, que impactan la imaginación con la que tienen que lidiar. Y por eso, atraen el respeto”⁶⁸.

67 Pierron, “Une herméneutique en contexte : le droit”.

68 Traducción mía: “Nos magistrats ont bien connu ce mystère. Leurs robes rouges, leurs hermines dont ils s’emmaillotent en chats fourrés, les palais où ils jugent, les fleurs de lys, tout cet appareil auguste était fort nécessaire. Et si les médecins n’avaient des soutanes et des mulas et que les docteurs n’eussent des bonnets carrés et des robes trop amples de quatre parties, jamais ils n’auraient dupé le monde, qui ne peut résister à cette montre si authentique. S’ils avaient la véritable justice et si les médecins avaient le vrai art de guérir, ils n’auraient que faire de bonnets carrés. La majesté de ces sciences serait assez vénérable d’elle-même. Mais n’ayant que des sciences imaginaires il faut qu’ils prennent ces vains instruments, qui frappent l’imagination, à laquelle ils ont affaire. Et par là en effet ils attirent le respect.” Blaise Pascal, *Pensées*, ed. por Louis Lafuma (Paris: Seuil, 1978), n.º. 44.

Siguiendo el razonamiento de Jean-Philippe Pierron, la afirmación pascaliana que ridiculiza la práctica de los médicos y magistrados como ciencias imaginarias, nace del hecho de que cuando nos enfrentamos a una interpretación, esta necesita pasar por la expresividad gestual y corporal del intérprete para convertirse en un dicho. Así en las áreas donde las consecuencias de la interpretación tienen efectos que afectan de forma significativa la vida de las personas, como es el caso del derecho y la medicina, no pueden tomar a la ligera –ni lo hacen– la interpretación, porque no pueden ignorar que su función como tercer árbitro está habitada por el miedo a la arbitrariedad con consecuencias muy graves para la persona.

El profesor Mauricio Canals, respecto a la medicina, siguiendo el símil propuesto por Peirron, realizaba la siguiente reflexión:

“Un respetado profesor de mis primeros años de estudios de medicina incluía una sencilla pregunta de tres alternativas: “La medicina es: a) un arte; b) una ciencia y c) una ciencia y un arte”. La respuesta era “c”. Pasado los años, pienso que este profesor quería enseñarnos que la medicina se sustenta en una fuerte base científica, pero que la práctica médica consta de muchos otros aspectos como lenguaje, habilidades de comunicación y relaciones humanas, que no pueden ser enmarcados en el método científico”⁶⁹.

Siguiendo con esta reflexión, la validez y la exactitud de una interpretación en el ámbito del “derecho” tiene, además de un significado teórico –la luz de la verdad se dilucida en una situación inicialmente equívoca–, un significado práctico –la corrección de la decisión compromete una vida, tiene efectos en la historia vital de las personas. Literalmente conlleva problemas relativos a la vida o a la muerte relacionados con la violencia de la fuerza del derecho. “Si hay un derecho, es decir si existe una oralidad en el derecho pensando en el efecto

69 Mauricio Canals, “Bases científicas del razonamiento clínico: inferencia Bayesiana”, *Revista médica de Chile* 147 (2019): 231.

retórico que acompaña la escena judicial, es porque el sentido de lo justo no se da inmediatamente de forma intelectualmente evidente, no se agota en la única aceptabilidad racional, sino que se descifra en las expresiones simbólicas que están privadas de una comprensión decorativa de lo simbólico”⁷⁰. En cualquier caso, para protegerse contra la arbitrariedad, el derecho debe confrontarse con la explicación del estatuto de los signos en los que apoyarse para juzgar y decir el derecho. Y si esto es así no puede extrañarnos que tengamos que abrirnos a la interpretación.

Parece, pues, inevitable abrirnos a pensar sobre la interpretación de los hechos que concurren en la toma de decisiones jurídicas en todo su proceso, desde el legislativo hasta el judicial. La apertura a la interpretación ha venido marcada por su introducción en la toma de decisiones, especialmente en el contexto normativo, sobre la determinación contextual de los hechos y del mismo carácter simbólico del lenguaje explicativo. Siendo esto así, teniendo en cuenta que enjuiciar una situación –para establecer su norma o para resolver un hecho y establecer una racionalidad en los datos– supone siempre un acto de valoración que opera un sujeto humano abierto a la toma de decisiones. En este sentido, el sujeto que valora y decide lo hace con una lógica del entorno que afecta no solo al sentido contextual de un razonamiento lógico (deductivo o inductivo) como hemos señalado.

Las ciencias cognitivas se han convertido en una parte importante del panorama intelectual en los últimos veinte años aproximadamente. Y la neurociencia moderna nos muestra que es el propio razonamiento lógico el que se puede ver afectado.

⁷⁰ Traducción mía: “S’il y a du droit – voire s’il y a de l’oralité en droit si l’on pense à l’effet rhétorique attaché à la scène judiciaire –, c’est parce que le sens du juste n’y est pas immédiatement donné dans une évidence intellectuelle, qu’il n’est pas épuisé dans la seule acceptabilité rationnelle mais qu’il se déchiffre dans des expressions symboliques qui se déprennent d’une compréhension décorative du symbolique”. Pierron, “Une herméutique en contexte : le droit”.

3. MÁS ALLÁ DEL DATO PERCIBIDO. RAZONAMIENTO COGNITIVO Y HERMENÉUTICA

La “toma de decisiones” depende de un sujeto dotado de un razonamiento, pero mal haríamos en considerar el razonamiento de forma unívoca, ni tan solo el razonamiento lógico y los tipos de inferencias que existen. Esta evidencia matemática, dentro de un programa de lenguajes formales, no solo afecta al marco teórico, sino que parece cada vez más evidente que tiene un correlato biológico y cerebral. Frente a la opinión más estandarizada de neurobiólogos y psicólogos cognitivos que piensan que no puede haber una teoría matemática universal del cerebro, sino solo modelos restringidos de habilidades cognitivas específicas –puesto que la organización del cerebro humano es el resultado de múltiples evoluciones de los más diversos sistemas seleccionados por su valor de supervivencia, de forma que no podemos asegurar la optimización–, existe un marco distinto de explicación del razonamiento cerebral en las ciencias cognitivas. Este nuevo modelo explicativo se basa en la teoría matemática de la “inferencia bayesiana”⁷¹ para modelar una gran variedad de fenómenos psicológicos: percepción, inferencia estadística, toma de decisiones, aprendizaje, procesamiento del lenguaje, etc. A favor de esta explicación teórica se presentan varios factores como la sencillez de sus fundamentos axiomáticos y la profundidad de sus conclusiones justifican que se hable de una verdadera “revolución bayesiana” en las ciencias cognitivas.

El modelo matemático de la inferencia bayesiana alude al razonamiento operado en presencia de incertidumbres y probabilidades. Nadie duda de que tiene que haber un mecanismo lógico-racional a la hora de emprender una decisión ante un contexto de probabilidades. Durante un tiempo este marco lógico estuvo dominado por la lógica

71 La fórmula básica para la probabilidad condicional en circunstancias de dependencia se conoce como Teorema de Bayes. $P(A|B) = P(B \cap A)/P(A)$. En términos más generales y menos matemáticos, el Teorema de Bayes es de enorme relevancia puesto que vincula la probabilidad de A dado B con la probabilidad de B dado A.

borrosa (o difusa⁷², Pero en el ámbito de la teoría cognitivista y la neurociencia se ha insistido en el modelo bayesiano para responder al tipo de razonamiento probabilístico⁷³. Cuando el ser humano, como hemos señalado, por ejemplo, en las ciencias sociales, se tiene que enfrentar a una entrada ambigua de datos, el cerebro reconstruye la interpretación más probable.

En general, lo que propone la regla bayesiana es cómo combinar, de forma óptima, el *a priori* resultante de nuestra evolución o memoria con los datos recibidos del mundo exterior⁷⁴. Los estudios parecen indicar que muchas decisiones humanas parecen ser el resultado de una aproximación a la regla bayesiana de acumulación de pruebas, combinada con una estimación del valor esperado de las consecuencias de nuestras elecciones.

A nivel neurológico de toma de decisiones (pasar de la percepción a la decisión), según la estrategia que tiene en cuenta el modelo de inferencia bayesiana, se explica mediante un algoritmo que muestra cómo nuestro cerebro se anticipa al mundo exterior (codificación predictiva) y cómo responde a la novedad (propagación de señales de error). Cada estado del mundo (w) se traduce en una distribución de estados sensoriales inferidos (x). El problema de decisión consiste en elegir la acción ($a = d(x)$) en función de los estados sensoriales x . Las

72 Enric Trillas, Claudi Alsina y Josep-Maria Terricabras, *Introducción a la lógica borrosa* (Madrid: Ariel, 1995).

73 Como escribe: "... aunque con carácter experimental, se utilizan técnicas de lógica difusa o borrosa, que se basan en lo relativo de lo observado como posición diferencial. Este tipo de lógica toma dos valores aleatorios pero contextualizados y referidos entre sí. Los sistemas basados en lógica difusa imitan la forma de tomar decisiones de los seres humanos, con la ventaja de que son mucho más rápidos. Brindan excelentes resultados y se pueden completar con redes neuronales. Sin embargo, en el momento actual las inferencias bayesianas siguen siendo superiores en la modelación de riesgos y como técnica instrumental para la toma de decisiones". Jaime Rodrigo de Larrucea, *La investigación en seguridad. Del Titanic a la ingeniería de la resiliencia* (Barcelona: Marge Books, 2018), 78.

74 Seguimos la explicación de Mauricio Canals: "En 1763 Thomas Bayes enunció su famoso teorema: "Dada una partición del espacio muestral A , (ie: diagnósticos) y un evento B (ie: una manifestación: un hecho semiológico, un examen, etc), entonces la probabilidad condicional (o a posteriori) de A_i , dado el evento B (ie: la probabilidad de un diagnóstico dado B) es: $P(A_i|B) = P(B|A_i)P(A_i) / \sum_j P(B|A_j)P(A_j)$. Nos indica que para estimar (o actualizar) la probabilidad de un evento es necesario estimar la probabilidad a priori de $P(A_j)$ y la probabilidad de que ocurra el evento B dado cada uno de los posibles A . Canals, "Bases científicas del razonamiento clínico", 234.

acciones tienen consecuencias positivas o negativas que dependen de los estados reales del mundo, según una función de Ganancia (o Costo) $G(a,w)$. Una estrategia racional consiste en elegir la acción que maximiza la expectativa de la ganancia G .⁷⁵ Lo que viene a determinar, aunque de modo especial en el campo de la percepción, la inferencia de los modelos bayesianos en la explicación cerebral es lo que se conoce como “teoría de la codificación predictiva”⁷⁶. Esta afirma que la función de la organización jerárquica en el córtex es reconciliar las representaciones y predicciones de la entrada sensorial en múltiples niveles. Es decir, “la actividad neuronal está orientada a minimizar el error: la diferencia entre la representación de la entrada en cada nivel y la predicción originada por una representación de nivel superior”⁷⁷. Así, en esta hipótesis, nuestro cerebro (tipificado como “cerebro bayesiano”) infiere, a partir de los aportes sensoriales, un modelo interno del mundo exterior. A su vez, este modelo interno puede ser utilizado para crear anticipaciones sobre las entradas sensoriales. La teoría de la codificación predictiva asume que el cerebro está generando constantemente tales anticipaciones, y genera una señal de sorpresa o error cuando estas predicciones son violadas por entradas sensoriales inesperadas.

Esta teoría-hipótesis supone que nuestro cerebro no es un receptáculo pasivo frente a la entrada y salida de estímulos (y, por lo tanto, de datos sensoriales), sino que es un sistema activo capaz de generar predicciones y verificar su validez. Y este funcionamiento no genera en el sujeto la sensación de impredecibilidad, sino de cambio de modelación de inferencia estadística. A nivel neurológico implica

⁷⁵ Laurence T. Maloney, Hang Zhang, “Decision-theoretic models of visual perception and action”, *Vision Research* 50 (2010): 2362-2374.

⁷⁶ David Mumford, “On the computational architecture of the neocortex. II. The role of cortico-cortical loops”, *Biological Cybernetics* 66 (1992): 241–251. R. P. Rao, D. H. Ballard, “Predictive Coding in the Visual Cortex: A Functional Interpretation of Some Extra-Classical Receptive Field Effects”, *Nature neuroscience* 2 (1999): 79-87, doi:10.1038/4580

⁷⁷ Traducción mía: “The neural activities in the whole hierarchy settle to a state where the difference between the prediction and the representation of sensory input is minimal”. Naoki Kogo, Chris Trengove, “Is predictive coding theory articulated enough to be testable?”, *Frontiers in Computational Neuroscience* 9 (2015): article 111, consultado el 6 de febrero de 2019, doi: 10.3389/fncom.2015.00111

ventajas en los procesos de decisión puesto que el hecho de predecir supone un ahorro de tiempo al disponer de la información con antelación, a veces incluso antes de que llegue a los receptores sensoriales. Utilizar el pasado para predecir el presente también puede ayudar, entre otras ventajas asociadas a la economía epistemológica, a interpretar las entradas sensoriales que no son claras o incluso a reemplazar completamente un estímulo enmascarado, omitido o ausente.

Los investigadores del campo de la neurociencia cognitiva que han estudiado la hipótesis del “cerebro bayesiano” han mostrado su productividad teórico-práctica, de modo que el comportamiento animal y humano sugiere que los adultos y los niños poseen una gran capacidad de inferencia estadística en múltiples niveles (percepción, acción, lenguaje...), es decir que el ser humano aprende a ajustar sus modelos internos en función del entorno en el que se sitúa y la educación que recibe⁷⁸. Lo que es lo mismo, el ser humano individual (¿y colectivamente?) no toma los datos que recibe de forma pasiva, sino que los interpreta ineludiblemente a través de su conocimiento histórico y el entorno cultural.

Lo que nos propone el cerebro bayesiano es la insuficiencia del mero dato para la cognición humana. Esto no supone que nos introduzca en la hermenéutica. De hecho, la hermenéutica contemporánea se niega enérgicamente a concebir las ciencias de la mente a la manera de las ciencias cognitivas, ya sea la neurociencia, la psicología cognitiva o una cierta filosofía de la mente⁷⁹. Pero quizás se puede operar una lectura de las proposiciones de la neurociencia y la investigación cognitiva con las gafas de la hermenéutica⁸⁰. Y no podemos obviar que la hermenéutica filosófica contemporánea se ha esforzado por hacerlo. Más que ninguna

78 Catherine Wacongne, Jean-Pierre Changeux, Stanislas Dehaene, “A Neuronal Model of Predictive Coding Accounting for the Mismatch Negativity”, *Journal of Neuroscience* 32 (14 March 2012): 3665-3678, doi: <https://doi.org/10.1523/JNEUROSCI.5003-11.2012>

79 Louis Quéré, “8. Sciences cognitives et herméneutique”, en *Paul Ricœur et les sciences humaines*, ed. por Christian Delacroix, François Dosse et Patrick Garcia (Paris: La Découverte, 2007), 145.

80 Es el caso de Jean-Michel Salanskis, *Herméneutique et cognition* (Lille: Presses Universitaires du Septentrion, 2003).

otra corriente de pensamiento, ha intentado, sin negar nada de sus propios principios, entablar un diálogo con otras tradiciones, pues precisamente lo ajeno, según Hölderlin, es indispensable para toda apropiación de lo propio⁸¹.

En cierta manera, el pensamiento filosófico que se puede derivar de una mirada a la inferencia bayesiana nos lleva a una reflexión sobre la intencionalidad⁸². La teoría del cerebro bayesiano proporciona un modelo más, un razonamiento de predicción cognitiva, que no anula el carácter estructural de la intencionalidad y la predicción presentes en la hermenéutica, más aún, si concebimos el sentido hermenéutico de una forma más amplia que una corriente filosófica. Entendiendo la hermenéutica como una necesidad de interpretación intrínseca al acto humano de comprender la realidad y tomar decisiones en el actuar, en nuestro caso del derecho, el modelo de inferencia bayesiana proporciona una pista más en la afirmación, hermenéutica, de que las predicciones dependen de la existencia de una estructura que la hace posible (la predicción).

4. CONCLUSIÓN

Hemos intentado mostrar a lo largo de esta líneas la necesidad de abandonar una mirada reductiva de la acción racional jurídica, encerrado en un positivismo jurídico de los hechos que muestra a los tomadores de decisiones –sea la decisión de elaborar una norma y crear legislación, sea la de analizar desde la ciencia del derecho la norma y su aplicación, sea en el ejercicio mismo del derecho en su día a día judicial– como una especie de aparatos lógicos (deductivos e inductivos) capaces de extraer conclusiones infalibles a partir de los datos tal como son, es decir, partiendo de una realidad “en bruto y dada”. Es lógica la

81 Friedrich Hölderlin, *Correspondencia completa* (Madrid: Hiperion, 1990), 545.

82 Un trabajo al respecto sobre la vertiente lingüística de intencionalidad en Claude Romano, “An-scombe et la philosophie herméneutique de l'intention”, *Philosophie* 80 (2004): 60-87.

pretensión de eliminar la máxima incertidumbre en la toma de decisiones, pero ello no se consigue eludiendo la necesidad de entender la necesidad intrínseca de la interpretación en el acto de tomar decisiones.

Esta imposibilidad de una neutralidad como fuente de objetividad aparece en los propios datos, es asumido por los estudios epistemológicos referentes a la propia ciencia natural y, por último, hemos visto, es asumida por la ciencia cognitiva. No negamos, en absoluto la existencia de hechos, de datos, de evidencias y de lógicas racionales que los aborden. Pero no podemos obviar el contexto en el que el sujeto percibe e interpreta el hecho: contexto personal, histórico, cultural... Esto no debe ser novedoso, forma parte del acervo jurídico el estudio del contexto: historia, jurisprudencia, teoría, sociología del derecho... A ello se le suma el contexto diario de la toma de decisión tanto en legislación como en la práctica jurídica: presión política, presión mediática, *topos* contextuales... que afectan la decisión jurídica y alimentan la justificación argumentativa.

La venda de la justicia solo es posible si quitamos el velo de la ignorancia (*areté* –verdad– significa quitar el velo). Si asumimos el carácter ineludible de la interpretación en todos los elementos de la toma de decisiones que van del dato, al hecho (el dato dado en un momento específico y percibido por el observador), pasando por el sujeto individual y su razonamiento (que es inductivo en cuanto que percibe, predictivo e inferido en cuanto que percibe de un modo determinado, y deductivo a la hora de inferir las conclusiones de lo percibido en contexto y no de forma pura), hasta la toma de decisión que es del sujeto en contexto y del sujeto social en su momento histórico y con su tradición de pensamiento. Ante esta circunstancia no vale con aplicar filtros de objetividad, que siempre son bien recibidos, sino que es necesario dotar de herramientas de interpretación que prevengan desde el mismo acto interpretativo la arbitrariedad como exceso de la subjetividad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, Juan Ramón. “La filosofía de la ciencia «entre» la epistemología y los estudios (socio)culturales”. En *Filosofía actual de la ciencia*. Editado por Pascual F. Martínez-Freire, 59-79. Málaga: Publicaciones Universidad de Málaga, 1998.
- Arias, José A. “La fenomenología, un pensar radical (Reflexiones acerca de la distinción husserliana entre “natürliche Geisteshaltung” y “philosophisches Denken”)”. *Anales del seminario de historia de la filosofía* 1 (1980): 121-152.
- Ascher, Edgar. “Problèmes Du Relativisme”. *Revue Européenne Des Sciences Sociales* 27 (1989): 87-122.
- Bastit, Michel. “La justice générale selon saint Thomas : une politique de la félicité”. *Revue thomiste* 114 (2014): 129-142.
- Brooke, John H. “Ciencia, religión y unificación de la naturaleza”. *Pensamiento* 61 (2005) 147-156.
- Busino, Giovanni. “La preuve dans les sciences sociales” *Revue européenne des sciences sociales* 41 (2003): 11-61
- Canals, Mauricio. “Bases científicas del razonamiento clínico: inferencia Bayesiana”. *Revista médica de Chile* 147 (2019): 231-237.
- Carnap, Rudolf. “The Elimination of Metaphysics. Throigh Logical Analysis of Language”. En *Logical positivism*, editado por A. J. Ayer, 60-81. Glencoe, Il, London: The Free Press, Simon and Schuster, 1959.
- . *The Logical Structure of the World. Pseudoproblems in Philosophy*. Berkeley, CA: University of California Press, 1969.
- . “Logical Foundation of the Unity of Science”. En *Encyclopedia and Unified Science*. Vol. 1, n^o 1, editado por Otto Neurath. Chicago, Ill: The University of Chicago Press, 1938.
- Cicerón, Marco Tulio. *De Re Publica*, 2, 1.2. Cambridge: Harvard University Press, 1961.

- Cumyn, Michelle, Mélanie Samson. “La méthodologie juridique en quête d'identité”. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 71 (2013): 1-42. doi <https://doi.org/10.3917/riej.071.0001>
- Doing, Park. “‘Lab Hands’ and the ‘Scarlet O’: Epistemic Politics and (Scientific) Labor”. *Social Studies of Science* 34 (2004): 299-323.
- Duhem, Pierre. *Sozein ta phainomena. Essai sur la notion de théorie physique de Platon à Galilée*. Paris: Hermann, 1908.
- Echeverría, Javier. *Introducción a la Metodología de la Ciencia: la Filosofía de la Ciencia en el siglo XX*. Barcelona: Barcanova, 1989.
- . “Tecnociencias, capacidades de acción y valores”. *Paradoxa* 10 (2003): 107-135.
- Feyerabend, Paul. *Contra el método*. Barcelona: Ariel, 1989.
- Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975.
- Garrido, Manuel J. “Capítulo 1. Los orígenes y la Historia del Derecho”. En Manuel J. Garrido et al. *Nociones Jurídicas Básicas. Versión actualizada*, 15-33. Madrid: Editorial Universitas, 2012.
- Geslin, Albane. “L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit”. En *La recherche juridique vue par ses propres acteurs* [en línea], dirigido por Bertrand Sergues. Toulouse: Presses de l'Université Toulouse, 2016. Consultado el 15 de diciembre de 2018. <http://books.openedition.org/putc/956>. doi: 10.4000/books.putc.956.
- Gödel, Kurt. “Über formal unentscheidbare Satze der *Principia Mathematica* und verwandter Systeme”. *Monatshefte für Mathematik und Physik* 38 (1931): 173-198.
- . “Einige metamathematische Resultate über Entscheidungsdefinitheit und Widerspruchsfreiheit”. En Kurt Gödel, *Collected Works (vol. I, Publications 1929-1936)*, edición dirigida por Solomon Feferman, 141-143. New York, Oxford: Oxford University Press, 1986.
- . “Über formal unentscheidbare Satze der *Principia Mathematica* und verwandter Systeme”. En Kurt Gödel, *Collected Works (vol. I,*

- Publications 1929-1936*), edición dirigida por Solomon Feferman, 144-195. New York, Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Goodrich, Peter. "Legal hermeneutics". En *Routledge Encyclopedia of Philosophy Online*, editado por Edward Craig, Tim Crane. Londres, Nueva York: Routledge 1998. Consultado el 25 de febrero de 2019. doi: 10.4324/9780415249126-T016-1.
- Habermas, Jürgen. *Conocimiento e interés*. Madrid: Taurus, 1982.
- Hacking, Ian. *Representing and Intervening. Introductory Topics in the Philosophy of Natural Science*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.
- . "The Disunities of the Sciences". En *The Disunity of Science*. Editado por Peter Galison, David J. Stump, 109-135. Stanford: Stanford University Press, 1996.
- . *¿La construcción social de qué?*. Barcelona: Paidós, 2001.
- Harding, Sandra. *Whose science? Whose knowledge? Thinking from women's lives*. Ithaca: Cornell University Press, 1991.
- Hart, Herbert L.A. *The Concept of Law*. Edición de Postscript por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz. Introducción y notas por Leslie Green, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012
- Hayek, Friedrich A. von. *The Counter-Revolution of Science: Studies on the Abuse of Reason*. Glencoe, Ill.: Free Press, 1952.
- Heidegger, Martin. *Sein und Zeit*. Editado por Friedrich-Wilhelm von Herrmann. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1977. [*Heidegger-Gesamtausgabe*, Bd. 2, Abt. 1, *Veröffentlichte Schriften 1914-1970*].
- Hempel, Carl. G. *Fundamentos de la formación de conceptos en ciencia empírica*. Madrid: Alianza, 1988.
- Hölderlin, Friedrich. *Correspondencia completa*. Madrid: Hiperion, 1990.
- Husserl, Edmund. *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*. Barcelona: Crítica, 1991.

- Isaac, Jean. *Le Peri hermeneias en occident de Boèce à Saint Thomas. Histoire littéraire d'un Traité d'Aristote*. Prais: Vrin, 1953.
- Kaufmann, Arthur. "Entre el iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 50 (2016): 133-142.
- Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Editado por Matthias Jestaedt, sobre la primera edición de 1934. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- Kerlinger, Fred N. *Investigación del comportamiento. Técnicas y metodología*. México: Interamericana, 1975.
- Kogo, Naoki, ChrisTregove. "Is predictive coding theory articulated enough to be testable?". *Frontiers in Computational Neuroscience* 9 (2015): article 111. Consultado el 6 de febrero de 2019. doi: 10.3389/fncom.2015.00111.
- Kuhn, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago, Ill: University of Chicago Press, 1962.
- . *Segundos pensamientos sobre paradigmas*. Madrid: Tecnos, 1978.
- Lakatos, Imre. *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*. Madrid: Tecnos, 1974.
- Lázaro, Manuel. "Ciencia y religión: ¿es posible el diálogo? respuesta desde la filosofía", *Naturalea y gracia* 52 (2005): 527-568.
- La Torre, Massimo. "Le modèle hiérarchique et le Concept de droit de Hart". *Revus* 21 (2013): 117-139.
- Le Moigne, Jean-Louis. *Les épistémologies constructivistes*. Paris: PUF, 2007.
- López Cerezo, José Antonio, Javier Sanmartín, Marta Isabel González. "El estado de la cuestión. Filosofía actual de la ciencia". *Diálogo Filosófico* 29 (1994): 164-208.
- Losee, John. *Introducción histórica a la filosofía de la ciencia*. Madrid: Alianza Universidad, 1987.

- Mach, Ernst. *Die Mechanik in ihrer Entwicklung*. Leipzig: F. A. Brockhaus, 1883.
- Maloney, Laurence T., Hang Zhang. “Decision-theoretic models of visual perception and action”. *Vision Research* 50 (2010): 2362-2374.
- Merton, Robert K. *La sociología de la ciencia*. Madrid: Alianza Editorial, 1977.
- Moulines, C. Ulises. *Pluralidad y recursión. Estudios epistemológicos*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.
- Mumford, David. “On the computational architecture of the neocortex. II. The role of cortico-cortical loops”. *Biological Cybernetics* 66 (1992): 241-251.
- Muñoz de Baena, José Luis, José Carlos Muínelo (coords.). *Filosofía del Derecho. Lecciones de hermenéutica jurídica*. Madrid: UNED, Sínderesis, 2019.
- Negretto, Gabriel L. “¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 40 (1995): 49-74.
- Orgaz, Arturo. *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*. Córdoba: Ed. Assandri, 1961.
- Otero, Edison. “El «Programa Fuerte» en sociología de la ciencia y sus críticos”. *Revista austral de ciencias sociales* 2 (1998): 89-94.
- Pascal, Blaise. *Pensées*. Editado por Louis Lafuma. Paris: Seuil, 1978.
- Pasquier, Emmanuel. *De Genève à Nuremberg. Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*. Paris: Editions Classiques Garnier, 2012.
- Peña, José (coord.). *Carl Schmitt y el decisionismo jurídico*. Madrid: Fundación Universitaria San Pablo CEU, 2015.
- Pierron, Jean-Philippe. “Une herméneutique en contexte : le droit”, *Methodos* [On line] 13 (2013), consultado el 5 de febrero de 2019, doi: 10.4000/methodos.3040.

- Poincaré, Henri “Sur la valeur objective de la science”. *Revue de métaphysique et de morale* 10 (1902): 263-293.
- . *La Valeur de la science*. Paris: Flammarion, 1905.
- . *La Science et l’Hypothèse*. Paris: Flammarion, 1917.
- Popper, Karl. R. *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos, 1985.
- Porlán, Rafael. *Constructivismo y escuela*. Madrid: Díada Editora, 1995.
- Principe, João. “Sources et nature de la philosophie de la physique d’Henri Poincaré”. *Philosophia Scientiæ* 16 (2012): 197-222. doi: 10.4000/philosophiascientiae.749
- Putman, Hilary W. “What Theories are Not”. En *Logic, Methodology and Philosophy of Science. Proceeding of the 1960 International Congress*, editado por Ernest Nagel, Patrick Suppes, Alfred Tarski, 240-251. Stanford, CA: Stanford University Press, 1962.
- Quéré, Louis. “8. Sciences cognitives et herméneutique “. En *Paul Ricœur et les sciences humaines*, editado por Christian Delacroix, François Dosse et Patrick Garcia, 145-165. Paris: La Découverte, 2007.
- Rabault, Hugues. “Le problème de l’interprétation de la loi : la spécificité de l’herméneutique juridique”. *Le Portique. Revue de philosophie et de sciences humaines* 15 (2005). Consultado el 3 de marzo de 2019, URL: <http://journals.openedition.org/leportique/587>.
- Rao, R. P. y D. H. Ballard. “Predictive Coding in the Visual Cortex: A Functional Interpretation of Some Extra-Classical Receptive Field Effects”. *Nature neuroscience* 2 (1999): 79-87. doi:10.1038/4580.
- Rodrigo de Larrucea, Jaime. *La investigación en seguridad. Del Titanic a la ingeniería de la resiliencia*. Barcelona: Marge Books, 2018.
- Romano, Claude. “Anscombe et la philosophie herméneutique de l’intention”. *Philosophie* 80 (2004): 60-87.
- Salmon, Wesley C. *Four Decades of Scientific Explanation*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

- Schmitt, Carl. *Politische Theologie Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1922.
- Schleiermacher, Friedrich Daniel Ernst. *Sämtliche Werke*. Berlín: Reiner, 1835-1864.
- . *Hermeneutik und Kritik*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1977.
- Taylor, Charles. *La liberté des modernes*. Paris: PUF, 1987.
- Trillas, Enric, Claudi Alsina y Josep-Maria Terricabras, *Introducción a la lógica borrosa*. Madrid: Ariel, 1995.
- Varios, *Reexamen del neopositivismo. VI Encuentro de la Sociedad Castellano-Leonesa de Filosofía, 8-10 de noviembre de 1990*. Salamanca: Sociedad Castellano-Leonesa de Filosofía, 1992.
- Verley, Xavier. *Poincaré ou le renouveau de la philosophie naturelle*. Paris: Les Belles Lettres, 2009.
- Viala, Alexandre. “Le positivisme juridique : Kelsen et l’héritage kantien”. *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 67 (2011): 95-117. doi: <https://doi.org/10.3917/riej.067.0095>
- Wacongne, Catherine, Jean-Pierre Changeux, Stanislas Dehaene. “A Neuronal Model of Predictive Coding Accounting for the Mismatch Negativity”. *Journal of Neuroscience* 32 (14 March 2012): 3665-3678. doi: <https://doi.org/10.1523/JNEUROSCI.5003-11.2012>
- Wroblewski, Jerzy. “Les langages juridiques: une typologie”. *Droit et société* 8 (1988): 13-27.

Manuel Lázaro Pulido
 Departamento de Filosofía
 Universidad Nacional de Educación a Distancia
 Calle Paseo Senda del Rey, 7 (Edificio de Humanidades)
 28040 Madrid (España)
 Departamento de Ciencias del Derecho (Chile)
 Universidad Bernardo O’Higgins
 mlazarop@fsf.uned.es
<https://orcid.org/000-0002-0064-5293>



**PERFORMATIVIDAD Y NOMINALISMO EN LA FILOSOFÍA
POLÍTICA DE BUTLER: NUEVAS VERSIONES
DE UN VIEJO PROBLEMA**

***PERFORMATIVITY AND NOMINALISM IN BUTLER'S PO-
LITICAL 'PHILOSOPHY: NEW VERSIONS OF AN OLD
PROBLEM***

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 05/07/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

El texto cuestiona radicalmente la continuidad entre el marxismo y la filosofía política *queer*, y lo hace desde un análisis de las bases epistemológicas (nominalistas) de esta última, condensadas en la performatividad del sexo. El escepticismo sobre la posibilidad de los conceptos universales conduce a negar todo discurso centrado en dualidades (naturaleza-cultura, masculino-femenino, público-privado, objetivo-subjetivo...), lo que significa impugnar cualquier propósito emancipador, al privarlo de sus herramientas teóricas. Lo *queer* reduce el panorama de lo político a un escenario de sujetos escindidos, capaces de articularse circunstancialmente pero no de comprender lo que los une: quedan reducidos a sus identidades, siempre mudables porque son una suma de diferencias. Por último, se busca un planteamiento de estas cuestiones que supere las aporías de lo *queer* mediante un planteamiento hermenéutico.

Palabras clave: Performatividad, nominalismo, Butler, identidad.

ABSTRACT

The text radically questions the continuity between Marxism and Queer political philosophy, and it does so from an analysis of the epistemological bases nominalists of the latter, condensed in the performativity of sex. Skepticism about the possibility of universal concepts leads to denying any discourse centered on dualities (nature-culture, masculine-feminine, public-private, objective-subjective ...), which means denying any emancipatory purpose, by depriving it of its theoretical tools. Queer political philosophy reduces the political landscape to a scenario of split subjects, capable of articulating circumstantially but not understanding what unites them: they are reduced to their identities, always changeable because they are a sum of differences. Finally, an approach to these issues is sought that overcomes the aporia of queer through a hermeneutical approach.

Keywords: Performativity, nominalism, Butler, identity.

Sumario: 1. *Introducción.* 2. *La autonomía de lo cultural.* 3. *La persistencia de la justicia distributiva.* 4. *La indisponibilidad del sexo.* 5. *Los problemas teóricos de lo queer: el uso y abuso de los performativos y la constitución lingüística de la identidad.* 6. *Una salida hermenéutica de las aporías de lo queer.*

1. INTRODUCCIÓN*

No es aventurado sostener que la sorprendente inanidad de la izquierda postmoderna actual, a pesar de tener como adversario a un sistema de capitalismo financiero insostenible, es tributaria de su desconexión de los problemas reales y su empeñamiento en la certeza de que las palabras crean cosas; o, dicho de otro modo, en su rechazo total a todo problema ontológico, acaso la parte más reductora de su herencia foucaultiana. Ello la ha conducido al intento de apurar todos los *post* posibles: postestructuralismo, postcolonialismo, postfundacionalismo y, resumiéndolos a todos, postmodernismo. En el extremo –y el extremo es, a mi entender, el feminismo de Butler–, podemos resumir

* Agradezco profundamente a mi amiga y compañera Carmen Huici, catedrática de Psicología Social en mi universidad, la inestimable ayuda que me ha prestado en la búsqueda de la bibliografía científica relativa al dimorfismo sexual.

este movimiento teórico en dos aspectos conexos: la negación de cualquier tipo de evidencia de carácter no cultural y la reducción de lo real a lo lingüístico. El resultado es, a mi entender, una desarticulación radical de los ideales emancipatorios, a los que se considera, en la actual situación de la teoría social, imposibles de reducir a la unidad (como si ese ejercicio de univocismo fuese la clave de la solución)¹; además, dada la total liberación –dilución más bien– de los significantes, cada lenguaje emancipatorio es susceptible de contar un relato, eventualmente en conflicto con los otros mini o microrrelatos, envuelto en derechos subjetivos reales o imaginarios, en una fragmentación de lo político, de lo *común*, que tiende dramáticamente a lo fractal. No resulta extraño que últimamente se hayan multiplicado las voces que denuncian, tras el culto a la diversidad, una suerte de maniobra de diversión del sistema, al cual nada amenaza ya seriamente (Bernabé 2018). Tampoco puede extrañar que los partidos socialdemócratas de *tercera vía* sean entusiastas defensores de las llamadas políticas de profundización en los derechos, centradas casi exclusivamente en el enfoque LGTBIQ+, ya que su propia condición de reformistas mantenedores del sistema económico los hace propensos a utilizar las vindicaciones identitarias como una mercancía electoral fácil de capitalizar².

Lo anticiparé con la radicalidad que requiere: estimo que la dilución de todo contenido político sustancial en lo simbólico-cultural es, además de una traición a la izquierda política, un suicidio. Y el arma humeante no es sino el viejo nominalismo filosófico al que hoy resulta innecesario mencionar por su nombre, porque el rechazo casi omnipre-

1 “La historia del sujeto es la historia de sus identificaciones, y no hay una identidad oculta que deba ser rescatada más allá de la última identificación (...) ningún centro de subjetividad precede a las identificaciones del sujeto” (Mouffe 1996, 3).

2 Acaso el ejemplo más señalado sea el del primer mandato de Rodríguez Zapatero, que disfrazó eficazmente sus políticas neoliberales (continuación en lo esencial del boom inmobiliario, devolución de cuatrocientos euros a todos los ciudadanos, supresión del impuesto sobre el patrimonio...) gracias a dicha profundización en los derechos, que presentaba la ventaja de su escaso coste presupuestario. Las medidas con un carácter más genuinamente emancipador, como las relativas al cambio de modelo energético o a la atención remunerada a la dependencia, carecían de soporte presupuestario adecuado y no necesitaban el feroz ataque de que fueron objeto por parte de la derecha para convertirse en poco más que brindis al sol.

sente de cualquier visión coherente e integrada de lo real lo impone por doquier. Como dijo Borges, la victoria del nominalismo es tan amplia, que su nombre es ya inútil: nadie se llama nominalista porque nadie hay que sea algo diferente.

Esa renuncia a adscribir a los términos tradicionales de la teoría social y la teoría de la justicia un significado estable y operativo (incluso por la tímida vía de lo procedimental, al modo de Rawls) ha dinamitado cualquier intento serio de rehabilitar el viejo concepto de justicia distributiva, puesto que la redistribución está dejando paso al reconocimiento como vindicación crucial de las sedicentes izquierdas. Los términos en que la propia Butler enunció el problema, hace ya más de veinte años, reconocían que era frecuente la certeza de que el postestructuralismo había bloqueado al marxismo, operando como “...una corriente destructiva, relativista y políticamente paralizante” y generando una “...imposibilidad de ofrecer explicaciones *sistemáticas* de la vida social o de sostener normas de racionalidad, ya sean objetivas, universales o de ambos tipos” (Butler 2016, 68).

2. LA AUTONOMÍA DE LO CULTURAL

Ciertamente, Butler, como buena representante de esa filosofía de la sospecha que permea los estudios culturales, hace bien en desconfiar de un constructo como el de clase social, empeño en el que está acompañada de multitud de pensadores próximos al postestructuralismo; entre ellos, cabría destacar a Laclau y Mouffe. El argumento es bien conocido: no deberíamos presuponer que la diferencia entre lo material y lo cultural es clara y terminante. Quienes lo dan por establecido, no pretenden otra cosa que “...restablecer lo universal por decreto, ya sea empleando la precisión imaginaria de la racionalidad habermasiana o mediante las concepciones del bien común que priorizan un concepto de clase racialmente neutro” (Butler 2016, 73); en un sentido similar se

manifiesta Mouffe (Mouffe 1996, 12), que considera a toda noción sustantiva del bien común incompatible con la moderna democracia³. Quizá, por cierto, deberíamos preguntarnos si la teoría social de los últimos treinta años no ha pretendido más bien lo contrario: disolver lo universal en lo particular por decreto, incluyendo el concepto de bien común, debido al desplazamiento desde una teoría centrada en la distribución a otra basada en el reconocimiento.

El problema, a mi entender, no es que la pensadora estadounidense se instale en ese recelo hacia el universalismo (el pensamiento solo avanza recelando), pues resulta indudable que sostener algo así como la *unidad de la clase obrera* en nuestros tiempos no es posible sin muchas precisiones. Tampoco, a mi entender, radica en su feminismo, pues este movimiento se ha mostrado tan capaz de conseguir grandes transformaciones sociales, que sería difícil discutir su carácter emancipatorio; de hecho, Butler ha reprochado a sus críticos que, al censurar la doctrina *queer*, atacan precisamente a la parte más activa de la izquierda (Butler 2016, 73). Pero no sé si esto es un argumento solvente, al menos si aún nos importa el *qué* de una actividad frente al *cómo*.

El problema es otro: al situar el discurso de la emancipación sobre fundamentos totalmente inestables (la aspiración, no ya a una tenue e imprecisa identidad colectiva, sino al reconocimiento de cada identidad, sin más base que la autopercepción), la filosofía política centrada en lo *queer* impide una teoría de la justicia digna de ese nombre. Pues una tal teoría ha de tomar posición con respecto a algo tan comprometido como los *criterios* del reparto: posición económica, trabajo, necesidades... Y eso supone, por más que se particularice cada situación, partir de la posibilidad, de la necesidad, de un lenguaje común capaz de hacer valer categorías universales (la justicia lo es, por más que se aplique a cada caso concreto de un modo diferente), lo que resulta contradictorio con

3 Con todo, cabe preguntarse si hay una consideración del bien común que no sea sustantiva.

una posición teórica como la de Butler⁴. Es concebible que una mayoría de la población oprimida pueda apoyar una doctrina como la *queer* sin renunciar a los ideales universalistas de las izquierdas, pero situar aquella en el núcleo mismo de la lucha política supone, sin demérito de sus vindicaciones, instalar el sentido de las izquierdas en lo accidental y no en lo esencial, como luego veremos. Y ello hace difícil la compatibilidad con otros movimientos emancipatorios, siquiera bajo la cobertura, tan postmoderna, de la articulación. En el límite, la teoría (anti)política *queer* acaba con todo discurso posible sobre la justicia, pues no establece más que un criterio normativo de igualdad: el derecho a ejercer la propia diferencia. Luego mostraré que esto constituye un problema tanto estratégico como teórico.

Butler planteaba ya esta cuestión en su célebre polémica con Fraser hace casi un cuarto de siglo, incapaz de asumir el problema: sin dejar de reconocer que el identitarismo estrecha el campo político, afirmaba a la vez que la unidad en la vindicación “...no debería erigirse sobre la síntesis de un conjunto de conflictos, sino que habría de constituirse como *una manera de mantener el conflicto de modos políticamente productivos*, como una práctica contestataria que precisa que estos movimientos articulen sus objetivos bajo la presión ejercida por los otros, sin que esto signifique exactamente transformarse en los otros” (Butler 2016, 73).

El temor a la síntesis es más que comprensible en una perspectiva *post*, pero *es que no es necesaria una síntesis* (tampoco, por cierto, una

4 El modo en que Butler se refiere a este concepto es comprensible en quien, como Foucault, ha llevado su nominalismo hasta el límite, negando casi cualquier núcleo normativo, cualquier criterio material de justicia más allá del propio cuerpo: lo común, so capa de rehuir todo idealismo, se disuelve en individualidades autorreferentes y lo social aparece evanescente, como un milieu que siempre está en segundo plano: “...cuando los cuerpos se reúnen con el fin de expresar su indignación y representar su existencia plural en el espacio público, están planteando a la vez demandas más amplias: estos cuerpos solicitan que se los reconozca, que se los valore, al tiempo que ejercen su derecho a la aparición, su libertad, y reclaman una vida vivible (...) el «yo» es al mismo tiempo un «nosotros», al que no se ha tenido que fusionar en una unidad imposible (...) lo individual, aun cuando sea autorreferencial en un grado elevado, está aludiendo siempre a sí mismo a través de una forma mediadora, a través de los medios, y el propio lenguaje con el que se reconoce a sí mismo viene de otro lugar” (Butler 2017, 33, 58, 215).

jerarquización): la unidad proviene, a mi entender, de la posibilidad de cruzar las vindicaciones por un denominador común coherente que vaya más allá del mero “¿qué hay de lo mío?”. Y eso supone, me temo, el recurso a la justicia que Butler invoca, a la vez que la problematiza de continuo, y al *bien común* que, como todos los autores postmodernos, denuesta; un rechazo que comparte, dicho sea de paso, con los neoliberales, tan instalados como ella en un modelo social de identitarismo atomizador, bien que de fundamento muy diferente. No se ve bien qué podría articular una protesta generalizada que no fuese *común*; tampoco es fácil imaginar qué podría defenderse como común que no fuese un *bien*, o que no se percibiese como tal⁵.

Una de las cuestiones cruciales es –y tanto Butler como Fraser lo vieron claro en su polémica– si el problema es de naturaleza estratégica o teórica. Declinado de antemano el intento de producir una teoría social capaz de albergar lo diverso y concebirlo de modo unitario –no en vano el postfundacionalismo rechaza todo fundamento necesario de lo político–, el problema se acerca, me parece, más a lo estratégico que a lo teórico: cómo unir lo que la teoría social ha separado previamente. El problema, para los *post* en general, no puede ser teórico porque han renunciado a la teoría, en sentido fuerte. Pensemos en la *articulación* a la que se refiere Mouffe: una mera yuxtaposición o coordinación de vindicaciones, a las que nada une trascendentalmente porque los criterios para postular una tal unión han sido meticulosamente despedazados... como lo ha sido todo aquello que permite –Foucault *dixit*– ejercer el juego consolador de los reconocimientos.

5 La reducción del bien común a pretensiones inconmensurables que lo refutan es un fenómeno típicamente liberal. Pensemos en uno de los padres del neoconservadurismo, I. Kristol, partidario de un nacionalismo sin complejos y del mantenimiento del imperialismo militar de los EE.UU., de quien se recuerda alguna frase comparando el reconocimiento de la homosexualidad con la pornografía. En *Neoconservatism*, podemos leer: “...the liberty of a liberal society derives from a prevalent skepticism as to anyone’s ability to know the ‘common good’ with certainty, and from the conviction that the authorities should not try to define this ‘common good’ in any but a minimal way” (Kristol 1995).

Creo que, si examinamos el rumbo de las concepciones políticas de la Modernidad, el motivo de esta limitación aparecerá con cierta claridad: *se trata de concebir del modo más articulado y operativo posible –esto es, en términos estratégicamente viables– un todo que es solo la suma de sus partes, porque nada lo cruza en su integridad*. Ese es el sentido de la teoría política hobbesiana y, en general, de los modelos contractualistas. Se trata, desde luego, del problema epistemológico basal de toda teoría política liberal: los sujetos son concebidos como entidades discretas –o posiciones determinadas, en términos postmodernos– a las que nada une necesariamente, pues solo el discurso del poder los articula de modo precario. La ausencia de universales con fundamento real tiende a la disolución de todo vínculo social, lo que impone la necesidad de buscar principios unitivos, siempre provisionales, siempre desechables. La Modernidad los produjo por doquier: una naturaleza vicaria (Locke), una personalidad moral (Pufendorf), una voluntad colectiva (Rousseau), una eticidad (Hegel), una autolimitación estatal (Jellinek), una clase social oprimida (Marx), una fusión de lo político en lo jurídico (Kelsen). Por eso lo que caracteriza al pensamiento moderno, pese a su enorme diversidad, es que se instala en la categoría de *lo posible*. La ya larga historia de la Modernidad consiste en eso: en superar la tendencia a la disolución del cuerpo social ínsita en su posición inicial nominalista, y en hacerlo mediante formas *ad hoc*, cada vez más tendentes a consagrar el predominio del Estado y el sistema y llamadas, como sostuvo Adorno en su *Dialéctica negativa*, a ser sustituidas cada una por la siguiente. En este punto, nada separa a la era moderna de la postmoderna, salvo en que la primera veía un sentido en la pretensión de buscar solución a esa tendencia mediante los referidos principios unitivos (Muñoz de Baena 2018). Como es sabido, tras Foucault y Lyotard quiebra la posibilidad de invocar principios capaces de organizar lo social y político en estructuras binarias (naturaleza-cultura, público-privado, derecho objetivo-derecho subjetivo)⁶. Y la Modernidad

6 A propósito de Butler, M. A. Campagnoli lo resume muy precisamente: “Tradicionalmente la

retorna, tras su crisis a mediados del XX, al patrón nominalista que la alumbró cuatro siglos antes, tras lo cual no resta sino un continuo agitarse de vindicaciones mutuamente inconmensurables y no reducibles, al contrario que las modernas, a un sujeto histórico privilegiado (el proletariado, si nos mantenemos en el ámbito de la teoría emancipatoria tradicional). Persiste la categoría fundamental, exacerbada hasta el límite: lo posible frente a lo actual, en sentido aristotélico. Solo que *ya no hay límites para esa posibilidad, ni siquiera el de lo real*, pues la realidad se considera el producto de una imputación lingüística. Más adelante veremos hasta qué punto.

Aquí es donde las teorías *post* están llamadas a quebrar y hacer imposibles los precarios fundamentos de las teorías políticas modernas con su énfasis en lo cultural, ya muy evidente en Althusser⁷. Los mundos simbólicos son irreducibles y su presencia (su omnipresencia) hace saltar la estricta correspondencia entre ideología y clase social del marxismo clásico.

3. LA PERSISTENCIA DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

Pese a ello, el viejo discurso sobre la justicia no ha desaparecido de la teoría feminista. De hecho, una feminista de izquierdas plenamente coherente con ambas condiciones, como Nancy Fraser, puso de manifiesto, en su polémica con Butler, que una teoría feminista coherente no puede dejar que el reconocimiento ahogue a la distribución. La autora, que pese a su asunción de muchos de los postulados *post* no olvida la esencia del ideal emancipatorio, lo deja bien claro: el problema son las

‘justicia’ como valor ético eminente se sostiene merced al privilegio del ámbito público, que conlleva a su vez la previa exclusión del ámbito de lo privado personal con los valores que le son asociados: cuidado, nutrición, afectividad, solidaridad, interrelación, como irrelevantes para la ética. De este modo, la jerarquía Justicia/Cuidado se encabalgaba sobre las correspondientes Público/Privado, Cultura /Naturaleza, Masculino/Femenino. Entendemos estas jerarquías como resultado de complejas construcciones sociopolíticas” (Campagnoli 2015, 255).

⁷ Un énfasis ya anticipado en Gramsci y en los frankfurtianos. Precisamente es Althusser el pensador que Butler utiliza para negar la cesura entre lo material y lo cultural.

circunstancias en que la política del reconocimiento puede contribuir a la de la redistribución, lo cual la lleva a preguntarse: “¿Cuál de las muchas variantes de la política de la identidad entra mejor en sinergia con las luchas por la igualdad social? ¿Y cuáles tienden a interferir con estas últimas?” (Fraser 2016, 25).

La pretensión de Fraser de elaborar una crítica de la redistribución es sensata; su convicción de que la falta de reconocimiento es real y no meramente cultural resulta también muy acertada. Con todo, encuentro cuestionable su intento de mantener distribución y reconocimiento en un cierto equilibrio, aún más, de afirmar que la ausencia de este último es tan contraria a una participación igualitaria como las desigualdades distributivas (Fraser 2000, 126). Pues *la redistribución, por su referencia esencial al reparto de bienes y cargas en una sociedad, es la categoría basal y más comprensiva*. No hace falta ser materialista para suscribir el *primum vivere* que ya enunciaron los romanos; no creo que se pueda obviar que la justicia tiene como fondo a los bienes básicos antes que a los derechos, dado el carácter tercamente tangible de aquellos; habría, en fin, que estar muy poco reconciliado con lo real para ignorar que la consecución de lo que nos permite mantener la vida es lógicamente anterior a cuanto puede ayudarnos a disfrutarla⁸. Con todo, si tenemos en cuenta la deriva que ha sufrido el concepto de materialidad con el pensamiento *post*, como luego veremos, no puede extrañar que se equipare falta de reconocimiento con ausencia de bienes básicos.

Si algo muestra esto, es que la escisión entre reconocimiento y distribución se mantiene hoy como una de las cuestiones fundamentales en la teoría feminista; un conflicto que no aparece en la gran adalid del feminismo de izquierdas de los setenta y ochenta, Angela Davis. Esta autora marxista sin complejos, a quien se puede considerar modélica

8 No otra evidencia tenía delante Rawls, el máximo teórico de la redistribución en el siglo XX, cuando intentó elaborar una teoría de la justicia que no quedase en flatus vocis; y lo hizo en contra, precisamente, de los liberales radicales que pretendían reducir lo político a un reconocimiento de las identidades individuales, como si estas fuesen anteriores a los bienes. Algo, me temo, muy similar a lo que pretende Butler, aunque con propósitos diferentes.

tanto por su teorización como por su valiente enfrentamiento al sistema, vincula raza negra, sexo femenino y clase social baja de un modo inescindible (resulta chocante que hoy en día, la viabilidad discursiva del segundo de los conceptos esté siendo cuestionada, precisamente, por las feministas *queer*), pero no deja de tener claro que los tres modos de opresión nacen de la injusticia en el reparto de los bienes⁹. En este mismo sentido, Frank Lilla ha recordado, muy recientemente, que el gran movimiento de los derechos civiles nacido en los sesenta fue la plantilla para garantizar los derechos identitarios: mujeres, homosexuales, etc. (Lilla 2018, 74). Desde luego, no al revés.

En cualquier caso, si algo resulta evidente en la polémica es hasta qué punto los discursos sobre la identidad y el reconocimiento se han hecho –artificialmente– antitéticos en la teoría *queer*; escisión que se debe, estimo, a una deficiente interpretación por algunas de sus defensoras de las bases filosóficas de la Modernidad. Un ejemplo lo mostrará adecuadamente: el argumentario de Fraser frente a Butler, la importancia que concede a las teorías neohegelianas del reconocimiento (Taylor, Honneth), consideradas como de carácter ético y, por tanto, centradas en el concepto de *vida buena* frente a las teorías morales del procedimentalismo kantiano, demuestra ciertamente su buen conocimiento de la filosofía moral contemporánea y su capacidad para enfocar el problema fundamental, esto es, que la pretensión de reconocimiento “...implica la tesis hegeliana, considerada a menudo opuesta al individualismo liberal, de que las relaciones sociales son anteriores a los individuos y la intersubjetividad es anterior a la subjetividad” (Fraser 2008, 85)¹⁰. Pero no ayuda a clarificar la cuestión de los fundamentos teóricos del reconocimiento, ya que se mantiene dentro de los postulados (según

9 “...siempre he insistido en la prioridad de la práctica radical por encima de la identidad pura y simple. Importa más qué haces para facilitar la transformación radical que cómo te imaginas que eres. Y, claro, como ya he indicado, las categorías de género y raza, al igual que la sexualidad y la clase, sólo son significativas dentro de unas interrelaciones más complejas” (Colera 2016).

10 “...a diferencia de la redistribución, suele interpretarse que el reconocimiento pertenece a la “ética”, en cuanto opuesta a la “moral”, es decir, que promueve los fines fundamentales de la autorrealización y la vida buena, frente al “derecho” de la justicia procedimental”.

Butler, dualistas y esencialistas) de la Modernidad. Por cierto, la *vida buena* es un concepto anterior en más de dos milenios a Hegel; una aspiración de raigambre aristotélica, reactivada por el comunitarismo. Y podemos ver, sin duda, el reconocimiento en clave de *vida buena*, no otra cosa hacen los comunitaristas, pero no existe una *vida buena* en interpretación *post*, pues ese concepto supone una opción por lo materialmente bueno, concebido en términos intersubjetivos, que resulta imposible de conciliar con el constructivismo extremo de Butler y su cuestionamiento de cualquier universal¹¹. Si hemos de polemizar sobre Butler, nada de esto sirve¹².

Por eso debo volver a mi argumentación: *el problema no es, creo, lo que la teoría de Butler tiene de feminista radical* (Davis y Fraser también lo son), *sino lo que tiene de postmoderna*, esto es, basada en una concepción del lenguaje que lo hace perennemente disponible por la voluntad, con el resultado de enervar cualquier pretensión universalista. Veamos esto con cierto detalle.

4. LA INDISPONIBILIDAD DEL SEXO

Difícilmente podremos dejar de ver esta característica en su concepción del sexo, al que considera una construcción cultural; creo que es en este punto, central en su filosofía, donde más claramente la autora estadounidense hace imposible un discurso articulado sobre lo justo.

¹¹ Yendo al extremo opuesto, tampoco podremos asociar sin más lo moral-procedimental (Rawls) con la redistribución, pues ello supondría obviar, por ejemplo, a la filosofía política republicana (Pettit, Barber), que es tan redistributiva como ética, y que vindica tanto el concepto de vida buena como el de bien común.

¹² Butler trata la cuestión de la vida buena, a mi entender, de un modo equivocado, al separarla totalmente de toda cuestión moral sustantiva (lo que, por otra parte, es comprensible en ella): "...quienes no llevan una buena vida pueden estar disfrutando también del bienestar material y de la seguridad. Y esto es aún más claro en el caso de quienes disfrutaron de una buena vida gracias a la explotación del trabajo de los demás o del aprovechamiento de un sistema económico que afianza algunas formas de desigualdad" (Butler 2017, 196). Ni unos ni otros llevan una vida buena ni una buena vida: a lo más, viven bien.

Cualquier profesional de la antropología aceptaría sin reservas que el género es una construcción cultural, producida a partir de la existencia de excedentes, y que su función es la de no asociar inexorablemente una cierta configuración genital y fisiológica a un determinado rol¹³. Pero la atribución de un rol (un género) a un sexo determinado es lo máximo que podemos introducir de cultural en esta cuestión. Y no es poco. La biología, la fisiología, han dispuesto de millones de años para determinar un modo de reproducción basado inexorablemente en la distinción sexual. Podemos alojar el óvulo en un tubo de ensayo, quizá algún día podamos conseguir que se desarrolle en el interior de un varón –si es que eso tiene algún sentido–, pero no nos es posible prescindir de un espermatozoo y un ovocito. En este aspecto, los humanos estamos sujetos a nuestra diferenciación por sexos (no géneros), debido a un encadenamiento de cuatro evidencias enojosamente imposibles de obviar: la pervivencia de la especie equivale a la reproducción; no existe reproducción sin mezcla de células reproductoras; esa mezcla requiere una dualidad de sexos (sexos, no géneros); dicha dualidad no es obvia-ble, solo ligeramente moldeable por la cultura.

Cuestión diferente es que el avance de la cultura y de la tecnología permita a ciertos sujetos liberarse de la tensión que supone asumir inexorablemente la carga cultural del género asociada al sexo. Algo que, al proporcionar –culturalmente– los medios para liberarse de un rol sexual no deseado, debe entenderse como un avance de la civilización; solo las posiciones más reaccionarias podrían ignorarlo. Pero eso afecta únicamente al género, el cual, como construcción cultural –emancipadora- levantada sobre el sexo, sí es manipulable por el lenguaje. Por el contrario, *el sexo mismo está fuera de nuestro alcance, no es construible ni deconstruible*: dos lesbianas siguen siendo mujeres, aunque su conducta sexual y afectiva no encaje en el estándar social. Una

13 En efecto, entre las tribus primitivas, la homosexualidad –esto es, la asunción de un género diferente del atribuido al propio sexo- no es tolerable porque disminuye las posibilidades de mantener la tribu, que devendría inviable en el límite. Algo de lo que nuestras sociedades han podido, afortunadamente, prescindir.

persona transexual puede ser declarada mujer u hombre mediante una ficción jurídica útil, pero seguirá siendo esencialmente un hombre o una mujer con tendencias atípicas en su sexo. Incluso si redujésemos la sexualidad a la genitalidad –lo que no es, desde luego, el propósito del proyecto feminista radical–, la alteración quirúrgica de, por ejemplo, unos órganos sexuales externos masculinos para darles la apariencia y funcionalidad de los femeninos dejaría intacto otro órgano masculino como la próstata y, huelga decirlo, no podría alterar la configuración cromosómica del sujeto. De hecho, esas eventuales manipulaciones (absurda la primera, imposible la segunda) no serían necesarias para liberar –emancipadoramente; no creo que se pueda, ni deba, negar esto– al sujeto de su disforia. Que, no en vano, la OMS denomina disforia *de género*¹⁴.

El texto que Butler dedicó al tratamiento de la intersexualidad por Foucault en *El género en disputa* (Butler 2007, 82) incide en algo que no hace sino avalar este argumento: la historia nos ha proporcionado, en efecto, cuerpos sometidos a la exigencia cultural de adscripción a un género, dado que se encuentran a mitad de camino entre un sexo y otro¹⁵. Existe un hermafroditismo producido por la naturaleza y considerado tradicionalmente como teratológico por la cultura dominante, y su reconocimiento en términos dignos es fundamental para evitar el sufrimiento de quienes se reconocen identitariamente en él. Pero la materialidad –al menos, entendida en sentido propio– no puede ser, en este caso como en los no problemáticos, sino la que determina la configuración sexual; y esta viene dada (Connellana *et al.* 2000, 116; Lom-

14 La OMS afirma al respecto: “El género se refiere a los conceptos sociales de las funciones, comportamientos, actividades y atributos que cada sociedad considera apropiados para los hombres y las mujeres. Las diferentes funciones y comportamientos pueden generar desigualdades de género, es decir, diferencias entre los hombres y las mujeres que favorecen sistemáticamente a uno de los dos grupos” (consultado en <https://www.who.int/topics/gender/es/>).

15 Referido, como es sabido, al caso de H. Barbin: “Herculine no es una «identidad», sino la imposibilidad sexual de una identidad”. Al respecto, el texto de A. González: “La subversión de la que habla Butler es performativa, es la de las acciones. En particular, las acciones del cuerpo subversivo son las que conducen a la problematización del Género, al Gender Trouble” (González 2009, 238).

bardo *et al.* 2012, 680; Mc Carthy *et al.* 2012, 2247; Ingalhalikar *et al.* 2014; Sacher *et al.* 2013; Ngun 2011; Buss 1995)¹⁶, marca una serie de tendencias innatas derivadas del dimorfismo y no puede ser objeto de manipulación cultural. La construcción llega después, y lo hace hasta allí donde puede llegar: para sacar de lo teratológico a los individuos que presentan formas mixtas, asegurarles la libertad sexual sin cortapisas y una identidad en la que puedan vivir sin negarse, lo que supone una de las grandes contribuciones civilizatorias de la cultura del reconocimiento. Pero todo esto no afecta en modo alguno a la que considero objeción fundamental contra la teoría *queer* (no contra lo *queer*, que debería suscitar comprensión o, como mínimo, tolerancia en cualquier sociedad civilizada): el sexo no es disponible, el género sí. La configuración sexual no es resultado de una atribución cultural, el dimorfismo sexual y psicológico es funcional al mantenimiento de la especie y, por tanto, natural, y las desviaciones de la media son formas anómalas –no necesariamente patologías– que no hacen sino confirmar dicha media¹⁷.

Pero, más allá –o más acá– de esa indisponibilidad del sexo (que, ciertamente, solo aceptaremos quienes pensamos que existe lo real como algo previo a lo nombrable), relevante pero que no es lo esencial en

16 En particular, J. Connellana *et al.* establecen pautas claramente diferenciadas por razón de sexo en niños recién nacidos, que corresponde a una de las diferenciaciones más tópicas, la percepción abstracta o concreta de una figura: “In summary, we have demonstrated that at 1 day old, human neonates demonstrate sexual dimorphism in both social and mechanical perception” (p. 116). Igualmente M. V. Lombardo *et al.*: “...this study provides the first evidence that FT has an organizing effect on some sexually dimorphic areas of the human brain” (p. 680). Asimismo, M. M. Mc Carthy *et al.*: “There is compelling evidence of pervasive and robust differences between males and females in both normal and pathological conditions”.

17 La distinción sustancia-accidente me parece aquí muy procedente, pese a su extracción metafísica. No veo por qué, si la falta de los dos brazos no es constitutiva de una “identidad manca”, ya que consideramos sustancial a la figura humana la posesión de ambos y accidental su ausencia, no es posible sostener lo mismo con respecto al dimorfismo sexual, tanto físico como psicológico, tan estructural como la figura (porque ambos son forma). Lo accidental es solo lo no esencial y, por tanto, únicamente es anómalo si utilizamos el criterio de la especie, nunca cuando lo consideramos desde el de la personalidad y la ciudadanía; por tanto, inferir de dicha sustancialidad, como se hacía hasta hace bien poco, cualquier tipo de consideración denigratoria en el ámbito cívico (patológica, teratológica, inmoral...), para negar el reconocimiento y la vida digna, es un paso ulterior, que solo afrontaría una sociedad incapaz de integrar las diferencias y ella misma, en tanto que tal, patológica. El célebre autobús de Hazte Oír, el empeño de esta asociación cristiana integrista en negar que las formas intermedias son también configuraciones sexuales que reclaman reconocimiento y dignidad, no compasión o perdón, es un buen ejemplo de la facilidad con que el ultraconservadurismo identifica lo diferente con lo odiado.

este texto, lo importante es examinar en detalle lo que hay tras esa aparente capacidad del postestructuralismo de Butler para deconstruir todas las cosas, todos los conceptos, todas las instituciones. Pues esa deconstrucción es la que hace imposible una justicia social no construida sobre el mapa, en cada momento concreto, de las vindicaciones identitarias más o menos coherentemente superpuestas, agrupadas o articuladas, ya que no existe un criterio que permita ordenarlas¹⁸.

Ante esa renuncia deliberada de lo *queer* a partir de núcleo normativo previo alguno, el problema del reconocimiento no debe, creo (y en ese aspecto Fraser está en lo cierto), afrontarse cuestionando su fundamento, que está plenamente justificado en un modelo social que se dice integrador de lo diverso y que solo los fundamentalistas cuestionarían; sino en la pretensión de constituir sobre ello toda vindicación, toda ética, toda política. Si la diversidad es una construcción (y lo es tanto como la pretensión de negarla), entonces puede ser cortada por los más diversos patrones, ampliable y recombinable hasta el infinito. Pues, recordémoslo, al no existir criterio alguno de ordenación, el todo resultante, de existir, no sería sino la mera suma de sus partes¹⁹, *al*

18 Butler, en aras de su negación de la dualidad privado-público, supedita la cuestión ética y la política al problema identitario: "... la cuestión de qué es lo que hace una vida vivible es anterior a la cuestión de qué tipo de vida podría yo vivir, y esto significa que lo que algunos llaman condiciones biopolíticas de la vida son en realidad las condiciones normativas que imponemos a la vida" (Butler 2017, 50).

19 En su pretensión de negar el carácter natural del dimorfismo sexual en el nivel cromosomático, Butler afirma, a partir de un experimento sobre divergencia entre dotación cromosomática y genitales externos: "Es evidente que estos son ejemplos en los que la suma de las partes componentes del sexo no redundan en la coherencia o unidad reconocible que suele nombrarse mediante la categoría de sexo" (Butler 2007, 219). Nuevamente la suma de las partes como criterio del todo: cuando el sentido se sitúa solo en dicha suma en cada caso concreto, resulta imposible mantener las anomalías bajo la figura del dimorfismo sexual, mientras que cuando el sentido se ve en el hecho de que la función (reproductora) genera la forma (dual), lo entenderemos como trascendental a todas las configuraciones, tanto las funcionales a la reproducción como las que no lo son. Las primeras tienen la condición de sustanciales, las segundas de accidentales; solo el hecho de hacer pasar a primer plano estas últimas, como hace Butler, altera la percepción del problema. Las anomalías cromosomáticas o genitales de sujetos determinados, las formas intermedias, no cuestionan el dimorfismo, como los mudos de nacimiento no nos hacen dudar de si el habla es esencial al género humano. Tampoco esta distinción entre lo esencial y lo accidental comporta, per se, discriminación alguna ni impide el reconocimiento: un individuo incapaz de reproducirse, sea cual sea su situación con respecto a la sexualidad mainstream, es un fracasado considerado desde un criterio filogenético, pero afortunadamente no lo es desde un punto de vista cultural, porque los seres humanos no actuamos como los babuinos. Motivo de más para mantener esa dualidad naturaleza-

igual que en la perspectiva liberal. Nada trasciende la diversidad... más allá del deseo de trascenderla.

En efecto, el neolenguaje inclusivo procede por acumulación, nada hay en él de transversal: embarca categorías, pero desiste (ideológicamente, por convicción) a comprenderlas desde un orden. La propia denominación del conjunto de vindicaciones lo muestra: LGTBIQ+, donde no debemos olvidar que la T encierra a su vez tres posibilidades, de modo que eventualmente podría expresarse como LGTTTBIQ+. El signo final denota lo evidente: la especificación no tiene fin, puesto que disuelve lo estructural en lo funcional, lo físico en lo psicológico, lo dado en lo electivo, lo actual en lo potencial; y, de hecho, lo mezcla hasta tal punto que estas cuatro oposiciones serían cuestionables en términos estrictamente *queer*, en aras de un argumento tan analítico –y formalista– como su estructura binaria. El terror tradicional de las sociedades disciplinarias a la falta de elección de una opción sexual tiene su correlato simétrico en el rechazo de los teóricos de lo *queer* a cuanto impida, de un modo u otro, el tránsito de una de estas identidades a otra. La movilidad ha de ser total y no estar mediada, además, por reconocimiento institucional alguno, lo cual acaba generando problemas insospechados²⁰. Esa sobrecarga del lenguaje se traduce con frecuencia en una sobrecarga correlativa de derechos y de leyes reguladoras, probablemente innecesarias en su mayoría si se recondujese la cuestión de la identidad sexual a una interpretación amplia de los bienes y derechos de la personalidad y de los derechos civiles, en conjunción con las normas penales que defienden la identidad asumida, cuyo correlato debería ser el carácter privado de la opción de género en cuanto reveladora de la libertad sexual. Pero la teoría *post* ha hecho imposible mantener este esquema, ya que su vinculación de las formas de subjetivación con lo político presupone, precisamente, la indistinción entre el ámbito

cultura tan cuestionada por las teorías queer: negarla es absolutizar el término que elegimos como único referente.

²⁰ Como el de la irrupción de las atletas trans hombre–mujer en el deporte femenino, en perjuicio de las deportistas, o el de la reversión de las operaciones de cambio de género.

de lo público y de lo privado: pues para ese discurso que constituye subjetividades performativamente y niega toda estructura binaria, todo es, a la vez, subjetivo y político y, además, es lo segundo por y en tanto que es lo primero.

Por ello, la multiplicidad de derechos subjetivos fragmentados y leyes *ad hoc* es habitual en un panorama orientado hacia lo *queer*, fundamentalmente debido a que este tipo de legislación no comporta tan elevadas cargas presupuestarias como las leyes que fijan derechos relativos a la dependencia, las pensiones, el salario mínimo... Por otra parte, esas leyes exhiben una concepción fragmentada típica del discurso *queer*, ya que abordan problemas en sí universales como la agresión, la prepotencia, el desprecio del otro, desde la óptica de la diferencia y la particularidad (por ejemplo, el género), al entender que deben incluir un plus de reprensión social vinculado, no a la pura y simple reprochabilidad del hecho en sí, sino a las circunstancias en que se produce; pues tanto el sujeto activo como el pasivo son redefinidos como parte de un grupo. Es en este punto donde la ideología *post* quiebra más claramente la tensión equilibrada entre lo universal y lo particular propia del principio de justicia tradicional (y, me temo, en gran medida la presunción de inocencia), ya que implícitamente se acepta que unas agresiones son diferentes de otras, pero la diferencia entre ellas no está en la consideración del caso concreto, sino que viene introducida legalmente *iuris et de iure*²¹.

21 Es muy reveladora al respecto la STS 677/2018, de 20 de diciembre de 2018, dictada en un caso de agresión recíproca, que presume la violencia de género en cualquier tipo de violencia ejercida por un hombre contra una mujer en el ámbito de una relación previa. En la sentencia se afirma que "...los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad". El voto particular sostenía: "Partir de la base de que concurre el elemento que justifica el trato desigual es contrario a la presunción de inocencia. Y hacer que el acusado responda, de modo automático y mecánico, de una característica de la conducta, necesaria para justificar la desigualdad de trato, que no se ha probado en el caso, además, vulnera el principio de culpabilidad".

5. LOS PROBLEMAS TEÓRICOS DE LO *QUEER*: EL USO Y ABUSO DE LOS PERFORMATIVOS Y LA CONSTITUCIÓN LINGÜÍSTICA DE LA IDENTIDAD.

La crítica de esa negativa del feminismo de tercera generación a conseguir una teoría que vaya más allá del identitarismo no puede ser acometida sin:

–Una crítica del uso de los performativos, su principal herramienta teórica.

–Una crítica correlativa de la evolución del concepto de identidad, que es el resultado de la subjetividad moderna.

Butler ha reiterado y afianzado en *Cuerpos que importan* su convicción de que el género, y el sexo mismo, son productos normativos, generados mediante prácticas de poder repetidas performativamente, que acaban por crear la materialidad a la que se refieren (Butler 202, 12)²². Su concepción de los performativos no es, obviamente, la de Austin: no lo entiende ya como una voluntad humana que se proyecta en el lenguaje, sino “...una modalidad específica del poder, entendido como discurso”. En ese mismo texto, vincula inescindiblemente sexo y poder mediante el discurso: al afirmar que la diferencia sexual está marcada por prácticas discursivas de demarcación –aún más, que es indisociable de estas–, considera que “...el "sexo" no sólo funciona como norma, sino que además es parte de una práctica reguladora que produce los cuerpos que gobierna...” (Butler 2002, 267, 17 y 18). Butler se preocupa de afirmar que no considera que el discurso cause la diferencia sexual. No cabe sino agradecersele.

Nuevamente un lenguaje privado de todo referente ontológico (e incluso de sus sustitutos consensualistas) rebasa el ámbito de lo acep-

²² La autora estadounidense sostiene en este texto que lo sexual se construye a través de las relaciones de poder, mediante “...restricciones normativas que no sólo producen sino que además regulan los diversos seres corporales (...) la materialidad del sexo se construye a través de la repetición ritualizada de normas”.

table: *ni el sexo se reduce a un discurso, ni dicho discurso es capaz de producir cuerpos*. A lo más, de generar e interpretar sus prácticas. La combinación de la performatividad con el identitarismo fragmentado sobre el que recae nos conduce inevitablemente, creo, a una reificación de la identidad, precisamente como consecuencia de su desestructuración: pues las identidades definidas normativamente desde el discurso hegemónico en términos dualistas pueden ser profundizadas, en clave contrahegemónica, casi hasta el infinito. Y pueden serlo en aras de un designio individual carente de todo referente objetivo (institucional) necesario, lo que hace que la identidad en clave contrahegemónica que vindica la teoría *queer* sea, tanto como su precedente, el resultado de una *imputación*, una –por ser más preciso– autoatribución que no hace sino seguir el designio de una identidad autopercibida y, en tanto que autoimputada, creada, en pugna con la heteroatribución y heteropercepción que caracterizan a la creación correlativa de la identidad normalizada por el poder.

La identidad postmoderna es, pues, siempre una elección, y una elección dada en el ámbito de la “materialidad discursiva”, porque no conoce ya referente biológico ni institucional alguno. Es electiva cuando el poder la impone; lo es cuando el sometido vindica una identidad diferente. No juzgo en sentido alguno tal hecho, me limito a señalarlo como tal. Esto –la elección contrahegemónica por parte del sujeto de su género y de la sexualidad (no del sexo) en el cual se reconoce– puede asumirse o no, pero creo que su aceptación es algo perfectamente normal para cualquier persona de ideología no conservadora, siempre que esa teoría sobre la identidad electiva se mantenga dentro del ámbito de lo disponible, el del género. Cuestión diferente, que no puedo tratar ahora porque llevaría muy lejos, es la ausencia de institucionalidad en la atribución, que está llamada a generar multitud de problemas²³. El

23 Pensemos en la creciente tendencia de algunos varones en el curso de procedimientos judiciales a atribuirse la condición autopercibida de mujer, lo que resulta teóricamente posible al no existir intervención institucional alguna al respecto. Se trata, sin duda, de un fraude de ley, pero no deberíamos perder de vista que una concepción *queer* instalada en el sistema jurídico lo permite y

principal escollo, a mi entender, es que –digámoslo con la radicalidad que requiere– estas vicisitudes de las identidades individuales autopercibidas pueden llegar a convertirse en el tema fundamental de una (anti)filosofía política basada en el reconocimiento de la identidad como diferencia, y no en la búsqueda de la igualdad. Veamos, sin embargo, lo que sostiene Butler al respecto:

“En este sentido, lo que constituye el carácter fijo del cuerpo, sus contornos, sus movimientos, será plenamente material, pero la materialidad deberá reconcebirse como el efecto del poder, como el efecto más productivo del poder. Y no habrá modo de interpretar el ‘género’ como una construcción cultural que se impone sobre la superficie de la materia, entendida o bien como el ‘cuerpo’ o bien como su sexo dado. Antes bien, una vez que se entiende el ‘sexo’ mismo en su normatividad, la materialidad del cuerpo ya no puede concebirse independientemente de la materialidad de esa norma reguladora. El ‘sexo’ no es pues sencillamente algo que uno tiene o una descripción estática de lo que uno es: será una de las normas mediante las cuales ese ‘uno’ puede llegar a ser viable, esa norma que califica un cuerpo para toda la vida dentro de la esfera de la inteligibilidad cultural” (Butler 2012, 19).

Y, sin embargo, la materialidad es previa al poder; la distinción sexual se da, por su condición tercamente material, en el más primario de los sentidos²⁴; el sexo es, contra lo que afirma Butler, “algo que uno tiene”. El sexo no surge, en sí mismo, como algo teñido normativamente, salvo que nos obstinemos en afirmar que cualquier cosa puede ser

que no poseemos, en principio, medio alguno para evitar esa práctica, precisamente por la ausencia de control institucional sobre la autoatribución. Así lo expresa la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, que en su art. 4 afirma: “Toda persona tiene derecho a construir para sí una autodefinición con respecto a su cuerpo, sexo, género y su orientación sexual. La orientación, sexualidad e identidad de género que cada persona defina para sí es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su dignidad y libertad (...) En el ámbito de aplicación de esta Ley, en ningún caso será requisito acreditar la identidad de género manifestada mediante informe psicológico o médico” (la cursiva es mía).

24 Un buen ejemplo de que lo material no es necesariamente lo económico. Si Butler ha abandonado de hecho en su teorización cualquier forma de socialismo, es precisamente porque ha prescindido de la primacía –no necesariamente exclusividad– de la escala de lo económico y ya no la concibe sino desde la de la identidad.

dicha en cualquier contexto. Es algo natural, pese a quien pese; lo cual no impide, insisto, su recalificación cultural, emancipadora o no, esto es, el género. Pero dicha recalificación de un cuerpo es normativa y por ello, en tanto que cultural, no natural. El cuerpo, en su diferenciación sexual, precedió a la lengua que es la vía para calificarlo normativamente en millones de años; fuimos humanos mucho antes de tener formas culturales. Cuando Butler sostiene que “...el ‘yo’ hablante, se forma en virtud de pasar por ese proceso de asumir un sexo”, está desviando dicha asunción desde su lugar propio, que es el del género, hasta el del sexo. *No se asume un sexo, sino un rol sexual*; solo una reificación extrema del lenguaje, un destierro total de su función representativa como el que propone Laclau con sus *significantes flotantes*²⁵, puede ignorarlo. La *especie humana* está configurada biológicamente, como todas las demás. Es la *sociedad humana* la que se configura normativamente a través de patrones impuestos: tener que aclarar esto resulta chocante.

Esta insólita atribución al lenguaje de poderes creadores (no genera los cuerpos, pero sí su materialidad, como si esta fuera tan disponible como los roles) no es extraña en la filosofía *post*, con su deconstrucción, ya referida, de los pares que vertebraron la modernidad y, entre ellos, la oposición *naturaleza-cultura*²⁶. Creo que no carece de importancia recordar hasta qué punto se desvía la teoría performativa de Butler desde el ámbito en que fue inicialmente concebida por Austin puede resultar

25 De hecho, Butler toma como referente a Zizek, que hace suya una concepción similar a la de Laclau y la suya: “Los significantes políticos, especialmente aquellos que designan las posiciones de los sujetos, no son descriptivos, es decir, no representan sectores previamente dados, sino que son signos vacíos que llegan a cargarse de investiduras fantasmáticas de diversa índole. Ningún significante puede ser radicalmente representativo, pues todo significante es el sitio de una méconnaissance perpetua; produce la expectación de una unidad, de un reconocimiento pleno y final que nunca puede alcanzarse. Paradójicamente, la incapacidad de tales significantes -"mujeres" es el que se me ocurre en este momento- para describir acabadamente el sector que nombran es precisamente lo que los constituye como sitios de investidura fantasmática y rearticulación discursiva. Esa falla es lo que los abre a nuevas significaciones y nuevas posibilidades de resignificación política. Esta función performativa y de final abierto del significante me parece esencial para construir una noción democrática radical de las posibilidades futuras” (Butler 2012, 272).

26 “El análisis que presenta a la naturaleza como singular y prediscursiva no puede preguntar: ¿que puede considerarse «naturaleza» dentro de un contexto cultural dado, y con qué finalidad? ¿Es necesario para algo el dualismo? ¿Cómo se establecen los dualismos sexo/genero y naturaleza/cultura y cómo se normalizan uno a través del otro?” (Butler 2012, 105).

ilustrativo. Este filósofo, como es sabido, entendía los enunciados performativos como aquellos que *producen la realidad que describen*, pero dicha realidad se entendía referida a su proyección institucional. Por ejemplo, la declaración de matrimonio pronunciada por un sacerdote, la sentencia de un juez, la orden impuesta por un superior jerárquico, no son *realidad* en sentido primario; pertenecen al tercer género de materialidad (Bueno) o al mundo tres (Popper), esto es, al ámbito de los productos culturales. Igualmente, los performativos de Butler no crean la realidad ni la sustituyen, salvo en el ámbito citado. Y esto confirma lo que sostuve anteriormente: la pretensión de que no solo el género, sino también el sexo es modificable mediante performativos (ya por el poder que impone formas y conductas, ya por la resistencia contra él) es incorrecta. El poder patriarcal puede, y de hecho pudo históricamente, imponer una sumisión de las mujeres en el ámbito familiar, pero *esto tiene que ver con el rol cultural del sexo femenino, no con el sexo femenino mismo, que se halla en el modo de materialidad más basal* (primer género de materialidad en la distinción de Bueno; Mundo Uno en la de Popper).

Aunque el poder hubiese impuesto otras formas totalmente diferentes, estas habrían afectado a la interpretación cultural del sexo femenino, no al sexo mismo. Varones y mujeres habrían continuado reproduciéndose del mismo modo y con las mismas consecuencias (y, por supuesto, con las mismas anomalías; las mismas disidencias abiertas o solapadas; las mismas identidades, ya hegemónicas, ya derrotadas, reprimidas o toleradas) aunque la forma cultural occidental hubiese sido el matriarcado. El discurso sobre la sexualidad ha creado, ciertamente, las identidades de género, pero no las sexuales, que, reitero, no son disponibles. Negar esto no es sino un escalón más en la eterna lucha de los *post* contra lo real; una lucha ya antigua que pasa por Althusser, Lacan, Foucault, Zizek y la propia Butler. En la filosofía de esta autora, como en el pensamiento *post* en general, la absolutización de la identidad no es comprensible sin entender previamente la disolución de

todo contenido real en el lenguaje, hasta el punto de que este determina la materialidad, es materialidad²⁷:

“Postular una materialidad que esté fuera del lenguaje continúa siendo un modo de postular esa materialidad, y la materialidad así postulada conservará esa postulación como su condición constitutiva. Postular una materialidad exterior al lenguaje, considerada ontológicamente distinta del lenguaje, equivale a socavar la posibilidad de que el lenguaje pueda indicar o corresponder a ese ámbito de alteridad radical. Por ello, la distinción absoluta entre lenguaje y materialidad que procuraba asegurar la función referencial del lenguaje socava radicalmente esa misma función” (Butler 2002, 109).

Quizá sea en esta insólitamente redundante frase donde Butler muestra con más claridad su nominalismo extremo: nos dice, literalmente, que no hay materialidad fuera del lenguaje o, por ser más precisos, que no hay modo de constatarla²⁸. Como la propia autora ha afirmado a propósito de Zizek, lo real no puede ser significado, sino que permanece “...como la resistencia que está en el corazón mismo de toda significación” (Butler 2002, 292). Analicemos la frase anterior de Butler. Para Jakobson, como es sabido, las funciones del lenguaje son referencial, emotiva, apelativa, fáctica, metalingüística y poética; solo la primera, que Butler niega, permite establecer un valor de verdad –ya consista este en una correspondencia o en una adecuación– y dar cauce a una cierta pretensión de objetividad; esto deja a su teoría performativa en mala posición con respecto a lo real. Ciertamente nada nuevo, pues la

27 Una visión que Butler toma de Althusser: “Diremos entonces, tomando en consideración un sujeto (tal individuo), que la existencia de las ideas de su creencia es material en cuanto sus ideas son actos materiales insertos en prácticas materiales normadas por rituales materiales definidos por el aparato ideológico material del cual derivan las ideas de este sujeto” (Althusser 2005, 138) Por supuesto, Althusser se ve obligado a admitir que desplazamientos, frases, oraciones, miradas o discursos de la conciencia no son iguales, lo que obliga a plantearse –y a dejar en suspenso– los modos de la materialidad.

28 “Esto no significa que, por un lado, el cuerpo sea sencillamente materia lingüística (...) no es que uno no pueda salirse del lenguaje para poder captar la materialidad en sí misma y de sí mismo; antes bien, todo esfuerzo por referirse a la materialidad se realiza a través de un proceso significativo que, en su condición sensible, es siempre-ya material (...) lo que permitirá que un significativo signifique nunca será solamente su materialidad; esa materialidad será a la vez una instrumentalidad y un despliegue de una serie de relaciones lingüísticas más amplias” (Butler 2002, 110).

cuestión ya se planteaba en el Foucault de *El orden del discurso*, hace medio siglo.

Butler, en cualquier caso, hace trampas con los adverbios. Es difícil encontrar a alguien que distinga *absolutamente* lenguaje y materialidad más allá del ámbito temporal al que limita sus estudios, los siglos XX y XXI: el tiempo de Heidegger, la filosofía analítica, la hermenéutica filosófica y el *lingüistic Turn*. Los adverbios pueden ser peligrosos: como las matemáticas, no mienten, pero sirven para mentir. La materialidad es extralingüística; aceptar que nuestro pensamiento es lingüístico no significa reducir a lenguaje cuanto con él aprehendemos, incluida la realidad. La crítica *post* del cartesianismo y de su pretensión de distinguir y separar plenamente palabras y cosas mediante estructuras matemáticas y geométricas, el rechazo de la representación univocista que pretende, no ha de conducirnos al extremo opuesto, la disolución de lo real en el lenguaje. Y eso es lo que afirma Butler: que el lenguaje, cuando se entiende como práctica de poder (y sin duda lo es, pero es mucho más), aparece como constitutivo de la materialidad misma, y la constituye del modo más radical: sin que pueda afirmarse cualquier tipo de gramática del *nosotros* o del *yo*. La autora sugiere un vocabulario “...que resista la sustancia metafísica de las formaciones sujeto-verbo y, en su lugar, se apoye en una ontología de los gerundios” (Butler 1998, 299).

Estimo que esta frase, genuinamente *post*, designa un auténtico dislate. Tampoco creo que desde la propia perspectiva de Butler se pueda hablar de algo así (sin asomo de licencia alguna, ya que no utiliza comillas). De entrada, el propósito de eliminar todo referente que no sea lingüístico –pues es lingüísticamente como se configuraría incluso la materialidad– no se compeadece bien con el término *ontología*; en todo caso, se trataría de una *epistemología* de los gerundios. Esta es una de las mayores paradojas de Butler y los *post*: desustancializan o deconstruyen prácticamente todo el arsenal conceptual de la Modernidad y, a la vez, pretenden establecer una ontología, que pertenece a

dicho bagaje, ignorando que no hay ontología posible en un mundo nominalista radical. Si ya el propio empeño de Foucault de conseguir una *ontología del presente* mediante su genealogía del saber era cuestionable, el de Butler lo es aún más. Si la “...sustancia metafísica de las formaciones sujeto-verbo” a que se refiere la autora (formaciones que, dicho sea de paso, no son metafísicas *per se*, porque pueden ser apropiables por cualquier tipo de pensamiento, siempre que pretenda hablar desde un mínimo sentido)²⁹ ha de ser asimismo deconstruida, dado que el *yo* no es sino “...una forma de ir tomando cuerpo” y el *qué* es solo la corporeización de las posibilidades, no parece que reste mucho espacio para una ontología que, además, descansa en algo tan lingüístico – tan gramatical– como el gerundio³⁰. La identidad tal y como la concibe Butler no permite este tipo de conceptos, salvo de forma irónica; al no existir sino como una simple *performance*, es pura posibilidad. Y la posibilidad es, recordemos, la categoría fundamental de lo moderno³¹, aunque en los *post* se presenta sin el apoyo de principio ordenador alguno: si la significación cultural de los cuerpos es performativa, si la identidad de género no es más que una sucesión de actos, “...entonces no hay identidad pre-existente que pueda ser la vara de medición de un acto o atributo (...) y el postulado de una verdadera identidad de género se revela como una ficción regulativa” (Butler 1998, 310). Me temo que aquí no queda lugar alguno para hablar de una ontología, siquiera en el menos propio de los sentidos. En cuanto al sentido de especular sobre una utilización de la lengua que desconfie de la estructura sujeto-verbo y se centre en los gerundios, desde luego es un empeño que puede conducirnos muy lejos, pero no sé si a lugares interesantes. No deberíamos

29 La célebre proposición 7 del *Tractatus* de Wittgenstein podría servir de ejemplo: De lo que no se puede hablar, hay que callar. Dada su estructura sujeto-verbo, ¿debemos considerarla metafísica?

30 La propia Butler afirma que la categoría universal que llamamos mujer “...entraña la falsa promesa ontológica de una probable solidaridad política” (Butler 1998, 303); sorprende que el mismo término pueda ser utilizado sin violencia para designar tanto este significado como el relativo a la inefable ontología del gerundio.

31 En esto se muestra la esencial continuidad entre lo moderno y lo postmoderno: ambos se asientan en lo posible frente a lo real, como vimos al comienzo de este texto.

olvidar que Butler y los *post* tienen antecedentes en este singular empeño de traducir a la lógica del delirio toda estructura conceptual o científica: baste recordar la vieja afirmación de que las matemáticas son fascistas o la célebre necesidad de Luce Irigaray sobre el carácter sexista de la ecuación de la teoría de la relatividad general (Sokal *et al.* 1999: 116). Esta utilización de la performatividad, que roza lo irracional, deriva de la singular alegría con que Butler, y los *post* en general, manejan la terminología filosófica:

“Responder a la pregunta de la relación entre la materialidad de los cuerpos y la del lenguaje exige primero que ofrezcamos una versión de cómo se materializan los cuerpos, es decir, de cómo llegan a asumir la *morphe*, la forma mediante la cual queda marcado su carácter distintivo material. La materialidad del cuerpo no debe darse por descontada, porque en cierto sentido se la adquiere, se la constituye, mediante el desarrollo de la morfología” (Butler 2002, 113).

Nuevamente la absoluta disponibilidad del lenguaje *post* nos pone en un aprieto: *la forma no materializa, la forma informa...* como su nombre indica. Lo cual, por cierto, no comporta ni la separación, ni la absolutización de los conceptos de materia y forma, ni su utilización idealista. Salvo que demos por bueno que cualquier término puede adoptar cualquier significado (y aparentemente es lo que se pretende que aceptemos), la frase de Butler es errónea y confundente. En un cuerpo humano, forma y materia se imbrican mutuamente: ninguna de ellas causa la otra. Carece de sentido decir que el otorgamiento de una forma materializa un cuerpo; en todo caso, ayudará a verlo de otro modo. Nuevamente la filosofía materialista de Althusser espesa y hace problemática y confusa la concepción de Butler. Aquí está, en cualquier caso, la clave última de la teoría de la estadounidense sobre la constitución cultural del sexo y la disponibilidad de lo biológico; y, como hemos visto, son el nominalismo, el performativismo y la concepción materialista de la identidad sus claves.

En el nominalismo, no en vano resultado de una polémica teológica medieval sobre los posibles límites de la voluntad divina, no existe límite lógico (excepto el principio de no contradicción), lingüístico, natural ni ético para la voluntad ilimitada de Dios, pues entre las cuatro causas solo la causa eficiente tiene estabilidad, precisamente por su referencia necesaria al artífice: el significado de las palabras es el que decide Dios *de potentia absoluta*³². En Butler, representante cualificada del nominalismo radical contemporáneo, ocurre lo mismo, aunque aquí el papel de la deidad lo cumple el discurso, ya hegemónico, ya contrahegemónico. Esto debe quedar claro: no es solo el poder quien llena de contenido las cáscaras vacías de las palabras, también el resistente hace lo mismo en la medida en que tiene poder para ello. En uno y otro caso, la realidad es solo un principio que debe llenarse de sentido mediante una imputación de significado, siempre inestable, siempre transitorio³³. De ahí que la categoría del género no pueda servir ya como punto de partida estable en el feminismo *queer*, pues se trata de un concepto universal³⁴. Y surge la pregunta, tantas veces formulada, de si este cuestionamiento del género no condena a la teoría feminista a disolverse³⁵.

32 No hay, por tanto, diferencia en preguntar si Dios pudo haber venido al mundo como una mosca, como hacían los nominalistas bajomedievales, o en cuestionarse si una ecuación es patriarcal. El mundo de lo cierto tiene límites, por más borrosos que resulten a veces, pero el de lo posible (en el sentido más amplio, el que no necesita a lo real) es ilimitado.

33 Así es como define la también nominalista Mouffe (a partir del concepto wittgensteiniano de juego del lenguaje) a los conceptos de clase social, raza, bien común, género... (Mouffe 1992, 15; 1999).

34 Una feminista de la igualdad como C. Amorós, tributaria de una epistemología moderadamente nominalista y de un activismo feminista, cuestiona muy lúcidamente la deriva *queer*: “¿Términos tales como ‘hombre’ o ‘mujer’ no significan nada? Si fuéramos nominalistas radicales tendríamos que decir que, en rigor, no (...) Pero difícilmente, en ese caso podríamos mantener posiciones feministas (...) Pues bien, ser nominalista moderada o no radical significa hacerse cargo de este peculiar tipo de entidad que los genéricos connotan negándose al mismo tiempo a esencializarla”. Algo que, como bien advierte Amorós, debería estar entre una esencia y un mero nombre; posición que, como es sabido, corresponde al nominalismo ockhamiano, que establece una realidad universal de los conceptos (Amorós 1992, 42).

35 Mouffe, que parte de la inestabilidad “esencial” (no deja de resultar chocante que lo único esencial sea precisamente lo que se opone a la esencia) de las posiciones de sujeto, niega que esto condene a la desaparición al discurso feminista, pero llega a una conclusión similar: “Mi tesis es que, en el dominio de lo político y por lo que toca a la ciudadanía, la diferencia sexual no debe ser una distinción pertinente” (Mouffe 1996, p. 11).

Pero no todo se esfuma en una teoría *post*: de hecho, y solo en apariencia paradójicamente, la identidad crece hasta invadirlo todo. El llamado antiesencialismo (que tritura todo significado estable para ponerlo a disposición del poder que impone o del contrapoder que resiste) produce una auténtica reificación de lo identitario; no porque haya esencia alguna en la identidad, que no la hay, sino porque no existe ya problema más radical que el identitario, que se halla en el punto donde las prácticas hegemónicas o contrahegemónicas configuran –siempre inestable, siempre precariamente– al sujeto. Esta reificación de la identidad se produce, por cierto, en un sentido radicalmente opuesto al que manejan los comunitaristas (los otros grandes identitaristas contemporáneos), pero la omnipotencia de la identidad, constituida como diferencia, es igual: simplemente, en un caso se construye a la escala individual y en el otro a la colectiva. La identidad, concebida con la factura lingüística que los *post* le otorgan, puede mutar de continuo al albur de maniobras lingüísticas. No hay identidad estable alguna, precisamente porque ya todo es identidad. No es casual que ello comporte la desaparición progresiva de la institucionalidad, que en la filosofía *post* queda asociada a mera presencia del discurso hegemónico.

En suma, la filosofía *queer*

-arranca de una matriz feminista que, al negar todo concepto estable capaz de designar una realidad, hace imposible buena parte de su propio discurso;

-es tributaria de un postmarxismo que, al negar la autonomía del discurso emancipador, lo disuelve en las pretensiones de reconocimiento de cada sujeto.

Intentaré mostrar que esta doble aporía ilustra muy bien sobre la crítica *post* a la Modernidad, que realmente no hace sino exacerbar el carácter absolutizador de esta. Igualmente, sostendré que una comprensión hermenéutica y analógica permite obviar las aporías de lo *queer*.

6. UNA SALIDA HERMENÉUTICA DE LAS APORÍAS DE LO *QUEER*

La identidad entendida como diferencia es, en fin, el núcleo normativo de la filosofía *queer*³⁶. Desde la comprensión hermenéutica analógica que aquí se sostiene, por el contrario, ni la diferencia es la clave de la identidad (discurso equivocista), ni al contrario (discurso univocista); tampoco hay una dialéctica entre unidad y diferencia, sino una *analogía* en la cual cada una de ellas se entiende en función de la otra, en una comprensión recíproca que permite comprender lo político sin reducirlo a las políticas ni circunscribirlo a lo identitario (Gómez, 2017; 2018, 63 y ss.). Una identidad anterior a toda diferencia es una abstracción típicamente liberal; por el contrario, una diferencia constitutiva es una concreción característicamente postmoderna. Con todo, los *post* son similares a los liberales en muchos aspectos: el mundo escindido, individualista, discreto que construyen (que es un punto de llegada para los segundos y de partida para los primeros) diluye todo intento de invocar un bien común: en el primer caso por la negación de los universales éticos que desarma todo discurso de la resistencia organizada, en el segundo a causa del culto a la iniciativa individual organizada en el mercado.

La neorreligión de la diferencia ha tenido sobre la filosofía política actual de izquierdas el efecto de un tumor maligno, disolviéndola en especulaciones progresivamente autorreferentes, envueltas en un lenguaje cada vez más truculento y que en ocasiones roza la jerga grotesca. El reparto de los bienes en el mundo es cada vez más injusto (no simplemente desigual: la justicia es la igualdad atravesada por un *criterio*); el capitalismo en su forma mundializadora y financiera esparce por doquier miseria, esclavitud legal, neocolonialismo, expulsión de poblaciones, estados de excepción y destrucción de la naturaleza; las instituciones neoliberales (BM, FMI, OMC, UE) defienden los recortes socia-

36 "...la diferencia es la condición de posibilidad de la identidad o, mejor, su límite constitutivo: lo que hace posible su articulación y, al mismo tiempo, lo que hace posible cualquier articulación final o cerrada" (Butler 2016, 74).

les como una exigencia de toda buena gobernanza; se extiende por doquier la certeza de que gobernar es gestionar; la extrema derecha neoliberal se hace con el control de estados como EEUU o Brasil y la socialdemocracia cumple más que nunca con su función sostenedora del sistema (precisamente, y en gran medida, mediante un entusiasta e interesado apoyo a las guerras culturales, lo único que la separa de la derecha). Mientras tanto, una parte muy relevante de los intelectuales de la sedicente izquierda cuestiona el concepto de lucha de clases, y aun el mismo concepto de clase social, jugando interminablemente a deconstruir las bases teóricas que en su día articularon con eficacia la pretensión de igualdad, ya la de todos los hombres, ya de los varones y las mujeres (no deja de resultar paradójico que hoy, tras tantas conquistas en pos de la igualdad, en muchos medios académicos feministas el término *mujer* genere suspicacia). Aunque formalmente lo *queer* no renuncia a la igualdad, en el diseño efectivo de sus estrategias lo único importante es lo que nos diferencia. El ya citado M. Lilla en el ámbito estadounidense y D. Bernabé entre nosotros –el primero desde la moderadísima perspectiva de los liberales estadounidenses, el segundo desde un marxismo no postmoderno–, han denunciado los letales efectos sobre la izquierda política de sustentar la lucha contra la injusticia en las identidades, la enervación profunda de las pretensiones emancipadoras que esto comporta. Algo, a mi entender, muy grave en quienes se dicen postmarxistas.

En este panorama de desactivación de la justicia social, la filosofía (anti)política *queer* cumple el papel de justificadora del sistema capitalista, al que no daña ni atemoriza: su efecto sobre aquel es inexistente y su capacidad movilizadora nunca toca lo esencial, la justicia distributiva. Las luchas culturales, separadas de su matriz redistributiva, son como una naumaquia librada en una piscina: un artificio mínimo que cumple la función de entretener, en los dos sentidos del término.

Trascender las diferencias –propósito típico de una hermenéutica de cuño analógico– no significa olvidarlas ni domesticarlas o subordi-

narlas, sino defenderlas en el lugar que les es propio: en este caso, dejando la identidad en el ámbito de lo privado, evitando que todo se haga público, lo que es propio de una sociedad totalitaria, y permitiendo que lo público entre en este ámbito solo en caso de que la agresión contra dicha identidad haya de tener relevancia penal. Desde una comprensión hermenéutica, ha de entenderse lo particular desde lo común, no al revés; y lo común existe, no como una unidad unívoca, reductora a notas idealistamente definidas, sino análogamente. Lo político, hoy, no puede ser una suma de vindicaciones a las que nada cruza y une salvo el hecho de ser tales, sino el sentido mismo de ausencia que hay tras ellas: la ausencia de la justicia, del bien común. Las dualidades que esta concepción reintroduce, por cierto, no comportan dualismos, salvo para quien las esgrime paródicamente: solo hay dualismos cuando la contraposición se absolutiza... o cuando, no menos artificialmente, se pretende ignorarla. El problema de Butler, que pretende huir de las absolutizaciones de la Modernidad, sus dualismos y el idealismo que esconden, es, paradójicamente, su propio lenguaje relativista que, en tanto que tal, está absolutizado. En él no cabe la analogía, porque no cabe la relación (ni, por tanto, la comunidad); se ha pasado de un solo modo de definir a la inexistencia de regla alguna para hacerlo, más aún, a la negación de toda necesidad de definir. La filosofía *queer* padece la limitación propia de cualquier nominalismo radical, que reduce el todo a sus partes y lo social a un conjunto precario de individuos, mantenido como totalidad gracias a constructos lingüísticos instrumentales. Esto no es novedoso en la fase final de la Modernidad, pues la absolutización, lejos de ser una práctica metafísica, cruza todo el panorama filosófico y se puede producir en modos muy diferentes: fundamentalmente, la del Estado (totalitarismos), el sistema (funcionalismos extremos) o el individuo (liberalismo, postestructuralismo). Y, en una solo aparente paradoja, cuanto más escéptico se dice ser, más se absolutiza. En un discurso nominalista toda individualidad, toda discreción, son absolutas, porque suponen la realidad última y única; esto implica la negación de toda

relación, de toda sustancia (y, por tanto, de todo accidente); algo inevitable, pues una y otra son categorías y el nominalismo las niega.

No debe juzgarse a nadie por sus compañeros de viaje, pero los de Butler son, lo acepte o no, muy cuestionables. El grado de disolución de lo común en lo individual no es muy diferente en el anarcoliberalismo de Nozick, preconizador del Estado mínimo, y en el constructivismo postestructuralista de Butler, aunque sus ideologías sean muy diferentes. La vida humana, tanto la privada como la íntima, es ante todo relación; si lo aceptamos, aceptaremos también que el orden de lo político se da en la comunidad (que es, como su nombre se indica, común, y que no excluye los enfrentamientos) y ese orden es, además de algo dado, anterior ontológica y cronológicamente al del sujeto (que es, en esto no yerra Butler, un constructo moderno). Lo que no significa aceptar dicho orden acríticamente, sino saber de qué se parte antes de superarlo, como sostuvo Gadamer. Toda concepción de lo social y político centrada en el individuo como mero factor de suma es una abstracción del mundo, que no hace sino exacerbar el modelo hobbesiano de reducción del todo a sus partes. No en vano uno y otro son nominalistas³⁷.

37 “Judith Butler reconsidera críticamente las estrategias que admiten al cuerpo cristalizado en estructuras sociales/lingüísticas fijas y el supuesto según el cual ‘no hay más allá del lenguaje’. A nuestro juicio, este es el caso de un hiperconstructivismo del que la autora intenta distinguirse. De cara a esta posición de tipo nominalismo radical –que determina completamente la actividad de los sujetos y que excluye la posibilidad de transformar el estado de cosas mediante los actos singulares y colectivos– Butler se inclina por el concepto de performatividad entendido en términos de reiteración. A su vez, ello la habilita a pensar un “haciendo”, antes que un “hacer” que demanda un sujeto de la acción. En efecto, el nuevo constructivismo que defiende Butler puede sintetizarse mediante su propio interrogante: “¿Cómo puede haber una actividad, un acto de construcción, sin presuponer la existencia de un agente que preceda y realice tal actividad?” (Butler, 2002: 25). Niega de este modo que el agente cabal de la construcción sea algo (como el lenguaje) o alguien (como la persona), rechazando así tanto las estructuras fijas como la apelación a algún estrato metafísico del sujeto individual que origine la construcción” (De Santo 2015, 35-36). Al parecer, cierta teoría post ha deconstruido el nominalismo que utiliza para deconstruir; doctrina que, si algo implica, es precisamente el llamado antiesencialismo de Butler, su reducción de las frases con estructura sujeto-verbo a enunciados metafísicos. Resulta irrelevante que pensemos en un haciendo o en un hacer; lo importante es qué se hace y quién lo hace. Y el nominalismo crea lo real a partir del lenguaje; en ningún caso “determina completamente la actividad de los sujetos” ni “excluye la posibilidad de transformar el estado de cosas mediante los actos singulares y colectivos”. Lo que define al nominalismo es su falta de aceptación de una realidad extralingüística, su sustitución de lo real por un acto de habla, sea este individual o colectivo, determinista o transformador. Y eso es justo lo que defiende Butler. Solo hay algo peor que sustituir lo real por una imputación lingüis-

La disolución de todo referente ontológico propia de la teoría *queer* está a punto de conseguir su objetivo: llegará un momento en que no se pueda hablar de nada. Aquel en que la utilización de esquemas duales (sean o no dualistas), de sujetos y verbos, de modos adverbiales, de géneros y especies, en suma, de universales, se haga imposible por dejación de una minoría de teóricos, mientras la mayoría de las personas sigue construyendo con todas esas herramientas su experiencia cotidiana y sus luchas contra el sistema. Cuando todo se disuelva en el lenguaje, este se tornará inútil para entenderse y defenderse, ya que se extenderá como una piel sobre el mundo, como en el relato de Borges, pero no servirá como mapa de aquel: los mapas describen y representan. Sin un lenguaje que muestre otra cosa diferente del poder de quien lo maneja, si queremos comunicarnos habrá que llevar las cosas encima para señalarlas, como en la utopía de Swift. Ese día el totalitarismo neoliberal habrá triunfado definitivamente, pues el mundo se convertirá en un paisaje de cosas discretas, de individuos escindidos y ensimismados, de exciudadanos solo atentos al *¿qué hay de lo mío?* Quizá haya que esperar a ese momento para intentar construir, con las modestas armas de la deliberación y el acuerdo, una auténtica filosofía política radical, apta para la resistencia, que tenga en cuenta dos de las lecciones que Lilla obtiene de la descomposición de la izquierda política: la prioridad de la persuasión democrática sobre la autoexpresión sin objeto y la de la ciudadanía sobre la identidad personal o de grupo (Lilla 2018, 112).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amorós, Celia. 1992. "Notas para una teoría nominalista del patriarcado". *Asparkia: Investigación feminista* 1: 41-58.
- Althusser, Louis. 2005. *La filosofía como arma de la revolución*: México: Siglo XXI.

tica: confundir uno y otra hasta no saber dónde se está, de qué se habla y el significado mismo del hecho de hablar.

- Bernabé, Daniel. 2018. *La trampa de la diversidad. Cómo el neoliberalismo fragmentó la unidad de la clase trabajadora*. Madrid: Akal.
- Buss, D. M. 1995. "Psychological Sex Differences: Origins Through Sexual Selection". *American Psychologist* 50: 169- 171.
- Butler, Judith. 2017. *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Barcelona: Paidós.
- . 2016. "El marxismo y lo meramente cultural". En *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*, Judith Butler, Nancy Fraser. Madrid: Traficantes de sueños: 67-87.
- . 2007. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. Barcelona: Paidós.
- . 2002. *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*. Buenos Aires: Paidós.
- . 1998. "Actos performativos y constitución del género: un ensayo de fenomenología y teoría feminista". *Debate feminista* 18: 296-314.
- Campagnoli, Mabel. 2015. "Dar cuenta de sí misma o la pregunta por una ética feminista". En *Judith Butler, las identidades del sujeto opaco*, coordinado por María Luisa Femenías y Ariel Martínez, 253-273. Buenos Aires: Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata.
- Colera, María. 2016. "Entrevista a Ángela Davis". *Diagonal* 8 sept. 2016, consultado el 30 de noviembre de 2019 en <https://www.elsaltodiario.com/hemeroteca-diagonal/angela-davis-raza-genero-y-clase-son-elementos-entrelazados>.
- Connellana, J. et al. 2000. "Sex differences in human neonatal social perception", *Infant Behavior & Development* 23: 113-118.
- De Santo, Magdalena. 2015. "Performances textuales en la obra temprana de Judith Butler". En *Judith Butler, las identidades del sujeto opaco*, coordinado por María Luisa Femenías y Ariel Martínez, 29-40. Buenos Aires: Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, Universidad Nacional de La Plata.
- Fraser, Nancy. 2016. "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era «postsocialista»". En J. Butler et al., *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*, 23-66. Madrid: Traficantes de sueños.

- “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”. *Revista de Trabajo* 6: 83-99.
- “Heterosexismo, falta de reconocimiento y capitalismo: una respuesta a Judith Butler”. *New Left Review* 2: 123-136.
- Gómez, Juan Antonio. 2017. “Una fundamentación de los derechos humanos desde una hermenéutica analógica”. En J. M. Enríquez *et al.*, *Derechos humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis*, 63-81. Madrid: UNED.
- . 2018. *Derecho y analogía. Estudios de hermenéutica jurídica*. Madrid: UNED.
- González, Araceli. 2009. “Michel Foucault, Judith Butler, y los cuerpos e identidades críticas, subversivas y deconstructivas de la Intersexualidad”. *Isegoría* 40: 235-244.
- Ingalkhalikar, M. *et al.* 2014. “Sex differences in the structural connectome of the human brain”. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the USA*, 111: 823-828.
- Kristol, Irving. 1995. *Neoconservatism: The Autobiography of an Idea*. New York: Free Press.
- Lilla, Mark. 2018. *El regreso liberal: más allá de la política de la identidad*. Barcelona: Debate.
- Lombardo, M. V. *et al.* 2012. “Fetal Testosterone Influences Sexually Dimorphic Gray Matter in the Human Brain”. *The Journal of Neuroscience* 32: 674-680.
- McCarthy, M. *et al.* 2012. “Sex Differences in the Brain: the not so inconvenient Truth”. *The Journal of Neuroscience* 32: 2241-2247.
- Mouffe, Chantal. 1999. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós.
- . 1996. “Feminismo, ciudadanía y política democrática radical”. En *Las Ciudadanas y lo político*, coordinado por María Elena Beltrán *et al.*, 1-20. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid-Instituto Universitario de Estudios de la Mujer.
- Muñoz de Baena, José Luis. 2018. *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*. Madrid: CEPC.

- Ngun, T. C. 2011. "The Genetics of Sex Differences in Brain and Behavior". *Front Neuroendocrinology* 32: 227-246.
- Sacher, J. *et al.* 2013. "Sexual Dimorphism in the Human Brain: Evidence from Neuroimaging". *Magnetic Resonance Imaging* 31: 366-375.
- Sokal, Alan *et al.* 1999. *Imposturas intelectuales*. Barcelona: Paidós.

José Luis Muñoz de Baena
Departamento de Filosofía Jurídica
Universidad Nacional de Educación a Distancia
Calle del Obispo Trejo, 2
28040 Madrid (España)
jlmunozb@der.uned.es
<https://orcid.org/000-0001-6728-9820>

**JURISPRUDENCIA
Y
LEGISLACIÓN**



LA INCONSISTENTE Y BANAL LEY DE GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL DE EXTREMADURA*

THE INCONSISTENT AND BANAL LAW OF GUARANTEE OF THE MUNICIPAL AUTONOMY OF EXTREMADURA

CLEMENTE JUAN CHECA GONZÁLEZ

Universidad de Extremadura

Recibido: 21/06/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

Se critica en este trabajo el contenido de la ley promulgada por la Asamblea de Extremadura en garantía de la autonomía municipal, señalando que en ella se omite, indebidamente, cualquier referencia a la ley estatal, que es a la que corresponde la defensa de dicha autonomía.

Palabras clave: Ayuntamientos, autonomía municipal, financiación municipal.

ABSTRACT

The content of the law promulgated by the Assembly of Extremadura as a guarantee of municipal autonomy is criticized in this paper, stating that it omits, unduly, any reference to the state law, which is to which the defense of said autonomy corresponds.

Keywords: City Councils, municipal autonomy, municipal financing.

* Conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura el 2 de mayo de 2019.

Sumario: 1. Introducción. 2. Acerca del voluntario apartamiento de las bases estatales reguladoras del régimen local en la Ley 3/2019. 3. Las vagas y etéreas normas sobre financiación local recogidas en la Ley 3/2019. 4. A modo de conclusión

1. INTRODUCCIÓN

En un intento de elaborar una clasificación de productos normativos que, amparándose en la figura de la ley, pero sin tener el verdadero contenido y alcance predicables de la misma, se puede hablar, entre otros subproductos, de “Leyes manifiesto”, aprobadas, como han indicado Muñoz Machado y Fernández Rodríguez, más para hacer una declaración política, o para cubrir la apariencia de que se ha cumplido algún aspecto de un programa político, que para contener mandatos que deban ser hechos efectivos; de “Leyes propósito”, destinadas más a aparentar que los ejecutivos se preocupan de un problema concreto que a adoptar soluciones solventes y eficaces sobre el mismo, como ha denunciado Cano Bueso, y de “Leyes oropel, celofán o tribunicias”, que están plagadas de bellas intenciones y principios irreprochables, pero carentes de garantías e instrumentos eficaces para su cumplimiento en un plazo cercano, como ha escrito Martín Moreno.

Es difícil que todas estas categorías se encuentren reunidas en una sola ley; pero no imposible, y buena muestra de ello es la Ley 3/2019, de 2 de enero, de normas reguladoras de garantía de la autonomía municipal de Extremadura, que es una ley banal, inconsistente y perfectamente prescindible, hasta el punto de que lo mejor y más oportuno habría sido, desde luego, que jamás se hubiese promulgado.

2. ACERCA DEL VOLUNTARIO APARTAMIENTO DE LAS BASES ESTATALES REGULADORAS DEL RÉGIMEN LOCAL EN LA LEY 3/2019

En el Preámbulo de dicha Ley 3/2019 –y recalco lo de Preámbulo, pese a que en esta norma se utiliza la denominación de Exposición de Motivos, lo que es una palmaria incorrección jurídica, por los bien expuestos argumentos de Tajadura Tejada— se dedica un amplio apartado a poner de relieve como tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, por la que se modificó la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), se plantearon una cascada de impugnaciones ante el Tribunal Constitucional (TC) por medio de la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad y un conflicto en defensa de la autonomía local, resueltos por diversas sentencias que comienzan por la pionera 41/2016, de 3 de marzo, a la que han seguido las sentencias 111/2016, 168/2016, 180/2016, 44/2017, 45/2017, 54/2017, 93/2017, 101/2017 y 107/2007, resolutoria de citado conflicto en defensa de la autonomía local planteado por 2.393 municipios.

Hasta aquí todo cierto. Así, efectivamente, ha ocurrido.

Ahora bien, extraer de ello la conclusión, como en dicho Preámbulo de la Ley 3/2019 graciosamente se hace, de que los pronunciamientos de citadas sentencias han atacado frontalmente a la LRBRL hasta el punto de quedarla reducida prácticamente a escombros, es una falsedad completa.

Y lo es porque si bien dichas sentencias del TC sí han declarado inconstitucionales ciertos preceptos de la LRBRL que habían sido modificados o introducidos por la Ley 27/2013, y en otros casos han declarado la constitucionalidad de algunos siempre que se interpretasen de una determinada manera, debe de señalarse, de forma inmediata, que las declaraciones del TC afectan tan solo a cuestiones menores de la LRBRL, no incidiendo para nada en su núcleo esencial, que es el que define las

competencias propias de los municipios y las delegadas a éstos. Tan es así que si se analizan los arts. 25 a 27 de dicha LRBRL nos encontramos con que los mismos han permanecido indemnes a los embates del TC.

Y sólo una cuestión de escaso calado fue rechazada por la ya antes citada STC 111/2016, cual es la que se contenía en el apartado 2 del art. 26 de la LRBRL, referida a que es la Diputación, en los municipios de menos de 20.000 habitantes, la que tiene que coordinar la prestación de una serie de servicios municipales, punto en el que se declaró inconstitucional y nulo que la Diputación tuviese que proponer al Ministerio de Hacienda la forma de prestación de tales servicios siendo éste Ministerio el que finalmente decidiese sobre la propuesta formulada, previo informe preceptivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, si ésta ejercía la tutela financiera.

Como bien se aprecia, pues, el reproche de inconstitucionalidad es sobre una cuestión bastante menor, y que, desde luego, no incide para nada en la esencia de la LRBRL, ni en los principios nucleares que la informan.

Y, sin embargo, de tan escaso basamento el Preámbulo de la Ley 3/2019, con un arrojo singular y una descarada osadía, extrae ni más ni menos la conclusión de que poco menos que tales sentencias del TC han puesto en entredicho la totalidad de las normas, principios y reglas contenidos en la LRBRL, y de ello concluye con ímpetu juvenil, con estas palabras, que cito literalmente:

“En este contexto, por tanto, la pretensión de elaborar o construir una ley integral o un marco normativo general que regule de forma holística *—obsérvese la pedantería del lenguaje empleado—* todas las entidades locales de Extremadura y que actúe u opere en un marco básico estatal de régimen local ciertamente prolijo y con inevitables dudas de cuál será su destino en los próximos años, no parece una solución institucional y jurídica adecuada”.

Y por si alguna duda quedase de tan profundo pensamiento, en el párrafo siguiente se señala:

“(…) atendiendo a las circunstancias normativas expuestas no parece muy apropiado intentar construir ese marco jurídico autonómico sobre unas bases estatales que, tras los recientes cambios normativos y la jurisprudencia constitucional citada sobre ellos, no tiene un asentamiento lo suficientemente sólido como para ofrecer soporte a un sistema normativo local extremeño que tenga vocación de permanencia en el tiempo”.

Lo que se ha querido, en definitiva, es que la Ley 3/2019 no acate las bases estatales, las contenidas en la LRBRL.

En su lugar, y así se explicita también en referido Preámbulo, lo que se hace es elaborar por la Asamblea de Extremadura una nueva ley –mucho más precisa, se apunta, con evidente triunfalismo– que se encargue de recoger y contemplar un sistema de garantías de la autonomía municipal y, particularmente, de tasar un elenco de materias y funciones de competencia municipal propia que definan los contornos precisos de un modelo altamente avanzado de regulación del gobierno local.

Reténgase esta expresión de “gobierno local”, sobre la que luego volveré, ya que la misma no es inocente ni inocua, ya que es la que sirve de fundamento último al contenido de esta Ley 3/2019.

Y esa intención se plasma luego, con toda evidencia y claridad, en el capítulo I del título III de dicha Ley 3/2019, dedicado a las “Competencias municipales”, conformado por los arts. 10 a 17, en los que, ni por asomo, se hace referencia alguna a las bases estatales recogidas en la LRBRL, de la que explícitamente se huye, señalándose, de manera expresa, que las competencias propias son solo las recogidas en el art. 15 de la Ley 3/2019, más las que se atribuyan de manera complementaria por las leyes sectoriales que apruebe la Asamblea de Extremadura; extremo que se vuelve a reiterar en el art. 17 de tal Ley 3/2019.

Y esto es un grave defecto de esta ley, y lo es porque la fijación de tales competencias, en sus aspectos básicos y esenciales corresponden, desde luego, al Estado, tal y como lo ha mantenido siempre el TC en todas cuantas ocasiones ha tenido que enfrentarse a esta cuestión.

A este respecto, antes de analizar este problema concreto, hay que señalar que ya desde la temprana STC 4/1981, de 2 de febrero, se señaló, con carácter general, y como aviso de cara al futuro, que la autonomía hace referencia a un poder limitado. En efecto, autonomía no es soberanía -y aún este poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución (CE).

Y se precisó que es la ley la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de Entes, de acuerdo con la CE; y que ésta contempla la necesidad --como una consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés de la nación-- de que el Estado quede colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la CE, tanto en relación a las Comunidades Autónomas (CCAA), concebidas como Entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (arts. 150.3 y 155, entre otros), como a los Entes locales (art. 148.1, 2º).

Entrando ya en el específico alcance de las “bases” recogidas en la LRBRL, ya la doctrina, en términos generales, había señalado, en relación con el concepto de “bases” de una Ley estatal, que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas.

Y tal criterio doctrinal se ha refrendado, sin duda alguna, por el TC, como paso a exponer. Así, ya en la STC 32/1981, de 28 de julio, el TC constriñó el ámbito de actuación de las CCAA al marco que estableciese la legislación básica del Estado, que en aquellos momentos aun no existía, ya que la LRBRL es del año 1985.

En esta sentencia se puso de relieve que corresponde al Estado la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado, y que cuando se trata de legislar sobre cuestiones que conciernen directamente a la composición, estructura y competencias de los entes territoriales y de sus órganos de gobierno y administración, deben las CCAA respetar las bases establecidas por la legislación vigente.

Y de ello se concluyó declarando, en lo que ahora nos afecta, que como titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada, las Corporaciones locales (CCLL) no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de ese derecho.

Esto no impide, precisó el TC, que las CCAA no puedan legislar sobre la esfera local, o específicamente, municipal. Claro que pueden hacerlo; pero, eso sí, respetando las bases fijadas por el Estado.

Así lo había señalado la doctrina, cuando había puesto de relieve que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma; y así lo declaró también esta STC 32/1981, cuando afirmó que en el respeto de esas condiciones básicas las CCAA pueden legislar, toda vez que la fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales de todo el Estado, sino que debe permitir opciones diversas, ya que la potestad normativa de las CCAA no es, en estos supuestos, de carácter reglamentario.

Esta doctrina se reiteró en la STC 1/1982, de 28 de enero, al declararse en ella que lo que la CE persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la CE y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia.

En la misma línea, en las SSTC 25/1983 de 7 abril y 76/1983, de 5 de agosto, se declaró que las competencias de las CCLL no pueden quedar a merced de la interpretación que cada Comunidad Autónoma haga del derecho a la autonomía local, pues tal autonomía viene exigida por el modelo de Estado que la Constitución configura.

En las posteriores SSTC 27/1987, de 27 de febrero, y 99/1987, de 11 de junio, se afirmó que debe ser el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que fije unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, encontrando cobertura a esa encomienda estatal en el concepto mismo de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» (art. 149.1.18 CE), por cuanto dicha expresión engloba a las Administraciones Locales.

Esta doctrina se reiteró en otras sentencias, entre ellas la 48/1988, de 22 de marzo, 109/1998, de 21 de mayo, 213/1988, de 11 de noviembre, 259/1988, de 22 de diciembre, 214/1989, de 21 de diciembre, 385/1993, de 23 de diciembre, 11/1999, de 11 de febrero, y 159/2001, de 5 de julio, en las que se declaró que mediante la LRBRL el legislador estatal había ejercitado la competencia que le atribuye dicho art. 149.1.18 de la CE, estableciendo a tal propósito unas bases del régimen jurídico de la Administración Local, de aplicación directa en todo el territorio nacional,

bases que sirven, precisamente, para la determinación concreta del régimen local autónomo.

Estas sentencias son, pues, muy claras: la “determinación concreta del régimen local autónomo” viene establecido por las bases aprobadas por el Estado, y por lo tanto el margen de maniobra que las CCAA tienen será, en exclusiva, para desarrollar las mismas.

Con ello, en suma, el TC ha dicho que las CCAA no pueden interpretar libremente la definición de las competencias y la configuración de los órganos de gobierno de las CCLL, sino que, fijados los principios básicos por parte del Estado, a ellas les corresponde, en uso de su potestad legislativa, regular sobre régimen local; pero, eso sí, respetando mencionadas bases.

En suma, como ha escrito De Diego Gómez, el TC constriñe el ámbito de actuación de las CCAA al marco que establezca la legislación básica del Estado.

Esta doctrina se ha mantenido en su integridad en más recientes pronunciamientos del TC, recogidos, entre otras, en sus sentencias 240/2006, de 20 de julio, 31/2010, de 28 de junio –en la que se declaró que el sistema establecido consiste en confiar al Estado central el establecimiento de normas legales básicas y haciendo posible que las CCAA desarrollen legislativamente dichas bases y sean titulares de las correspondientes potestades de reglamentación y ejecución de la legalidad desarrollada, siendo evidente que el papel constitucionalmente atribuido a las CCAA en cuanto a su competencia legislativa en materia de régimen local es el de desarrollo y el de ejecución de la legalidad desarrollada en el marco y competencia que sobre las bases de la misma le corresponde al Estado–, y 103/2013, de 25 de abril, en la que se señaló que las competencias autonómicas en materia de régimen local tienen que serlo de desarrollo de las bases estatales, que tienen, en primer lugar, el cometido de concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada para establecer el marco definitorio del autogobierno de los entes locales

directamente regulados por la Constitución, y, en segundo término, de concretar los restantes aspectos del régimen jurídico básico de todos los entes locales que son, en definitiva, Administraciones públicas.

Todo está, pues, muy claro. Según el TC, siempre existe una preeminencia de las bases estatales sobre la normativa autonómica dirigida a regular las competencias de las CCLL.

No obstante, debemos preguntarnos si tan concluyente doctrina ha sufrido algún cambio, habida cuenta de lo que se afirma en el Preámbulo de la Ley 3/2019. Y la respuesta es que no.

Si nos detenemos en las sentencias del TC expresamente invocadas en el Preámbulo de dicha Ley 3/2019, que, al parecer son las que deben conducir al olvido, y a la inaplicación, de la LRBRL, las conclusiones son idénticas, en su totalidad, a las hasta aquí expuestas.

Así, en la STC 41/2016, de 3 de marzo, al resolver la impugnación dirigida contra el régimen básico de las competencias municipales (arts. 7.4 y 25 de la LRBRL, en la redacción dada por la Ley 27/2013), y ante la alegación de la Asamblea de Extremadura, de que tal régimen incurriría en inconstitucionalidad por cercenar las atribuciones garantizadas a los municipios en algunos Estatutos de Autonomía, se declaró:

“(…) es verdad que, tal como destaca el recurso de inconstitucionalidad, el Estatuto de Autonomía, en tanto que «norma institucional básica» (art. 147.1 CE), puede contener las «líneas fundamentales o la regulación esencial» del régimen local en el ámbito territorial la Comunidad Autónoma. Ahora bien, también hemos dicho que esa regulación esencial vincula solo al legislador autonómico y únicamente en la medida en que no contradiga el régimen dictado en ejercicio de la competencia básica que al Estado corresponde en la materia en virtud de la reserva del art. 149.1.18 de la CE, precepto que ampara una regulación estatal básica sobre competencias locales que, en cuanto tal, está llamada a condicionar al legislador autonómico. A la hora de asignar o suprimir

competencias locales al amparo de sus atribuciones estatutarias, la Comunidad Autónoma debe respetar las bases del régimen local.

Y precisó que una legislación estatal que pretendiera reducir la autonomía local al mínimo constitucionalmente garantizado podría ser tan básica y legítima como la que tratara de ensancharla al máximo. Ambas soluciones se corresponden con los polos dentro de los que puede moverse el legislador básico del régimen local en el marco de un sistema constitucional basado en el principio democrático (art. 1 CE).

Y lo mismo se afirmó, puesto que se formularon reproches y se suscitaron controversias competenciales muy similares, en las sentencias del TC 111/2016, de 9 de junio; 168/2016, de 6 de octubre –en la que se declaró que una norma estatutaria de régimen local no puede funcionar como límite al ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida al Estado en esta materia (art. 149.1.18 CE). No puede imposibilitar que este reforme las bases, ni suponer que las nuevas bases dejen de operar como mínimo común normativo, esto es, que sean inaplicables en una Comunidad Autónoma por virtud del Derecho local incluido en su Estatuto--; 44/2017, de 27 de abril; 45/2017, de 27 de abril; 54/2017, de 11 de mayo; 93/2017, de 6 de julio; y 101/2017, de 20 de julio, en las que se señaló, luego de manifestar que la LRBRL resulta aplicable en todas las CCAA, y la legislación autonómica sobre régimen local habrá de ajustarse a ella, que las normas sobre autonomía local que, eventualmente, establezca un Estatuto de Autonomía no vinculan al legislador básico; vinculan exclusivamente al legislador autonómico y solo en la medida en que sean compatibles con la ordenación básica que al Estado compete.

Así se pronunció, igualmente, la STC 107/2017, de 21 de septiembre, mediante la que se resolvió el primer conflicto en defensa de la autonomía local formulado respecto de las bases del régimen local y de la legislación estatal sobre haciendas locales, y en la que se declaró extinguida, por pérdida sobrevinida de objeto, la impugnación del art. 26.2 de la

LRBRL, en la redacción dada por la Ley 27/2013; y se desestimó el conflicto en defensa de la autonomía local en todo lo demás.

Y también, por si aún quedase alguna duda, en la STC 180/2016, de 20 de octubre, que versó sobre un conflicto particular que se había suscitado sobre la legislación foral navarra, se declaró la plena aplicación incluso a este supuesto de la LRBRL, si bien en este caso ello es así por la expresa invocación que a este respecto se realizó tanto por la disposición adicional tercera de la LRBRL, como por la disposición adicional segunda de la citada Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

De todo ello se extrae, en suma, la conclusión de que la legislación autonómica sobre el régimen local debe respetar las bases estatales, además de también, como es obvio, aunque esto por otros motivos, los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y racionalización de las estructuras administrativas, sin que quepa ningún subterfugio, ni razón de índole alguna, para no hacerlo.

Y una precisión última a este respecto. El TC no es claro respecto a la cuestión de si la LRBRL debe incluirse, o no, en el bloque de la constitucionalidad, ya que ha mantenido a este respecto posturas discrepantes.

Así, mientras que en la STC 159/2001, de 5 de julio, remitiéndose a sus sentencias 27/1987, de 27 de febrero, 109/1998, de 26 de mayo, y 259/1988, de 22 de diciembre, declaró que la LRBRL es una ley que, por definir o delimitar las competencias estatales y autonómicas, y por actuar los valores superiores consagrados en el art. 137 de la CE “tiene una singular y específica naturaleza y posición en el Ordenamiento jurídico”, integrándose sin dificultad, en aquella parte que sea concreción de principios constitucionales, dentro del llamado “bloque de la constitucionalidad” (art. 28.1 LOTC).

En la STC 240/2006, de 20 de julio, por el contrario, se negó tal tesis, al declararse en ella que la legislación básica sobre régimen local no se

integra en el “bloque de la constitucionalidad”, ni constituye canon de validez respecto de otras Leyes estatales.

Sea como fuere, esta cuestión no desmerece, en absoluto, la importancia que tiene la LRBRL; ya que como se indica en esta misma STC 240/2006 es el legislador estatal, con carácter general y para todo tipo de materias, el que tiene que fijar unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales, con cobertura en el art. 149.1.18 de la CE.

En definitiva, y como afirmación final conclusiva, es evidente e incontestable que las CCAA tienen que respetar lo dispuesto en la LRBRL, forme parte, o no, la misma del bloque de la constitucionalidad.

Pues bien, nada de esto, nada de tan clara y reiterada doctrina del TC, parece haberle importado lo más mínimo al redactor, o redactores, del Preámbulo de la Ley 3/2019, toda vez que éste, como ya indiqué, afirma, con el mayor descaro y sin el más mínimo rubor, que no parece muy apropiado intentar construir el marco jurídico autonómico sobre unas bases estatales.

Esto no es sino una evidente no toma en consideración de la reiterada, y consolidada, doctrina del TC, que si se ha hecho por desconocimiento tendría que conllevar, por incompetencia, el inmediato apartamiento de quien ha redactado citado Preámbulo de cualquier futura actividad relacionada con la esfera o la actividad normativa; y si se ha hecho a propósito, y así lo creo, sería un desacato, y como tal tiene que merecer el más contundente rechazo.

¿Debe deducirse de esto que la Ley 3/2019, o, por lo menos, los preceptos de la misma dedicados a establecer las competencias municipales, son inconstitucionales?

La respuesta es que no necesariamente tiene que ser así, y ello se basa en que –aunque es cierto que la falta de cualquier alusión a las bases estatales recogidas en la LRBRL, desconociéndolas y relegándolas al

olvido, se sigue manteniendo en el texto de la Ley 3/2019, no solo, pues, en su Preámbulo— tal falta de mención a dichas bases no puede suponer, en ningún caso, que las mismas no se apliquen.

A este respecto, ya en la STC 31/2010, de 28 de junio, dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, se declaró de forma concluyente que la falta de referencia a las bases estatales, o, más amplia y genéricamente, a la competencia estatal *ex art.* 149.1.18 de la CE, no puede impedir de ninguna manera el ejercicio de esa competencia estatal.

¿Y de dónde surge, en qué se fundamenta, este, entiendo que voluntario, desconocimiento de la potestad estatal sobre el régimen local, y de las bases de la LRBRL, en esta Ley 3/2019?

Para responder a ello es el momento de ocuparme de una cuestión que al inicio dejé sin tratar, posponiéndola para un posterior momento, y que era la referida a la noción de gobierno municipal, interpretada ésta en clave de autonomía política, que entiendo que es el punto de partida de los desatinos que se han cometido en esta Ley 3/2019.

Vayamos por partes. En el Preámbulo de esta ley —tengo de nuevo que acudir a él— una vez que ha puesto de relieve, de forma totalmente incorrecta por lo ya dicho, que no es pertinente seguir los dictados de las bases estatales, se tiene que buscar un anclaje a la Ley 3/2019, y éste lo halla en el art. 55 del Estatuto de Autonomía de Extremadura (EAEx), que es, en sus propias palabras, el mejor apoyo de tal Ley 3/2019, precisando a este respecto que “es en ese marco estatutario, y particularmente en la regulación establecida en el art. 55 (*del EAEx*), donde se encuentra el punto de arranque del contenido de la presente ley”.

Nada tendría que reprochar a estas palabras si se hubiese interpretado correctamente lo que dice este art. 55 del EAEX; pero mucho que

objetar, sin embargo, a la interpretación que de este precepto estatutario se hace.

Y esto es así porque de dicho art. 55 se extrae la conclusión de que la ley de mayoría absoluta que en él se contiene es la única habilitada para el establecimiento de las competencias municipales. Esta interpretación es claramente errónea, y lo es tanto porque no se aplica el contenido íntegro de lo que dice este art. 55 del EAEx, como porque no se efectúa una interpretación sistemática de este precepto con el resto de los que integran el título IV de dicho Estatuto.

Es cierto que este art. 55 dice que una ley de la Asamblea aprobada por mayoría absoluta establecerá las materias y funciones de competencia autonómica susceptibles de ser gestionadas por los municipios y, en su caso, el elenco mínimo de facultades o atribuciones que sobre las mismas han de tener los ayuntamientos; pero también indica que ello es así dentro del marco normativo general, lo que ahora, en la Ley 3/2019, se olvida, desconociendo las exigencias que de ello se derivan.

Y en cuanto a la falta de interpretación sistemática, hay que señalar que en el art. 53.2 del EAEx se manifiesta que la Comunidad Autónoma regulará el régimen jurídico de las entidades locales de Extremadura, teniendo en consideración las diferentes características de las mismas y su diversa capacidad de gestión competencial; pero, todo ello, en el marco de la legislación básica del Estado, marco éste que en el ámbito de la Ley 3/2019 se encuentra “donde habita el olvido”, por usar la poética frase del maestro Joaquín Sabina.

Lo que dice el EAEx en estos arts. 53 y 55 es correcto. La Comunidad de Extremadura tiene, evidentemente, capacidad para legislar en materia de régimen local; pero, eso sí, siempre teniendo presente que la legislación que ella dicte debe serlo dentro del marco normativo general conformado por la legislación básica del Estado.

Este proceder, como acertadamente ha resaltado Álvarez García, es plenamente conforme con la doctrina del TC, según la que, recordemos, lo que la CE persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan, dentro del marco de competencias que la CE y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia.

Sin embargo, en el Preámbulo de la Ley 3/2019, para que la misma no se vea constreñida por el necesario acatamiento a las bases de régimen local dictadas por el Estado, se da un salto sin red –sobre la guía, eso sí, de lo que ya habían apuntado, aun sin directamente afirmarlo, los nuevos Estatutos de Cataluña y Andalucía--, poniéndose el énfasis en otro precepto del EAEx, concretamente, en su art. 54.1, en el que se habla –incidentalmente, porque de ello no extrae ninguna conclusión relevante– de la autonomía política de los municipios.

Sin embargo, el Preámbulo de la Ley 3/2019 sí que extrae importantes conclusiones de ello. Nada menos –aunque no se diga abiertamente– la de que al ser política tal autonomía, y no solo administrativa, es inaplicable el art. 149.1.18 de la CE, que se refiere, como ya se ha reiterado, a las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas».

La tesis que se sigue es, pues, la sustentada por determinados autores, tales como, por ej., Caamaño Domínguez, Font i Llovet y Velasco Caballero, quienes, partiendo de la premisa de que la autonomía local es expresión de una verdadera autonomía política, y no meramente administrativa, han señalado que las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del art. 149.1.18 de la CE no dan cobertura a la pretensión de la regulación del Gobierno local o ni siquiera del régimen local,

ya que sólo ampararían a una regulación de las bases de la Administración local entendida de una forma reductora; excluyendo todo aquello que pueda tener que ver con la idea de Gobierno local, que, a su juicio, se presentaría como materia no incluida en el art. 149 de la CE.

Como bien ha escrito De La Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, de esta afirmación, que parte de la premisa de que son dos cosas diferentes la Administración y el Gobierno, se desprende que son distintas, y sin conexión entre ellas, las funciones administrativas, y el aparato que las sirve, y las funciones políticas, incardinadas en la idea de Gobierno, y de todo ello se deduciría que el art. 149.1.18 de la CE sí permitiría al Estado establecer las bases del régimen jurídico de todas las Administraciones, pero ello nada tendría que ver con la dimensión política de los Entes locales, que sería así una materia distinta, y, como tal, no prevista en dicho art. 149.1.18 de la CE.

A partir de tal razonamiento se llega a la conclusión de que el régimen local no es una materia que esté reservada al Estado en el art. 149.1 de la CE y, en consecuencia, se trataría el régimen local de una materia que pueden libremente, y de forma exclusiva, asumir las CCAA, sin estar constreñidas para ello por las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas del art. 149.1.18 de la CE.

Sin embargo, como bien apunta De La Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, esta tesis no es convincente. El hallazgo de un título virgen en torno al concepto de “Gobierno local” que, supuestamente, quedaría fuera de las bases del art. 149.1.18 de la CE, no cuenta con argumentos suficientes que lo justifiquen; y pretender extraer del uso de ambos términos –gobierno y administración– la consecuencia de que en la CE se quiere que las bases del 149.1.18 de la CE se contraigan a una artificial diferenciación entre gobernar y administrar no es admisible, como también había puesto de relieve ya Morell Ocaña.

Como señala el propio De La Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, la misma Constitución sitúa el art. 140 –en que se alude al «gobierno» y

«administración» de los municipios– al comienzo del capítulo II del Título VIII, con una rúbrica del capítulo que es bien significativa («Capítulo II. De la Administración Local»), por lo que no tendría que existir duda alguna de que para la CE los municipios y provincias son, ante todo y sobre todo, Administración, y al ser ello así es claro que dentro del régimen jurídico de las Administraciones públicas se comprende también la Administración local.

Y así lo han entendido también las sucesivas sentencias del TC que se han enfrentado a la cuestión, y a las que ya me he referido precedentemente, razones todas ellas que me llevan a concluir afirmando que si la tesis de fundar una radical diferenciación de régimen jurídico en la separación entre los términos gobierno y administración fue la que se tuvo presente a la hora de redactar la Ley 3/2019, la misma es, por completo, equivocada, desacertada y errónea.

3. LAS VAGAS Y ETÉREAS NORMAS SOBRE FINANCIACIÓN LOCAL RECOGIDAS EN LA LEY 3/2019

Otra triunfalista afirmación que se contiene en la al parecer tan maravillosa --para quienes la han aprobado--, Ley 3/2019, es la referida a la financiación municipal.

A este respecto en el ya tan reiterado Preámbulo de la misma se señala que en relación a este aspecto esta Ley 3/2019, rompe una tradición normativa en las CCAA de régimen de financiación ordinario que consiste en regular siempre en paralelo (esto es, en normas distintas) competencias y financiación local, lo que suele ser una fuente notable de desajustes y problemas; para evitar los cuales se afirma que en este campo dicha Ley 3/2019 pretende aportar una visión holística –otra vez el término de marras--, que vaya sumando poco a poco las tres dimensiones imprescindibles de un modelo sólido de gobierno local: competencias, financiación y sistema institucional de garantías.

La intención es muy buena. Siempre he defendido que lo mejor y más operativo es, sin duda, que el elenco de competencias de las CCLL y, singularmente, de los municipios, y la forma de financiar las mismas, vayan unidas en un único texto, habida cuenta de su clara complementariedad, ya que sin los necesarios y adecuados medios económicos difícilmente pueden atenderse, de forma satisfactoria, referidas competencias.

Pero todo ha quedado en eso, en una buena intención, puesto que al ver el articulado de la Ley 3/2009, se comprueba, otra vez más, la insoportable levedad de la misma, que no aporta nada nuevo que no conociésemos ya en relación con esta cuestión de la financiación municipal.

Dicha ley comienza limitándose a recoger, en su art. 42, una serie de principios de actuación de las haciendas locales extremeñas: autonomía financiera, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, suficiencia financiera, solidaridad, legalidad, responsabilidad financiera, transparencia, objetividad, economía, eficiencia, control, unidad de caja y racionalidad en la gestión de sus recursos.

Pues bien, todos ellos serían igualmente aplicables existiese, o no, la Ley 3/2019, ya que el actuar de este modo es obligado por aplicación directa, entre otros preceptos, de los arts. 133, 135, 138 y 142 de la CE; 55 y 60 del EAEx; 105 y sigs. de la LRBRL, y numerosos preceptos del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales (TRLRHL), aprobado por el RDLegis. 2/2004, de 5 de marzo, cuya cita sería ahora inapropiada para no agotar la paciencia del lector.

Descendiendo a más detalle, nos encontramos con que el art. 142 de la CE recoge las dos fuentes primordiales de financiación de los Entes locales: sus tributos propios y la participación en ingresos del Estado.

Veamos, en primer lugar, si la ley 3/2019 aporta alguna novedad en relación con los tributos propios de las CCLL radicadas en Extremadura.

Ninguna. Ni siquiera los menciona. Y no lo hace porque no puede hacerlo.

Brevemente, hay que indicar que debido, por un lado, a la vigencia del principio de reserva de ley en el ámbito tributario (arts. 31.3 y 133.1 CE), y, por otro, a que la legislación de régimen local no atribuye a las CCLL el poder de aprobar leyes, sino normas con carácter reglamentario (ordenanzas municipales), de ello se deriva que para ordenar los tributos municipales es precisa una ley, que, además, tiene que ser estatal, y no autonómica.

Esta exigencia de que dicha ley sea estatal, queda patente en, entre otras, las sentencias del TC 179/1985, de 19 de diciembre, 96/1990, de 24 de mayo; 331/1993, de 12 de noviembre; 233/1999, de 16 de diciembre; 104/2000, de 13 de abril; 13/2007, de 18 de enero, y 31/2010, de 28 de junio, en las que se ha puesto de relieve, partiendo de la exigencia recogida en los arts. 31.3 y 133.1 y 2 de la CE, que la creación de los tributos locales ha de operarse a través del legislador estatal, teniendo esta potestad su anclaje constitucional "en la competencia exclusiva sobre Hacienda General (art. 149.1.14 CE), que corresponde al Estado. Si bien, también se ha precisado por el TC, que "en virtud de la autonomía de los Entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la Corporación municipal, es preciso que la ley estatal atribuya a los Acuerdos dictados por éste (los acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza), un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del Municipio" (STC 233/1999, de 16 de diciembre).

Por tanto, las posibilidades de actuación de una ley autonómica sobre el establecimiento y regulación de los tributos locales son inexistentes, y así lo ha tenido que asumir la Ley 3/2019, que nada dice, pues, de esta primera fuente de financiación de los municipios, y ello porque, repito, no puede hacerlo.

En consecuencia, esa pretendida visión holística de la Ley 3/2019 es también inexistente en relación con este aspecto del establecimiento de los tributos propios locales.

Veamos qué sucede con la otra fuente nuclear de financiación de los entes locales, constituida según dicho art. 142 de la CE, por la participación en los tributos del Estado y de las CCAA. Es palmario que la participación de las CCLL en los tributos del Estado no puede regularse, al menos en sus aspectos sustantivos, en la Ley 3/2019.

A este respecto, cabe recordar que es doctrina reiterada del TC que la fijación de los criterios de distribución de la participación de los Entes locales en los tributos del Estado corresponde en exclusiva a éste.

Así, a título de ejemplo, en las sentencias del TC 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre; 331/1993, de 12 de noviembre; 233/1999, de 16 de diciembre y 104/2000, de 13 de abril, se ha declarado que es al legislador estatal a quien incumbe dar efectividad a los principios de suficiencia de las Haciendas locales y de solidaridad y equilibrio territorial, mediante la determinación de unos criterios homogéneos y uniformes de distribución entre los distintos Entes locales de su participación en los ingresos del Estado.

De hecho, como se afirmó en la STC 150/1990, de 4 de octubre, si una ley autonómica incidiese en los criterios de participación de los municipios en los ingresos del Estado, tal ley “podría incurrir efectivamente en inconstitucionalidad, no ya por contrariar el principio de autonomía local, sino por invadir las competencias del Estado relativas a la regulación de la participación de los entes locales en los tributos estatales”.

En consecuencia, tampoco la Ley 3/2019 puede regular los aspectos sustantivos y nucleares de la participación de las CCLL en los tributos estatales.

Sin embargo, en dicha Ley sí que podría haberse hecho mención a determinadas cuestiones relacionadas con esta materia, que sería posible constitucional y legalmente regular, y, sin embargo, tampoco se ha

hecho, poniéndose con ello de manifiesto que la pretendida visión integral de la Ley 3/2019 es un puro mito, sin base alguna.

Me refiero, en concreto, como bien ha escrito en términos generales Moreno Fernández, a que nada impide que la participación de las CCLL en los tributos estatales se hubiese articulado a través de un procedimiento en virtud del que tales ingresos se perciban por medio de la Comunidad Autónoma de Extremadura (CAEx) y que ésta, seguidamente, procediese a distribuirlos a los municipios extremeños, respetando, eso sí, los criterios de reparto establecidos por la legislación del Estado en la materia.

Este procedimiento es el que se sigue en, por ej., el art. 219.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EACat), aunque antes de él también se utilizaba en el art. 48.2 del anterior Estatuto catalán (LO 4/1979), y sobre esta forma de actuar ha declarado el TC que ello es plenamente conforme con la CE, pues si bien es cierto, como ya he dicho, que la fijación de los criterios de distribución de la participación de los Entes locales en los tributos y subvenciones incondicionadas del Estado corresponde de forma exclusiva a éste *ex art.* 149.1.14^a de la CE, ello no impide que, una vez fijados dichos criterios, su reparto pueda efectuarse a través de los correspondientes entes autonómicos, siempre que en esta tarea se respeten “los criterios de reparto establecidos por el Estado de los que no puede apartarse”.

Así se ha declarado, entre otras, por las sentencias del TC 96/1990, de 24 de mayo; 237/1992, de 15 de diciembre; 331/1993, de 12 de noviembre; 171/1996, de 30 de octubre y 31/2010, de 28 de abril, que fue la que declaró la plena constitucionalidad en este aspecto concreto del antes mencionado art. 219.2 del EACat., reconociéndose igual tesis en las más recientes sentencias del TC 41/2016, de 3 de marzo y 78/2018 de 5 julio.

En definitiva, ni siquiera en esta cuestión menor ha innovado nada la Ley 3/2019, dando así muestras, una vez más, de su completa futilidad, y de su absoluta prescindibilidad.

Cabe preguntarse ahora: ¿y qué ocurre con la participación de los municipios extremeños en los tributos de la CAEx?

La regulación normativa de esta cuestión sí puede realizarse por la Ley 3/2019, ya que esta forma de actuar está legitimada por la esfera de actuación política de la Junta de Extremadura (así se ha declarado por, entre otras, las sentencias del TC 84/1982, de 23 de diciembre; 31/2010, de 28 de junio y 78/2018 de 5 julio), y cuenta con el respaldo de lo que establece el art. 60.2 del EAEx, que señala, a estos efectos, que una ley de la Asamblea de Extremadura, establecerá un fondo de finalidad incondicionada, dotado a partir de los ingresos tributarios de la Comunidad y que se distribuirá entre los municipios teniendo en cuenta, entre otros factores, su población, sus necesidades de gasto y su capacidad fiscal.

A este fondo es al que se refiere el art. 45 de la Ley 3/2019, en el que se señala que el mismo se establecerá en las leyes anuales de Presupuestos Generales de la CAEX, dotado con al menos 76 millones de euros, provenientes de los ingresos tributarios de la Comunidad, y que se distribuirá entre los municipios a través de una cuantía fija y otra variable, teniendo en cuenta una serie de factores, tales como, entre otros, la población, con especial atención a la población total menor de 25 años y mayor de 65 años; las necesidades de gasto; la inversa de la capacidad fiscal; la inversa de la renta per cápita, y el desempleo, remitiéndose a los trabajos que desarrolle una Comisión Mixta, integrada en el Consejo de Política Local, la concreción de los porcentajes de distribución que correspondan a cada uno de dichos factores.

No voy a entrar a examinar los factores que se citan para llevar a cabo este reparto, ni, por tanto, si los mismos son, o no, los más idóneos para la finalidad pretendida, que es, a tenor de los ya citados art. 60 del EAEx y 45 de la Ley 3/2019: intentar conseguir un equilibrio territorial y la realización efectiva del principio de solidaridad.

Sin embargo, si apunto que, a mi juicio, la Ley 3/2019, es poco concreta: por una parte, porque los factores que cita son, *entre otros*, dejando, pues, la puerta abierta a la introducción de nuevos criterios de reparto, y, por otra, porque tampoco especifica los porcentajes que se aplicarán a cada uno de tales factores, los cuales también se remiten a un órgano que funciona extramuros de la Asamblea de Extremadura, lo cual, desde luego, significa hurtar poder de decisión al poder legislativo, lo cual, en mi opinión, no debe merecer más que críticas.

Esta falta de regulación integral por parte de la Ley 3/2019 vuelve a poner de relieve que la pretensión holística de dicha Ley es pura fachada, y lo es también porque no veo razón alguna para que citada Ley no haya ido mucho más lejos de lo que lo ha hecho en otros dos específicos aspectos, que tienen que ver con la participación de los municipios en los ingresos tributarios de la CAEx, y que la propia Ley 3/2019 cita, pero no concreta ni, desde luego, desarrolla.

El primero de ellos aparece mencionado en el art. 11 de la Ley 3/2019, en el que se indica que la ley podrá atribuir ámbitos materiales específicos o determinadas funciones o facultades de las competencias municipales a la ciudad de Mérida en su condición de capital de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo establecido en la Ley 7/2015, de 31 de marzo, así como a las capitales de provincia (Badajoz y Cáceres) o en relación con aquellos municipios que, atendiendo a su peso demográfico o especial capacidad de gestión, puedan asumir eficientemente la prestación de determinados servicios públicos en el ámbito municipal.

Y se añade que tales atribuciones de ámbitos materiales específicos aplicables a determinados municipios vendrán acompañadas, en todo caso, de la suficiencia financiera requerida para su correcto ejercicio, lo que se reitera en el art. 17.2 de la propia Ley 3/2019.

Esta importante cuestión de la atribución de nuevas y mayores funciones y facultades a los municipios reseñados queda diferida a lo que establezcan leyes futuras, y esto no es necesariamente criticable, puesto

que a medida que vayan apreciándose nuevas necesidades es cuando es pertinente que se doten a los municipios, en los que tales necesidades se aprecien, de las correspondientes funciones y facultades.

Con todo, si considero que es un desacierto de la Ley 3/2019 el no haber establecido ya un mecanismo de financiación, con visos de estabilidad y permanencia, para salvaguardar las necesidades financieras de los municipios afectados por ese haz de posibles nuevas funciones y facultades, toda vez que parece evidente que si esto existiese ello sería un incentivo, un estímulo, para que tales municipios decidiesen asumir las mismas, incrementando de esta suerte su autonomía municipal, lo cual, quizá no se produzca con el sistema establecido, en el que la suficiencia financiera se fía íntegramente a que así se establezca en esas leyes futuras. ¿Y si las mismas no garantizan dicha suficiencia? Si no es así, es palmario que la autonomía municipal sufrirá, ya que los municipios que podrían desarrollar nuevas y más amplias funciones y facultades se abstendrán de proponerlas ante la carencia de medios económicos para afrontarlas.

Para solventar este problema, bien podría haberse creado a través de esta Ley 3/2019 otro nuevo fondo –en este caso condicionado– que se nutriese de ingresos tributarios de la CAEx – o, si se quiere, por distinguirlo aún más del fondo incondicionado que se contempla en los arts. 60.2 del EAEy y 45 de la Ley 3/2019, que estuviese dotado en exclusiva de las correspondientes cesiones de los porcentajes que se estableciesen de cada uno de los ingresos tributarios recaudados de los tributos propios de la CAEx– que sólo se destinaría a cubrir, a medida que ello se fuese produciendo, las mayores necesidades de financiación de los municipios a los que se refiere el antes mencionado art. 11 de la Ley 3/2019, cuando éstos fuesen implantando las nuevas funciones o facultades en relación con sus competencias municipales aludidas en referido precepto –por ello sería un fondo condicionado–, que ya conocerían de antemano que cuando decidiesen dar este paso iban a contar, sin tener que estar al albur de que otra ley así lo estableciese, con la suficiencia financiera necesaria para el correcto ejercicio de tales nuevas funciones o facultades.

Este proceder también encajaría en este tema que vengo analizando de la participación de los municipios extremeños en los tributos de la CAEx, si bien el sistema ya no sería único, como ahora ocurre, sino que tendría naturaleza dual. Esto no plantea problema jurídico alguno.

Sería sencillamente seguir la estela, adaptándola a otros fines diferentes, de lo dispuesto en el régimen normativo de la participación de los municipios en los tributos del Estado (PTE), que aparece actualmente regulada en los arts. 111 y ss. del TRLRHL, que tiene, precisamente, como bien señala Arrieta Martínez de Pisón, esta naturaleza dual, ya que en este sistema PTE a los municipios que sean capitales de provincia o Comunidad autónoma o que tengan una población igual o superior a 75.000 habitantes, se conforma con dos magnitudes diferentes, pues aparte de permitirles obtener medios económicos del que allí se denomina Fondo Complementario de Financiación, se les ceden también determinados porcentajes de los rendimientos que no hayan sido cedidos a las CCAA, en el IRPF, en el IVA, y en los IIEE de fabricación; cesión ésta que, por el contrario, no está contemplada para los restantes municipios que no reúnan las condiciones señaladas, puesto que respecto a ellos, sólo se prevé la participación en tributos del Estado en función de tres variables: población (75%), esfuerzo fiscal (12,5%) y la inversa de la capacidad tributaria (12,5%), sin que en ningún caso se establezca la posibilidad de ceder a los mismos una parte del rendimiento de los impuestos del Estado.

Y pasando a la segunda de las cuestiones antes mencionadas que bien debieran haberse tratado por esta Ley 3/2019, hay que señalar que este nuevo fondo condicionado cuya creación apunto en los párrafos precedentes podría aprovecharse también para intentar alcanzar otro importante objetivo, que la Ley 3/2019 apunta, pero no desarrolla, y que está íntimamente relacionado con la realidad demográfica del municipalismo extremeño.

A este respecto, en el Preámbulo de dicha Ley 3/2019 se señala, simplemente, que éste tiene ante sí importantes retos “que difícilmente podrá asumir por sí solo, tales como el envejecimiento de la población y el despoblamiento rural”, para afrontar lo cual “se requerirá, tal vez, plantear más tarde o más temprano estrategias de redefinición de la planta municipal”, las cuales pospone, sin embargo, para un largo e inconcreto futuro, para “un interin temporal que puede ser extenso”, en sus propias palabras.

Considero, y así lo he expuesto en diversas ocasiones, que la cuestión del inframunicipalismo es muy grave en España --y, particularmente en algunas CCAA como, por ej., la nuestra--, que no ha seguido en esta materia los posicionamientos, a veces radicales; pero siempre coherentes y, a mi juicio, acertados, aplicados en otros países próximos a nosotros.

Por ello estimo, que esta cuestión sí tendría que haberse analizado con seriedad y rigor en esta Ley 3/2019, que, sin embargo, una vez más calla sobre los asuntos verdaderamente trascendentes, y ello pese a que a la Junta de Extremadura ya se le dijo en la STC 41/2016, de 3 de marzo --con doctrina que ha sido reiterada en la más reciente STC 101/2017, de 20 de julio--, que: “El procedimiento de fusión de municipios es un contenido típico de la materia «régimen local» cuya regulación corresponde a las CCAA en el marco de las coordenadas básicas que establezca el Estado *ex art. 149.1.18 CE*”.

Ningún problema, pues, habría existido --todo lo contrario--, para que la Ley 3/2019 hubiese sido beligerante en este crucial asunto, y hubiese empezado a poner las primeras piedras para intentar resolver este muy grave problema, cuyas consecuencias futuras son impredecibles. Nada de nada otra vez más.

Una posible primera medida que se podría implantar, desde ya mismo, para paliar al menos este problema --resolverlo definitivamente requeriría, como es obvio, adoptar medidas de más enjundia y mayor calado-- bien podría ser la de utilizar este fondo condicionado al que me

vengo refiriendo para incentivar las fusiones municipales, de forma que aquellos municipios que decidiesen llevar a término de forma voluntaria estas fusiones recibiesen unas determinadas cantidades de citado fondo, de las que no disfrutarían aquellos otros que se mostrasen renuentes y remisos a emprender esta necesaria, y yo diría que imprescindible, tarea.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, la Ley 3/2019 me parece decepcionante, e imbuida de un falso triunfalismo, pues poco menos que parece que es ella la que ha creado, y la única que defiende a la autonomía municipal, siendo así que esto no se aprecia en modo alguno de la lectura de los preceptos que en ella se contienen, y tampoco es, desde luego, una ley integral y global reguladora y defensora de dicha autonomía municipal.

Lo que sí es holística esta Ley --mejor dicho, habría que decir “casi”, pues siempre cabe esperar alguna mente iluminada que contribuya a que los desatinos se acumulen y crezcan— es en relación con la incontenente vocación que tiene a la hora de crear órganos.

Los mismos, y seguro que alguno me he quedado sin controlar, son los siguientes:

El Consejo de Política Local de Extremadura (el COPLE), que funciona en Pleno y en Comisiones Sectoriales, y que está conformado por 23 vocales, y 3 personas más: la persona titular de la Consejería con competencias en materia de Administración Local o, en su caso, la persona titular de la Vicepresidencia; la persona titular de la Presidencia de la Federación de Municipios y Provincia de Extremadura (FEMPEX); y el secretario o secretaria.

La Comisión de Garantías de la Autonomía Local, compuesta de un total de 15 miembros, y que se estructura en 2 órganos: el Pleno y la Presidencia.

La Comisión Bilateral, que se constituye cuando no se acepten, en todo o en parte, las propuestas de reforma o modificación formuladas por la Comisión de Garantías de la Autonomía Local a los anteproyectos de ley o de decreto legislativo y a los proyectos de reglamento que afecten a la autonomía local; y que se integran 3 miembros de la Consejería promotora de la iniciativa normativa, y otros 3 miembros de dicha Comisión de Garantías de la Autonomía Local.

La Comisión de Conciliación, de composición paritaria entre representantes de la CAEx y de los entes locales, encargada de llevar a efecto los actos de conciliación de los conflictos que puedan haber surgido entre la Junta de Extremadura y los entes locales enfrentados.

La Comisión Mixta formada por representantes de la Junta de Extremadura y por los de los municipios extremeños, encargada de determinar los factores de distribución del fondo de financiación incondicionado del art. 45 de la Ley 3/2019.

La Comisión de estudio y propuesta, encargada de analizar la cartera de servicios sociales y los impactos financieros que para las haciendas municipales tiene la gestión de dichos servicios.

Y la Comisión de estudio, que tiene el cometido de elaborar un informe sobre la adecuación de la legislación sectorial a las previsiones recogidas en el art. 15 de la Ley 3/2019. No está nada mal, tratándose de una sola Ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez García, Vicente. *Cinco estudios sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Extremadura*, Madrid: Ed. Iustel, 2012.
- Arrieta Martínez de Pisón, Juan. “La participación de los Municipios en los tributos del Estado (II)”. En *Los Tributos Locales*, coordinado por Marín-Barnuevo Fabo, 977-1011. Cizur Menor, Madrid: Thomson-Civitas, 2011.
- Caamaño Domínguez, F. (2003): “Autonomía local y Constitución. Razones para recuperar la causalidad perdida”. En *Anuario del Gobierno Local 2003. La Ley de Modernización del Gobierno Local. Cooperación intermunicipal*, dirigida por T. Font i Llovet, 47-69. Barcelona, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, Institut de Dret Públic, 2004.
- . “Autonomía local y Constitución. Dos propuestas para otro viaje por el callejón del gato”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 70 (2004): 161-188.
- Cano Bueso, Juan. “Problemas constitucionales que condicionan la calidad de las normas”, *Revista española de la función consultiva* 6 (2006): 121-130
- De Diego Gómez, A. (2014): “Las competencias municipales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, con especial referencia a las competencias propias”. *La Administración al día*, 4 de julio de 2014, <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1503524>.
- De La Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, Tomás. “Corporaciones locales, reforma de los Estatutos y competencias estatales”. *Civitas. Revista española de Derecho Administrativo* 145 (2010): 5-55.

Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. “De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad. Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 0 (2008): 46-55.

Font i Llovet, Tomàs. “La reconstrucción jurídica de la autonomía local: El gobierno local y la reforma de los Estatutos”. *Anuario del Gobierno Local* 1 (2003): 3-46.

–(2006): “El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía”. En *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, editado por Tomàs Font i Llovet, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Francisco Velasco Caballero. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. M° de la Presidencia, 2006.

Martín Moreno, José Luis. “Función consultiva en los procedimientos de creación del Derecho. Pérdida de oportunidad y daño moral”, *Revista española de la función consultiva* 7 (2007): 99-111.

Morell Ocaña, Luis. *El régimen local español*, Tomo I, Madrid: Ed. Civitas, 1988.

Moreno Fernández, Juan Ignacio. “El Estatuto de Autonomía de Cataluña y su frustrado “modelo diferencial” de financiación”, *Iustel, Revista General de Derecho Constitucional* 13 (2011). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411060

Muñoz Machado, Santiago. “Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las Leyes en el nuevo sistema constitucional”, *Documentación administrativa* 200 (1984): 43-73. Ver también en *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*. Madrid: Civitas, 1986.

Velasco Caballero, Francisco. “Autonomía local y subsidiariedad en la reforma de los estatutos de autonomía”, *Anuario del Gobierno Local*. 2004 1 (2005): 117-160

Tajadura Tejada, Javier. (2006): “Concepto y valor de los Preámbulos de las leyes”, *La Ley* 3 (2006): 1886-1889.

Clemente Juan Checa González
Área de Derecho Financiero y Tributario
Departamento de Derecho Público
Universidad de Extremadura
Av. Universidad, s/n
10003 Cáceres (España)
ccheca@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-3042-618X>



**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REGLA ESPECIAL DE
DEVENGO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN
DERIVADOS DE UN DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR.
SU POSIBLE EXENCIÓN DERIVADA DE SU REAL
NATURALEZA INDEMNIZATORIA Y NO SALARIAL**

***THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE SPECIAL RULE OF
ACCRUAL OF PROCESSING SALARIES RESULTING FROM A
ZERO DISMISSAL FOR VIOLATION OF THE
FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE WORKER.
ITS POSSIBLE EXEMPTION DERIVED FROM ITS REAL
COMPENSATORY AND NON-WAGE NATURE***

MERCENARIO VILLALBA LAVA

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Recibido: 15/06/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

La causa que origina las dudas en el caso, además de la interpretativas que se analizan en el segundo apartado y que podrían determinar la exención de estas cantidades a que nos referimos, en atención a su real naturaleza indemnizatoria, se deriva de que, tal y como se señala en el Preámbulo de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, se considera a este impuesto sobre la renta de las personas físicas un tributo de

importancia fundamental para hacer efectivo el mandato contenido en el artículo 31 en la Constitución Española, que destaca la necesidad de establecer un sistema tributario justo, basado en los principios de igualdad y progresividad, como establece el artículo 63 de este texto legal, de forma que la tarifa es progresiva, lo que determina que no sea irrelevante que una determinada cantidad deba de tributar de forma conjunta en un solo año o lo haga fraccionada en varios años.

Palabras clave: derecho administrativo, derechos fundamentales, derechos laborales, inconstitucionalidad.

ABSTRACT

The cause of the doubts in the case, in addition to the interpretation that is analyzed in the second section and that could determine the exemption of these amounts to which we refer, in view of their real compensatory nature, derives from the fact that, as indicated in the Preamble of *Law 35/2006, of 28 November, on Personal Income Tax*. This personal income tax is considered to be a tax of fundamental importance to make effective the mandate contained in Article 31 of the Spanish Constitution, which highlights the need to establish a fair tax system, based on the principles of equality and progressiveness, as established in Article 63 of this legal text, so that the rate is progressive, which determines that it is not irrelevant whether a certain amount must be taxed jointly in a single year or in several years.

Keywords: administrative law, fundamental rights, labour rights, unconstitutionality.

Sumario: 1. *La inconstitucionalidad de la regla especial de devengo de los salarios de tramitación derivados de un despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador:* 1.1. *Planteamiento de la cuestión;* 1.2. *Sobre el derecho a la indemnidad de los trabajadores a los que se han vulnerado sus derechos fundamentales;* 1.3. *La posible constitucionalidad a través de una interpretación más favorable a la contitucionalidad de la norma a través de la aplicación del criterio del devengo general;* 1.4. *Su posible constitucionalidad en los casos en que sea factible su tratamiento como rentas irregulares.* 2 *La posible exención en el impuesto sobre la renta de las personas físicas de los salarios de tramitación derivados de un despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales del trabajador por su real naturaleza indemnizatoria y no salarial.* 3. *Epílogo.*

1. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REGLA ESPECIAL DE DEVENGO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN DERIVADOS DE UN DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR

1.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Señala la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, en su Artículo 14, apartado 1, a) *la regla general* para la imputación temporal en la determinación de la base imponible, que los ingresos y gastos que determinan la renta a incluir en la base del impuesto se imputarán al período impositivo que corresponda, de acuerdo con los siguientes criterios: los rendimientos del trabajo y del capital se imputarán al período impositivo en que sean exigibles por su perceptor. El apartado 2 regula las *reglas especiales*, disponiendo en su apartado a) que cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta, por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, los importes no satisfechos se imputarán al período impositivo en que aquella adquiera firmeza. b) Cuando por circunstancias justificadas no imputables al contribuyente, los rendimientos derivados del trabajo se perciban en períodos impositivos distintos a aquellos en que fueron exigibles, se imputarán a estos, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno. Cuando concurren las circunstancias previstas en el párrafo a) anterior, los rendimientos se considerarán exigibles en el período impositivo en que la resolución judicial adquiera firmeza.

1.2. SOBRE EL DERECHO A LA INDEMNIDAD DE LOS TRABAJADORES A LOS QUE SE HAN VULNERADO SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

Reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de distintos Tribunales de Justicia, en aplicación de la jurisprudencia, *consagran el derecho de indemnidad de los trabajadores, que según señalan diversas sentencias, entre ellas la STC 16/2006, se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, los cuales no pueden ser perjudicados por el ejercicio de sus derechos fundamentales derivados del artículo 24 de la Constitución Española* (entre muchísimas, las SSTC 14/1993 de 18 de enero, fundamento jurídico tercero, 197/1998 de 13 de octubre, fundamento jurídico cuarto, 140/1999 de 22 de julio, fundamento jurídico cuarto, 168/1998 de 27 de febrero, fundamento jurídico primero, 198/2001 de 4 de octubre, fundamento jurídico tercero ó 55/2004 de 19 de abril) que señalan, que: “la decisión empresarial por despido no puede ser lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, que no solo se produce por irregularidades dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado también con objeto del ejercicio por parte del trabajador de cualquier derecho fundamental”.

En suma, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española quedaría privado en lo esencial de su eficacia, si la protección que confiere no incluyera las medidas que puede llegar a adoptar un empresario como reacción represiva frente al ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales, Constitucionalmente protegidos, entre los que se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva y en este sentido es también constante la jurisprudencia que dice, que nadie puede quedar perjudicado por acudir a los Tribunales de Justicia, y especialmente cuando acude porque se le han vulnerado sus derechos fundamentales y así se ha declarado judicialmente y Constitucionalmente tiene derecho a quedar indemne y no ser perjudicado ni por el empresario y todavía menos aún por el poder público.

Otra interpretación determinaría que el Estado no garantizaría el derecho a la indemnidad del trabajador al castigarlo fiscalmente, haciéndole pagar más, que si no se le hubiesen vulnerado sus derechos fundamentales, y de esta manera se produciría una vulneración de la garantía de indemnidad derivada del artículo 24 de la Constitución Española, vulneración del principio de indemnidad que se produciría, ya que el trabajador no puede ser penalizado porque se le hayan vulnerado sus derechos fundamentales, de manera que ni se puede permitir que se le vulneren sus derechos fundamentales y quede por ello perjudicado ni por el empresario ni tampoco por el Estado, debiendo pagar más impuestos de los que le corresponderían si no se me hubieran vulnerados mis derechos fundamentales¹.

Debemos tener en cuenta, también, que al margen de otros pronunciamientos judiciales, no solo se vulneraría el derecho fundamental por las razones expuestas sino también atendiendo a la naturaleza de los conceptos, toda vez que la nulidad del despido o de un contrato determina las consecuencias propias de que tal acto vulnerador nunca se ha producido, produciendo el pronunciamiento judicial que así lo establece, mayormente cuando la causa de nulidad es la vulneración de los derechos fundamentales, unos efectos *ex tunc*, es decir, desde entonces, como si el hecho causante de la nulidad, en este caso de la vulneración de los derechos fundamentales, nunca se hubiese producido²

1 Dice el artículo 10 de la Constitución Española que: 1) 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) Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España y el artículo 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que: 1) La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos. b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

2 Quizás podría recibir un tratamiento diferente, en el caso de los pronunciamientos judiciales de anulabilidad por sus efectos *ex nunc* o desde que se lleva a cabo el pronunciamiento que lo declara.

1.3. LA POSIBLE CONSTITUCIONALIDAD A TRAVÉS DE UNA INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA CONTITUCIONALIDAD DE LA NORMA A TRAVÉS DE LA APLICACIÓN DEL CRITERIO DEL DEVENGO GENERAL

Consideramos que sobre la base de estas consideraciones es factible una interpretación de las normas tributarias que en atención a las circunstancias expuesta entendiéndose que, en este supuesto, el devengo debe ser el ordinario, como si el acto vulnerador del derecho fundamental nunca hubiese sucedido con los efectos correspondientes (ya declarados) y también tributarios, en atención a lo que se establece en el art. 9 de la CE y la jurisprudencia Constitucional, que establece que las normas jurídicas han de interpretarse de acuerdo con la Constitución y no se puede declarar la contrariedad a la misma si es posible una interpretación que determine la compatibilidad de ambos textos legales.

El precepto que mencionamos del devengo en estos casos, si se interpreta literalmente y no de acuerdo con el principio más adecuado a su Constitucionalidad, consideramos que determinaría que no se respetase el derecho a la tutela judicial efectiva, si no se permite una interpretación que determine que el criterio del devengo debe llevarse a cabo de forma que no penalice fiscalmente al contribuyente que ha recibido un pronunciamiento favorable de los Tribunales de Justicia, en donde se ha declarado que con el acto de represalia del empresario se han vulnerando sus derechos fundamentales y no garantizase el poder público su indemnidad, es decir, ser penalizado por acudir a los Tribunales de Justicia y quedar en situación más desfavorable que si el empresario no le hubiese vulnerado sus derechos fundamentales, y es por ello que, en el caso que nos ocupa, el devengo debe quedar referido a cada uno de los años en los que se ha producido el devengo de los salarios que hubiese tenido lugar, como si no se le hubiesen vulnerado sus derechos fundamentales, ya que el trabajador, perceptor, debe quedar indemne.

1.4. SU POSIBLE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS CASOS EN QUE SEA FACTIBLE SU TRATAMIENTO COMO RENTAS IRREGULARES

Una forma que quizás podría ser útil para salvar la inconstitucionalidad del precepto en determinadas circunstancias, en el caso de ser factible su aplicación por concurrir el supuesto de hecho correspondiente, sería su tratamiento como rendimientos irregulares y que pudieran determinar que el trabajador no fuese castigado fiscalmente.

Nos estamos refiriendo a la aplicación de la reducción del 30% prevista en el artículo 18.2 de la Ley 35/2006, prevista para aquellos supuestos en que su periodo de generación pudiera haber sido superior a de 2 años y se considerase imputable a un solo ejercicio según las normas, más arriba expuestas, a la vista de que entre el despido y el abono de la cantidad correspondiente o la firmeza de la resolución judicial transcurrieran más de esos dos años legalmente previstos³.

2. LA POSIBLE EXENCIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN DERIVADOS DE UN DESPIDO NULO POR VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR POR SU REAL NATURALEZA INDEMNIZATORIA Y NO SALARIAL

En el actual régimen jurídico establecido por el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de la Jurisdicción Social se producen dos clases de indemnizaciones en el despido improcedente de los representantes de los trabajadores y en los despidos nulos.

³ Recoge el art. 18 de la LIRPF, los porcentajes de reducción aplicables a determinados rendimientos del trabajo señalando que, como regla general, los rendimientos íntegros se computarán en su totalidad, salvo que les resulte de aplicación alguno de los porcentajes de reducción a los que se refieren los apartados siguientes. Dichos porcentajes no resultarán de aplicación cuando la prestación se perciba en forma de renta, estableciendo una reducción del 30 por ciento de reducción, en el caso de rendimientos íntegros distintos de los previstos en el artículo 17.2. a) de esta Ley, que tengan un período de generación superior a dos años, así como aquellos que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, cuando, en ambos casos, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente, se imputen en un único período impositivo.

La primera se conoce como salarios de tramitación que, como veremos, no tienen naturaleza de salario sino de indemnización y los segundos constituyen la determinación de los daños y perjuicios derivados del cese de la relación laboral, que se calcula de una forma objetiva, según las normas establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, en el caso de los despidos improcedentes⁴ y con relación a los despidos nulos, por la

4 En este sentido señala los arts. 108 y 110 de la LJS de 2011 referentes a la calificación del despido por la sentencia: 1. En el fallo de la sentencia, el juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo. Será calificado como *procedente* cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el número 1 del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como *improcedente*. En caso de improcedencia del despido por no apreciarse que los hechos acreditados hubieran revestido gravedad suficiente, pero constituyeran infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad antes de la imposición empresarial de la sanción de despido; sanción que el empresario podrá imponer en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que ésta se haya efectuado en debida forma. La decisión empresarial será revisable a instancia del trabajador, en el plazo, igualmente de caducidad, de los veinte días siguientes a su notificación, a través de incidente de ejecución de la sentencia de despido, conforme al artículo 238. 2. *Será nulo* el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prevista en la Constitución y en la ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma Ley; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores. c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados. 3. Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo. En iguales términos se pronuncian los arts. 55 y 56 del Estatuto de los Trabajadores de 2015.

El art. 110 se pronuncia sobre los efectos del despido improcedente: *1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del artículo 56 de dicha Ley, con las siguientes particularidades:* a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para

compensación de la lesión sufrida en sus derechos fundamentales, tanto por daños y perjuicios como por daños morales.

Dicen los arts. 12, 13 y 14 de la Ley General Tributaria, con relación a la interpretación de las normas tributarias, su calificación y prohibición de la analogía que las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil. En tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda.

Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación, que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.

No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales.

Los salarios de tramitación son los que se devengan desde que se produce el despido por el empresario hasta que se dicta la correspondiente sentencia, que desde la reforma laboral establecida por Real Decreto Legislativo 3/2012 no se devengan en los casos del despido improcedente salvo que se refieran a los representantes legales de los

el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112. b) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia. c) En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial. 2. *En caso de que se declare improcedente el despido de un representante legal o sindical de los trabajadores, la opción prevista en el número anterior corresponderá al trabajador.* 3. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia. 4. Cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha.

trabajadores, miembros del Comité de Empresa y Delegados del personal o delegados sindicales, según se establece en el artículo 112 de la Ley de la Jurisdicción Social de 2011 o en el caso del despido nulo, como se establece en el artículo 108. 2 y 113 del mismo texto legal.

Dice el art. 26.1 y 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que se ocupa de determinar el concepto de salario que *se considerará salario*, la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, *por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo y no tendrán la consideración de salario* las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, *las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos*.

En este sentido señala una constante, unánime y reiterada jurisprudencia, que obliga a todos los poderes públicos (arts 9.10, 117 de la CE y 1.6 del C. Civil, y de la que pueden ser buena muestra las STS de 20-7-2017, que en su F. Jdco señala: “TERCERO.2.- que: Tal y como en la sentencia referencial decimos - con cita de las anteriores SSTS 1/3/2004, rcud. 4846/2002 y 5/5/2004, rcud. 1957/2003-, que “*la figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente*, y el F. Jdco CUARTO de la STS de 12-6-2012, rec. 2448/2011 que: “Las SSTS de 14 de marzo de 1.995 del Pleno (r. 2930/1994), 1 de marzo de 1.994 (r. 4846/2002);28 de mayo de 1999 (r. 2646/1998), 8 de noviembre de 2.006 (r.

3.500/2005) y 4 de julio de 2.007 (r. 1678/2006), entre otras muchas, así lo vienen sosteniendo, de forma que de conformidad con lo previsto en los artículos 26.1, 33, 56.1 b) del Estatuto de los trabajadores y 110 y 111 de la LPL. En la sentencia del Pleno de la Sala de 13 de mayo de 1991, precedente de las anteriores, se dice lo siguiente: *“La figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el de no percibir retribución alguna desde la fecha del despido y durante la instrucción del despido correspondiente”*. Es doctrina consolidada entonces la que atribuye carácter indemnizatorio a esos salarios, porque no se corresponden a trabajo efectivo ni a descansos retribuidos. De hecho, cuando el artículo 56.1, b) del Estatuto de los Trabajadores habla de “la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo...”, no está atribuyendo naturaleza salarial a los de tramitación, sino que la referencia a los dejados de percibir hace alusión únicamente al método a seguir para su cálculo”.

El art. 7. p) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio establece que *“estarán exentas las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal, la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato y el importe de la indemnización exenta, a que se refiere esta letra, tendrá como límite la cantidad de 180.000 euros. Puntualizando este precepto, que como vemos no exige colaboración reglamentaria y por tanto de muy dudosa*

legalidad⁵, el art. 1 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero establece para el caso de las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, que el disfrute de la exención prevista en el artículo 7.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio quedará condicionado a la real efectiva desvinculación del trabajador con la empresa y se presumirá, salvo prueba en contrario, que no se produce dicha desvinculación cuando en los tres años siguientes al despido o cese el trabajador vuelva a prestar servicios a la misma empresa o a otra empresa vinculada a aquella, en los términos previstos en el artículo 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

Tradicionalmente tanto en el despido improcedente como nulo se producían salarios de tramitación, ahora solo referidos a los representantes de los trabajadores en los improcedentes y en los despidos nulos, como hemos señalado en el apartado anterior. En el despido improcedente pero también en el nulo existe una indemnización de daños y perjuicios y por daños morales, que aunque su determinación siga distintos criterios respecto de la indemnización objetiva en los despidos improcedentes no afectan a su naturaleza.

En el caso del despido improcedente se produce una singularidad del régimen laboral de resarcimiento del despido, que fue puesta de relieve en la *STC 6/1984, de 24 de mayo*, dictada para resolver una

5 Merced a lo establecido en el art. 8.a) y d) de la LGT, referido a la reserva de ley tributaria (que establecen que se regularán en todo caso por ley: a) La delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como el establecimiento de presunciones que no admitan prueba en contrario. d) El establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales)

cuestión de inconstitucionalidad, en la que se afirmaba que el hecho de que la indemnización de despido se calcule “en función del tiempo de duración de la relación laboral” pone en “evidencia que no guarda una relación de identidad con los perjuicios que pueda sufrir el trabajador”, y que se trata de “una indemnización *ex lege*” concebida “como una cantidad que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios”, cumpliendo así una “función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios”.

El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador y en caso de que exista vulneración de derechos fundamentales, el trabajador podrá solicitar una indemnización adicional por daños y perjuicios y por daños morales derivados de la lesión del derecho fundamental vulnerado, como se desprende del artículo 183 de la Ley de Jurisdicción Social, por haber sufrido una lesión en sus derechos fundamentales en función del daño moral unido a la vulneración de un derecho fundamental y de convivencia⁶, tal y como se señala, entre otras, por la

6 Dice el art. 182 de la LJS de 2011 que: 1. La sentencia declarará haber lugar o no al amparo judicial solicitado y, en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: a) Declarará la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, así como el derecho o libertad infringidos, según su contenido constitucionalmente declarado, dentro de los límites del debate procesal y conforme a las normas y doctrina constitucionales aplicables al caso, hayan sido o no acertadamente invocadas por los litigantes. b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada. c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados. d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183. 2. En la sentencia se dispondrá lo procedente sobre las medidas cautelares que se hubieran adoptado previamente. El art. 183 con relación a las indemnizaciones: 1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, *en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados*. 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. 3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. 4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto

STS de 9/06/1993, que establece que “acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente”, en consonancia con la interpretación del TEDH del art. 50 del Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales.

Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el art. 14 de la Ley 35/2006, al referirse al periodo de imputación, lo hace respecto de rendimientos de trabajo, de capital y de actividades económicas o a la la satisfacción de una renta o de rendimientos derivados del trabajo, refiriéndose literalmente a indemnizaciones derivadas del despido o cese del trabajador, en el caso de la exención en el art. 7 del citado texto legal.

De acuerdo con las palabras literales y los conceptos, los salarios de tramitación, como hemos visto, constituyen una indemnización por despido y, por tanto, como se señala en la exención prevista en el art. el artículo 7 apartado e) de la Ley del Impuesto sobre la Renta 35/2006 se encuentra exenta, y de la literal dicción del art. 1 del Reglamento del Impuesto se infiere que la cautela que establece se refiere a la indemnización derivada del cese del trabajador (“a la efectiva desvinculación del trabajador con la empresa”) y por lo tanto no se refiere a los salarios de tramitación, sino propiamente al otro tipo de indemnización, la derivada de la determinación merced a los años trabajados, que como hemos dicho es otra indemnización derivada del despido.

interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social. *El Tribunal Supremo en una jurisprudencia que podemos calificar de constante desde su sentencia de 15 de febrero 2012 señala que para cuantificar el daño moral derivado de la lesión del derecho fundamental se puede acudir al elenco de sanciones de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social con las debidas cautelas y atemperando la razonabilidad de las cifras allí manejadas e invocada en la demanda como parámetro a tomar en consideración para tal fijación, siendo tal daño moral, aquel que tiene por objeto compensar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual sufrido por la vulneración, señalándose en las STS de 12 ó 26 de junio de 2001, que la indemnización obtenida por la vulneración del derecho fundamental es compatible con la que pueda corresponder por la extinción contractual, admitiéndose la posibilidad del ejercicio conjunto en un solo procedimiento, tanto de la acción extintiva del contrato como por la reclamación por lesión del derecho fundamental.*

3. EPÍLOGO

A) De lo expuesto, podemos concluir que, así como las indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil por daños personales en la cuantía legal o judicialmente reconocida o por despido o cese del trabajador en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, normativa de desarrollo o determinadas en ejecución de sentencias se encuentran exentas (de acuerdo con lo establecido en los apartados d) y e) de la Ley 5/2006 de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en cuanto indemnizaciones de daños y perjuicios), no se otorga de ordinario por la Administración, el mismo tratamiento a los salarios de tramitación que, igualmente, constituyen una indemnización por despido o cese del trabajador según una interpretación sistemática y literal de la Ley dentro de lo dispuesto por los preceptos legales correspondientes a la exención y a la imputación de renta, y de acuerdo con su naturaleza jurídica.

B) En caso de que no se aplique la regla general del devengo establecida con carácter general en el artículo 14 que la citada Ley 35/2006, consideramos que la determinación del devengo íntegro de varios periodos impositivos derivados de salarios de tramitación por despido nulo a consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales, si no es factible el tratamiento como rentas irregulares, produciría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española. Y esto se haría sobre la base de que si se reconociera una determinada cantidad por resolución judicial y determinara un pago de impuestos por este concepto superior al que se hubiera producido si no se hubiesen vulnerado los derechos fundamentales del trabajador, ya que, de esa manera, no se satisfaría el derecho a la tutela judicial efectiva y a no ser perjudicado por quienes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1101 del Código Civil, incurrieran en dolo negligencia o morosidad en el cumplimiento de sus obligaciones y obligasen a los

perjudicados a acudir a los Tribunales para satisfacer sus legítimas exigencias de justicia.

Mercenario Villalba Lava
Magistrado Especialista de lo Contencioso- Administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
Plaza de la Audiencia s/n
10003 Cáceres (España)
mercevallalba2009@hotmail.es
<https://orcid.org/0000-0002-0073-1490>



**ANÁLISIS DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD
ADMINISTRATIVA DE RECUPERACIÓN DE OFICIO
DE LOS CAMINOS PÚBLICOS MUNICIPALES. EXAMEN
DE LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES**

***ANALYSIS OF THE EXERCISE OF THE ADMINISTRATIVE
POWER OF EX OFFICIO RECOVERY OF THE MUNICIPAL
PUBLIC ROADS. REVIEW OF THE DOCTRINE OF THE
COURTS***

MERCENARIO VILLALBA LAVA

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Recibido: 16/07/2019 Aceptado: 18/09/2019

RESUMEN

Acercamiento a una fijación conceptual de los bienes de dominio o de servicio público, en cuanto propiedades especiales de las diferentes Administraciones Públicas, y su marco normativo. En el régimen local, descripción de las disposiciones legales que amparan los bienes de dominio público y capacidad de las entidades municipales y provinciales para su señalamiento, inscripción, defensa, recuperación y desahucio, así como los medios compulsorios admitidos por la vía administrativa y judicial. Se describe la doctrina jurisprudencial y los criterios utilizados por la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los caminos públicos locales, de su catalogación y de su naturaleza; de igual modo, se indican los criterios sobre la legalidad de los actos de las entidades locales, tanto procedimentales como de fondo, en la fijación de los bienes de uso

público y general. Recoge, asimismo, las sentencias más destacadas sobre esta materia pronunciadas en estas dos últimas décadas.

Palabras clave: Bienes de dominio público, caminos públicos locales, régimen jurídico local, jurisdicción contencioso-administrativa, doctrina jurisprudencial.

ABSTRACT

Approach to a conceptual fixation of the goods of domain or of public service, as special properties of the different Public Administrations, and their normative framework. In the local regime, description of the legal provisions that protect public property and the capacity of municipal and provincial entities for their identification, registration, defense, recovery and eviction, as well as the compulsory means admitted by administrative and judicial means. It describes the jurisprudential doctrine and criteria used by the contentious-administrative jurisdiction with respect to local public roads, their cataloguing and nature; likewise, it indicates the criteria on the legality of the acts of local entities, both procedural and substantive, in the establishment of goods for public and general use. It also includes the most important rulings on this subject handed down over the last two decades.

Keywords: Public property, local public roads, local legal regime, contentious-administrative jurisdiction, jurisprudential doctrine.

Sumario: 1. *Introducción:* 1.1. *Principios generales;* 1.2. *Régimen local.* 2. *Doctrina de los tribunales:* 2.1. *Criterios generales de resolución;* 2.2. *Esta doctrina puede encontrarse junto con otras cuestiones sobre esta materia.*

1. INTRODUCCIÓN

1.1. PRINCIPIOS GENERALES

Las pautas sobre las características del dominio público nos las da el artículo 132 de la *Constitución Española* que establece que los bienes de dominio público se inspiran en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

Los artículos 343 y 344 del *Código Civil 1889* señala que los bienes de las provincias y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y en bienes patrimoniales, siendo bienes de uso público de las provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, así como como los paseos y obras públicas de servicio general costeadas por los mismos pueblos o provincias.

Tradicionalmente se viene manteniendo que los bienes de dominio público son propiedades de las Administraciones Públicas afectadas a un uso o a un servicio público. Puntualiza en este sentido el art. 5 de la *Ley 2/2008 de 16 de junio de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura* que también son bienes de dominio público todos aquellos a los que la ley otorga expresamente el carácter de demaniales. Tiene todo su fundamento en el artículo 132.2 de la Constitución Española en donde, junto con los bienes de dominio público estatal por naturaleza como son la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial, los recursos naturales de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, señala también que son aquellos que determine la ley, disponiendo como peculiaridad el artículo 6 de la *Ley 3/2003 de 3 de noviembre del patrimonio de las Administraciones Públicas* que esta afectación al uso o al servicio público, en su apartado d), que basta con que su dedicación sea preferente al uso común frente al uso privativo.

1.2. RÉGIMEN LOCAL

Hemos de tener en cuenta, esencialmente, cuatro textos legales: La Ley de Bases del Régimen Local de 1985, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local de 1986 y más directamente el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 y la Ley de Caminos Públicos de Extremadura de 2001.

Del contenido de los arts. 79 y ss de la *Ley de Bases de Régimen Local* y los artículos 74 y ss del *Texto Refundido de las disposiciones legales*

vigentes en materia de régimen local de 1986 se deducen estos principios señalados en el apartado anterior. En estos textos se dispone que son de dominio público los bienes que están afectos a un servicio público o son de un uso público. Se señala, como bienes de uso público local, los caminos, carreteras, plazas, calles, paseos, parques, aguas, fuentes, canales, puentes, obras públicas..., indicando en este último sentido los artículos 85 y 86 de este último texto legal, es decir, del Texto Refundido de las disposiciones legales de 1986. Según el mismo, las Entidades Locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales, siendo suficiente para ello la certificación emitida por el Secretario, con el visto bueno del Alcalde o Presidente, del inventario aprobado por la respectiva Corporación. Esto producirá iguales efectos que una escritura pública, disponiendo también, que las entidades locales están obligadas a formar inventario valorado de todos los bienes y derechos que le pertenecen, dando copia de ello a la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma.

El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 desarrolla estos principios y, en razón del tema que nos ocupa, nos interesa, especialmente, lo dispuesto en los artículos 44 y siguientes en donde se establece que los Municipios y Provincias tendrán, en todo caso, las potestades de investigación, deslinde, recuperación de oficio y desahucio administrativo. Se dispone en los artículos 45 y siguientes las facultades de investigación, también a instancia de los particulares, por el procedimiento que se verifica por parte de las entidades locales.

Se ha de destacar tres aspectos: 1) el artículo 55 señala que el conocimiento de las cuestiones de naturaleza civil que se susciten con ocasión de la investigación practicada corresponderá a la jurisdicción ordinaria y que los afectados por la resolución del expediente de investigación podrán impugnarla en la vía contencioso administrativa; 2) que el artículo 70 señala que las Corporaciones locales podrán recuperar, por sí, la tenencia de los bienes de dominio público, en cualquier tiempo, si bien el plazo para recobrarlo será de un año para los bienes patrimoniales a

contar del día siguiente a la fecha en que se hubiera producido la usurpación y, transcurrido ese tiempo, proceder a la acción correspondiente ante los Tribunales ordinarios, no admitiéndose interdictos contra las actuaciones de los agentes de la autoridad en esa materia; 3) señalando el artículo 71, que la recuperación de la posesión podrá iniciarse a través de las formas previstas en el artículo 46 y que la recuperación en vía administrativa requerirá el acuerdo previo de la Corporación, al que se acompañarán los documentos acreditativos de la posesión, salvo que se trate de repeler usurpaciones recientes. Este privilegio habilita a las Corporaciones Locales para que utilicen todos los medios compulsorios legalmente admitidos.

En este sentido, también queremos destacar la doctrina de la sentencia del TSJ de Extremadura 50/2015 de 27 de enero 2013, en donde se plantea la cuestión del informe previo a las acciones judiciales de la Secretaría Municipal, asesoría jurídica o de letrado independiente, que se recoge en el artículo 34. 3 del Texto Refundido de 1986 y en el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Entes Locales con relación al artículo 45.2 de la ley 29/98. El art. 54.3 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, dispone que "los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades locales deberán adoptarse previo dictamen del Secretario o, en su caso, de la Asesoría Jurídica y, en defecto de ambos, de un Letrado", precepto que reproduce a la letra el art. 221.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre.

De lo expuesto se desprende que son dos los requisitos que, *ex art. 45.2.d) LJCA*, deben cumplir las Corporaciones Locales para acreditar su voluntad de recurrir y, con ello, su capacidad para ser parte: por un lado, la aportación del acuerdo del órgano municipal competente para entablar la concreta acción de que se trate, bien sea el Alcalde o el Pleno; y,

por otro, el informe previo a la adopción de ese acuerdo, exigido por el artículo 54.3 del Texto Refundido de 1986, del Secretario o, en su caso, de la Asesoría Jurídica y, en defecto de ambos, de un Letrado Su existencia constituye una garantía para que el órgano que ha de adoptar los acuerdos a que se refiere el informe lo haga con pleno conocimiento de causa.

Debemos tener también presente *la Ley 12/2001 de 15 de noviembre de caminos públicos de Extremadura*, de la que podemos destacar la red primaria de caminos rurales que son competencia de las Diputaciones Provinciales. Son aquellos que constituyen el único acceso entre localidades o de una localidad a la red de carreteras, considerando que son caminos públicos, las vías de comunicación terrestre de dominio y uso público destinadas, básicamente, al servicio de la explotación de instalaciones agrarias y que por no reunir las características técnicas y requisitos para el tráfico general de vehículos automóviles pueden calificarse de carretera; la necesidad de desafectación expresa, disponiendo el artículo 12 que la Administración se encuentra facultada para recuperar de oficio la posesión indebidamente perdida, con independencia del tiempo en que haya sido ocupada.

2. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES

Con carácter previo, quiero destacar que me voy a referir, en primer lugar, a 8 criterios de resolución que se tienen presentes por los Tribunales de Justicia para resolver en esta materia.

Existe una descripción sistemática de las materias de que se trata en cada una de las sentencias, que pueden consultar en la página web: *poderjudicial-jurisprudencia-ministerio de justicia* (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Jurisprudencia/>).

2.1. CRITERIOS GENERALES DE RESOLUCIÓN

1. La jurisdicción contencioso-administrativa es la competente para resolver la cuestión relativa a la aprobación definitiva del Catálogo de caminos públicos de un ente local.
2. El Catálogo de Caminos Públicos de la Corporación Local es, del mismo modo que un Inventario Municipal, un registro de carácter meramente administrativo que, por sí solo, ni prueba, ni crea, ni constituye derecho alguno a favor de las Corporaciones. Su única trascendencia, es, por consiguiente, crear una apariencia de demanialidad, que no prejuzga las acciones ante el orden jurisdiccional civil, que es a quien en definitiva compete pronunciarse sobre la definitiva propiedad de tales bienes.
3. La doctrina jurisprudencial ha venido a establecer, con carácter general, que para considerar correcta la inclusión de un bien en el Inventario Municipal (lo que consideramos igualmente trasladable, por su naturaleza, al Catálogo de Caminos Públicos de una Corporación Local), basta la simple existencia de indicios de que los bienes tienen naturaleza pública, sin necesidad de una prueba acabada o fehaciente de dicha titularidad. La inclusión de un bien en dicho inventario (o catálogo) no tiene carácter "constitutivo", es decir, ni supone adquisición dominical alguna, ni el hecho de que no estén incluidos algunos bienes en el mismo supone que no pueda ostentar sobre éstos la Administración algún derecho. Por ello, se considera adecuado que la Administración puede incluir en el Catálogo un camino si se encontrase en la planimetría elaborada por el Instituto Geográfico y Catastral de 1903 ó 1926 ó merced a plan elaborado para dar cumplimiento a la Ley de 1986.
4. Tampoco es preciso un expediente previo de investigación en aquellos supuestos en los que la Administración no alberga duda sobre la naturaleza pública del bien, y ello sin perjuicio de que la catalogación como bien público pueda ser combatida ante los

Tribunales del orden civil (en este sentido podemos citar las sentencias del Tribunal Supremo de 1.10.2003, 10.12.2001, 15.10.1997, 23.01.1996, 28.04.1989, 9.06.1978; TSJ Castilla La Mancha de 29.06.2006, País Vasco 29.10.2004, Baleares 3.07.2003).

5. Los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo ostentan competencia para revisar la legalidad de los actos por los que se catalogan los bienes como de dominio público, tanto en el aspecto formal o procedimental, como en el de fondo, por concurrir, "*prima facie*", las cualidades que califican como bienes de dominio público.
6. La cuestión, como ha señalado la Sala en diversas ocasiones, es determinar el nivel de las pruebas presentadas para que, en sana crítica, se pueda considerar si la inadmisión en el Catálogo obedece a serios fundamentos de posesión derivada de la anotación o inscripción en otros documentos o no, para lo cual han de valorarse, en sana crítica, los documentos y pruebas obrantes al expediente y a la prueba judicial.
7. No constituye un argumento de gran importancia en pro de la pretensión de la apelante: A) la circunstancia de que la finca por la que discurren los caminos figure inscrita en el Registro de la Propiedad y que además se recoja como libre de cargas, pues, ciertamente, esta afirmación, "a lo más que permite llegar, es a la genérica presunción de que el dominio ha de entenderse libre, sin que la circunstancia de que los otorgantes del negocio manifestaran que las fincas se encontraran libres de cargas resulte, naturalmente, una prueba irrefutable de dicho extremo, en la medida que es obvio que el Notario autorizante se limita a consignar en la escritura, lo que resulta manifestado por los intervinientes". B) Es perfectamente posible que por una finca privada discurra un camino destinado a un uso o servicio público, sin que pueda argumentarse en contra de ello, que en la inscripción

registrar no se haya hecho constar tal dato, pues ello no es óbice para que exista una apariencia de demanialidad, que por sí sola habilita a la Corporación para su inclusión en el Catálogo, y sin que, de ello, insistimos, se deriven efectos dominicales o posesorios. No existe por consiguiente infracción del art. 38 de la Ley Hipotecaria.

8. Tampoco podemos aceptar que sea impedimento para poder catalogar un camino como público, que por parte de la Corporación no se haya inscrito el mismo en el Registro de la Propiedad, sobre todo cuando esta posibilidad no se introdujo en el Reglamento Hipotecario hasta el año 1998. Y es que ello puede suponer una falta de diligencia, pero en ningún caso es un dato que sea determinante en cuanto a la titularidad, a lo que hay que añadir, que la elaboración del catálogo es un primer paso que da el Ayuntamiento en orden a regularizar sus bienes y derechos, en este caso, los caminos públicos.

2.2. ESTA DOCTRINA PUEDE ENCONTRARSE JUNTO CON OTRAS CUESTIONES SOBRE ESTA MATERIA EN:

1) En la sentencia de apelación 170/2019 (rollo 129/2019) de 29 de octubre, en la sentencia 36/2018 de 21 de febrero, rollo 21/2018 y en la sentencia 56/2011 (rollo 303/2010) se expone de una manera bastante condensada estos principios, y en la primera citada, además, se mencionan vicisitudes que considero son interesantes en la propia dinámica del procedimiento administrativo y en el proceso judicial en esta materia, en la que existe un particular muy activo en defensa en lo que considera su propiedad y consecuente posesión.

2) *Sentencia de apelación 61/2009, (rollo 270/2008)* considera competente a la jurisdicción contencioso-administrativa para resolver la cuestión relativa a la aprobación definitiva del Catálogo de caminos públicos de un ente local. Puntualizando tal sentencia, la que se cita de

apelación 161/2010 de 26 de mayo, (rollo 51/2008) destaca la importancia de estos catálogos en su fundamento jurídico tercero.

3) La *Sentencia de apelación 19/2010 de 26 de enero*, (rollo 329/2010) se ocupa de razonar sobre la desafección tácita prevista en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 y lo señala en su fundamento jurídico primero.

4) La *Sentencia de apelación 48/2007 de 23 de enero*, (rollo 258/2007), respecto de la medida cautelar de suspensión en procedimiento de inclusión de caminos.

5) La *Sentencia de apelación 48-2018* en materia cautelar de recuperación de caminos.

6) Sobre la intervención de los particulares en las labores de recuperación de los caminos públicos y su catalogación, puede tenerse presente la *Sentencia 15/2016 de 28 de enero*, rollo 3/2016, que señala que: La *Sentencia 193/2001 de 12 de febrero*, rec. 2502/1997 se pronuncia sobre la aprobación tácita de la inclusión en el Catálogo...

7) La *Sentencia 193/2001 de 12 de febrero*, rec. 2502/1997 se pronuncia sobre la aprobación tácita de la inclusión en el Catálogo...

8) La *Sentencia 224/2016 de 23 de junio* se ocupa de la cuestión de los accesos a través de caminos a las carreteras.

9) La *Sentencia 86/2005 de 27 de enero*, rec 742/ 2002 se ocupa del derecho a un camino en la vivienda en lugares alejados...

10) La *Sentencia 224/2009 de 27 de marzo*, rec.376/2006 es ejemplificativa del Catastro, el Registro de la Propiedad y el Catálogo de caminos y así señala en sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

11) La *Sentencia de apelación 10/2014 de 7 de enero*, rollo 117/2013 contiene doctrina sobre la culpabilidad de sanciones en caminos públicos...

12) La *Sentencia 357/2000 de 2 de marzo, rec 1602/1996* se ocupa de analizar la cuestión del precio público por el uso de caminos.

13) La *Sentencia 411/2015 de 28 de mayo, rec 357/2014* se ocupa de analizar la cuestión de la tasa de guardería de caminos.

14) La *Sentencia 979/2014 de 11 de noviembre*, cuestión de ilegalidad 1/2014 se ocupa de analizar la cuestión de la tasa de mantenimiento de caminos.

Es un intento de elaborar una clasificación de productos normativos, amparándose en la figura de la ley, pero sin tener el verdadero contenido.

Mercenario Villalba Lava
Magistrado Especialista de lo Contencioso- Administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
Plaza de la Audiencia s/n
10003 Cáceres (España)
mercevillalba2009@hotmail.es
<https://orcid.org/0000-0002-0073-1490>

**INFORME SOBRE
EXTREMADURA**



**INFORME ANUAL SOBRE LA SITUACIÓN JURÍDICO-
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE EXTREMADURA EN 2019**

***ANNUAL REPORT ON THE SITUATION OF THE
AUTONOMOUS COMMUNITY OF EXTREMADURA DURING
2019***

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA
Universidad de Extremadura

FLOR ARIAS APARICIO
Universidad de Extremadura

ENRIQUE HERNÁNDEZ DÍEZ
Universidad de Extremadura

RESUMEN

El Informe de la Comunidad Autónoma de Extremadura constituye una crónica de la situación jurídica y político-institucional de la región en el año 2019. Las cuestiones principales que se analizan en este Informe son: en primer lugar, las principales circunstancias que rodean la actividad político-institucional de la región; en segundo lugar, las líneas centrales de su actividad normativa –legislativa y reglamentaria–; y, en tercer lugar, sus relaciones interadministrativas y conflictuales –esencialmente con la Administración General del Estado–. Se cierra el Informe con el examen de alguno de los problemas socio-económicos que padece la región. En este año se ha puesto el acento en la deficitaria red extremeña de infraestructuras.

Palabras clave: Derecho administrativo, Comunidad Autónoma de Extremadura, Actividad legislativa, Actividad reglamentaria, Actividad político-institucional, conflictividad Estado-Comunidad Autónoma, jurisprudencia constitucional.

ABSTRACT

The Report of the Autonomous Community of Extremadura is a chronicle of the legal and political-institutional situation of the region in 2019. The main issues analysed in this report are: firstly, the main circumstances surrounding the region's political-institutional activity; secondly, the main lines of its legislative and regulatory activity; and thirdly, its inter-administrative and conflictive relations -essentially with the General State Administration. The Report closes with an examination of some of the socio-economic problems suffered by the region. This year the emphasis has been placed on the deficient Extremaduran infrastructure network.

Keywords: Administrative law, Autonomous Community of Extremadura, Legislative activity, Regulatory activity, political-institutional activity, conflict between the State and the Autonomous Community, constitutional jurisprudence.

Sumario: 1. Consideraciones preliminares. 2. Introducción a las grandes líneas rectoras de la actividad político-institucional y jurídica autonómica. 3. Una crónica sobre la actividad político-institucional regional: 3.1. Los resultados de las citas electorales en Extremadura; 3.2. La formación de la nueva Junta de Extremadura. 4. La actividad normativa en Extremadura: 4.1. La actividad legislativa parlamentaria y gubernamental; 4.2. La actividad reglamentaria y administrativa de la Junta de Extremadura y de su Presidente. 5. La conflictividad entre la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Administración General del Estado: 5.1. Las controversias formuladas en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Extremadura; 5.2. La jurisprudencia constitucional con específica relevancia para la Comunidad Autónoma de Extremadura. 6. A propósito de algún problema crónico en la región: la deficitaria red extremeña de infraestructuras: 6.1. El caos ferroviario; 6.2. Las carencias de la red de carreteras; 6.3. Las deficiencias en el tráfico aéreo; 6.4. A modo de breve conclusión.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Comienzo en este número del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura la publicación de un Informe Anual sobre el estado de nuestra Comunidad Autónoma.

Son numerosísimas, ciertamente, las revistas jurídicas que existen dentro de las fronteras patrias. Resulta difícil que una publicación de la naturaleza de este Anuario pueda competir con las mejores de entre ellas, pero sí que creo que debe cumplir una función primaria: servir de cauce de conocimiento, al menos, de los desarrollos jurídicos y político-institucionales que se desarrollen dentro de nuestra Región.

Con esta finalidad tanto mi equipo de colaboradores como yo mismo pretendemos elaborar anualmente un Informe (que, viniendo del mundo académico, debe ser necesariamente crítico, a la vez que constructivo), sobre los acontecimientos más destacados que ejercicio tras ejercicio sucedan en Extremadura.

Contamos ya con una cierta experiencia en estos quehaceres, puesto que en esta última década hemos venido relatando diversas parcelas de la vida jurídica regional dentro de tres obras señeras dentro del Derecho hispano: en primer término, el *Informe Comunidades Autónomas*, dirigido a lo largo de los años por los profesores Eliseo Aja, Joaquín Tornos, Javier García Roca y José Antonio Montilla; en segundo término, el *Observatorio de Políticas Ambientales*, encabezado por el profesor Fernando López Ramón; y en tercer término, el *Anuario de Derecho de Fundaciones*, con los profesores Santiago Muñoz Machado y José Luis Piñar Mañas al frente.

La columna vertebral de la que pretendo (pretendemos) dotar al Informe Anual sobre Extremadura es la seguida por las crónicas de cada una de las Administraciones Territoriales dentro del *Informe Comunidades Autónomas* (que, con una extensión obligadamente limitada por sus características, destacan: en primer lugar, las principales

circunstancias que rodean la actividad político-institucional de cada región; en segundo lugar, las líneas centrales de su actividad normativa – legislativa y reglamentaria–; y, en tercer lugar, sus relaciones interadministrativas y conflictuales –esencialmente con la Administración General del Estado–), pero enriquecido a partir del siguiente número de este Anuario con las aportaciones medioambientales y del tercer sector con las que dos de mis colaboradores, Flor Arias Aparicio y Enrique Hernández Díez, están ya tan familiarizados, y con las de aquellas otras personas, procedentes tanto del mundo de la Universidad como del ámbito institucional o del sector privado, que quieran apoyar el proyecto que con estas páginas inicio (iniciamos).

Decía que el estudio central de este trabajo estará inspirado en los próximos años en el *Informe Comunidades Autónomas*, que precisamente en el año 2020 cumple su trigésimo aniversario, y del que en estos primeros párrafos quiero de manera muy personal hacerme eco, a través de la siguiente breve, pero más que merecida, reseña.

Resulta de Justicia recordar, en este orden de ideas, que la Fundación Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònomic i Locals (sustituïda más tarde por el Instituto de Derecho Público de Barcelona –IDP–)¹– inició en 1990 la edición anual del *Informe sobre las Comunidades Autónomas*², primero con el nombre *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas*, y después con el más conciso título de *Informe Comunidades Autónomas*. En dicho monumental trabajo, que con su maestría característica han dirigido a lo largo del tiempo los citados profesores Aja

1 El IDP, según se define en su página web, “es un centro universitario de análisis e investigación especializado en diferentes ámbitos del Derecho Público, especialmente Derecho Constitucional, Administrativo y Unión Europea, así como en otras disciplinas afines”. El funcionamiento de este centro universitario “se inició en 1989, como fruto de la colaboración de profesores en la redacción de estudios académicos, se formalizó en 1993, se integró al Parque Científico de Barcelona en 2001 y ha sido reconocido como Observatorio de la Universidad de Barcelona en 2010” (<http://idpbarcelona.uab.edu>).

2 Téngase en cuenta que el primer Informe se publicó en 1990 con los estudios relativos al funcionamiento del Estado Autonómico durante el año 1989. Es justo recordar, en todo caso, que con anterioridad a estas fechas (en concreto, en 1988) se publicó por la editorial Civitas el trabajo “Informe sobre las Autonomías”, dirigido por J. Tornos, E. Aja, T. Font, J. M. Perulles y E. Albertí, y que contó con la colaboración de cerca de otras dos decenas de autores.

y Tornos (a los que posteriormente se fueron añadiendo los también referidos García Roca y Montilla), se ha analizado durante tres décadas la situación de nuestro Estado Autonómico. En todos y cada uno de estos años se ha procedido a un riguroso examen, por una parte, de las actividades jurídicas y político-institucionales de las diecisiete Comunidades Autónomas y de las dos Ciudades Autónomas de Ceuta y de Melilla, una a una; así como, y por otra, del contexto estatal y europeo en el que se ha enmarcado su funcionamiento.

Este ambicioso proyecto ha permitido descubrir anualmente los logros en la construcción de nuestro modelo de Estado, pero también las fallas que han rodeado y siguen rodeando su diseño. Fallas que, en el marco de la crisis económica, política e institucional que hemos padecido –y lamentablemente seguimos sufriendo bajo viejas y nuevas formas a día de hoy–, ponen en cuestión su propia supervivencia, al menos tal y como lo hemos venido conociendo desde su nacimiento.

El proyecto originario de la Fundación Pi i Sunyer (y después del IDP) sufrió una mutación con un obligado paréntesis en la edición del texto de las crónicas autonómicas en el Informe en el año 2012 –por los problemas ligados a su financiación–, y con la paralela constitución del Foro de las Autonomías, cuya primera gran manifestación externa tuvo lugar en el Senado el día 25 de junio de 2012. En los años siguientes, el trabajo del IDP se redobló, puesto que, por un lado, se ha venido celebrando en la Cámara Alta anualmente –desde entonces, y hasta el día de hoy– el referido Foro de las Autonomías (que ha llegado a su octava edición durante la primavera de 2019); y, por otro, volvió a publicarse nuevamente el Informe completo desde el año 2014 (con las crónicas autonómicas correspondientes al ejercicio de 2013), si bien con una extensión considerablemente más reducida espacialmente de sus aportaciones (recuperándose el texto de las crónicas perdidas de la anualidad de 2012 con el esfuerzo de los colaboradores regionales del Informe en el año 2018 –que ese año escribieron retrospectivamente, junto con el trabajo correspondiente a esa anualidad, el relato que faltaba del meritado ejercicio 2012–).

Con estas vicisitudes, lo cierto es que las crónicas que, desde 1989, se han realizado sobre todas y cada una de las grandes piezas territoriales que integran España han permitido todos los años saber cuál era la situación jurídica y político-institucional de cada Comunidad Autónoma en el momento de elaborarse, y con el paso del tiempo han ido posibilitando y, naturalmente siguen facilitando a día de hoy, la reconstrucción de cómo ha evolucionado cada territorio regional en los seis últimos lustros. O de otra manera si se quiere, permiten comprender la historia reciente de cada Comunidad Autónoma. Y, por supuesto, a través de esas crónicas “territoriales”, pero también mediante los estudios globales de naturaleza transversal para el conjunto del Estado que las han acompañado, se posibilita la explicación y la comprensión del devenir de nuestro sistema de organización territorial.

Bajo esta perspectiva global, la labor de relatar, en el marco del “Informe Comunidades Autónomas” (y, posteriormente, también en el Foro de las Autonomías), cómo ha ido evolucionando la Comunidad Autónoma de Extremadura año a año ha correspondido a distintas personalidades –extremeñas de nacimiento o, al menos, de espíritu– tanto del mundo académico como del institucional, desde que, con su ágil, precisa y preciosista pluma, Ignacio Sánchez Amor escribiese allá por el año 1990 su primera crónica sobre la situación jurídica y político-institucional de Extremadura en el anterior año 1989, hasta la crónica relativa a 2018, cuya redacción durante los primeros días de 2019 corrió a cargo de quien ahora escribe estas líneas. En la confección de esta particular historia jurídica y político-institucional de Extremadura que hoy conforma el conjunto de todas esas crónicas anuales han participado (además, naturalmente, de Ignacio Sánchez Amor y de yo mismo) personas de la categoría de Pablo Pérez Tremps, María Antonia Trujillo Rincón, José Ignacio Navarro Méndez, Francisco Javier Donaire Villa, José Antonio Montilla Martos y Marcos Criado de Diego³. Y creo justo, por último,

³ Ignacio Sánchez Amor es el autor de las crónicas iniciales, esto es, las correspondientes a los años 1989, 1990 y 1991. Pablo Pérez Tremps suscribe en solitario las referentes a los ejercicios 1992, 1993,

efectuar también un recordatorio, siquiera breve y genérico, a todas las personas que de una u otra forma han colaborado con los referidos autores durante el proceso de elaboración de cada una de las crónicas anuales; y ya de una manera más particular dirijo mi agradecimiento desde estas líneas a todos mis colaboradores a lo largo de estos años: Maite Pérez Vega, Felipe Jover, Javier Ciriero, Adrián Calderón, Patricia Doncel, Enrique Hernández, Flor Arias Aparicio y Daniel Vaquero.

Fijadas, estimado lector, las pretensiones iniciáticas de este trabajo y sus objetivos futuros, y finalizado el merecidísimo homenaje a la obra *Informe Comunidades Autónomas* y a las muchísimas personas que hay detrás de él, comienzo (comenzamos) sin más dilación este Informe sobre Extremadura correspondiente al año 2019.

2. INTRODUCCIÓN A LAS GRANDES LÍNEAS RECTORAS DE LA ACTIVIDAD POLÍTICO-INSTITUCIONAL Y JURÍDICA AUTONÓMICA

El año 2019 ha traído consigo el paso de la IX a la X Legislatura autonómica, tras las elecciones a la Asamblea de Extremadura que acontecieron durante el mes de mayo.

Esta anualidad ha tenido un marcado carácter electoral, pues, junto a los comicios regionales, los ciudadanos han sido llamados a otras cuatro citas electorales: dos generales, una para el nivel municipal y otra para el Parlamento Europeo. Todas estas convocatorias de los meses de abril, mayo y noviembre han tenido importantes mayorías para el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), que han alcanzado su culmen en

1994, 1995, 1996 y 1997. La relativa a 1998 está escrita tanto por el citado Pablo Pérez Tremps como por María Antonia Trujillo Rincón, que es, además, la autora única de la correspondiente a 1999. Las crónicas referidas a los años 2000 y 2001 están firmadas por Pablo Pérez Tremps y por José Ignacio Navarro Méndez. Francisco Javier Donaire Villa es el autor de las relativas a los ejercicios 2002, 2003 y 2004. Las crónicas de los años 2005, 2006 y 2007 están escritas por José Antonio Montilla Martos, mientras que las de 2008, 2009 y 2010 lo han sido por Marcos Criado de Diego. Por último, el autor del presente trabajo lo es también de las crónicas correspondientes a los años comprendidos entre 2011 y 2018.

las elecciones a la Asamblea de Extremadura, saldadas con una holgada mayoría absoluta de este grupo político.

A resultas de esta abrumadora victoria a nivel regional, el máximo dirigente territorial de la referida formación política, D. Guillermo Fernández Vara, fue investido por una mayoría absoluta de la Cámara Legislativa como Presidente autonómico, revalidando de esta manera el mandato que había venido ejerciendo ya durante los cuatro años anteriores, apoyado entonces en una mayoría simple del grupo socialista.

La nueva configuración parlamentaria ha servido para que el Presidente formase en el comienzo mismo del mes de julio un nuevo Gobierno regional con todos sus anteriores Consejeros, a los que se han sumado dos nuevos nombres. La actual estructura gubernamental ha pasado de este modo a contar con nueve miembros, dos de los cuales ostentan, asimismo, sendas vicepresidencias.

Además del mayoritario grupo socialista, que cuenta con treinta y cuatro diputados en la Asamblea de Extremadura (de los sesenta y cinco que componen legalmente este órgano), están también representados en el parlamento regional el Partido Popular (PP) –con veinte escaños–, Ciudadanos –con siete– y Podemos –con cuatro–. No lo está, sin embargo, Vox al no haber superado la barrera del 5% en ninguna de las dos circunscripciones existentes para las elecciones regionales, constituidas por las provincias de Cáceres y de Badajoz. A pesar de esta situación, lo cierto es que, tras las elecciones generales de noviembre de 2019, esta última formación ha pasado a convertirse en la tercera fuerza política a nivel regional tanto en número y porcentaje de votos como a nivel de escaños en el Congreso de los Diputados (con dos representantes), únicamente superada por el PSOE, con sus cinco diputados, y por el PP, que ha logrado tres. En esta lista, Podemos ocupa la cuarta posición, mientras que Ciudadanos ha caído hasta la quinta, pero careciendo ambas formaciones de una representación en Madrid que haya sido directamente mandatada por los votantes extremeños.

Desde la perspectiva de la actividad normativa, este año de encrucijada entre Legislaturas se ha cerrado con la aprobación de un total de trece leyes formales, entre las cuales no se encuentra la Ley de presupuestos generales autonómicos para 2020. Éste es, en efecto, el quinto ejercicio consecutivo en el que se produce esta circunstancia, pero esta vez no por causas realmente imputables al Ejecutivo regional o a la Asamblea de Extremadura, puesto que el PSOE posee en la misma una mayoría más que suficiente para tal fin, sino por la inestabilidad que ha existido a nivel estatal con un Gobierno en funciones durante la mayor parte del año, que no ha logrado el apoyo necesario para sacar adelante unos Presupuestos Generales del Estado que sirviesen de marco jurídico y económico para las cuentas públicas autonómicas. Estas trece normas legales parlamentarias referidas, que se han dictado en su gran mayoría en los meses finales de la IX Legislatura (un total de once –algunas de ellas con una significativa importancia desde las perspectivas social y del régimen jurídico de las Administraciones públicas–), se han visto, asimismo, acompañadas de un decreto-ley gubernamental en materia de juego aprobado en los primeros días del mes de febrero. Entre las dos leyes formales adoptadas en los meses iniciales de la actual X Legislatura destaca, por su significación política, la destinada a la supresión del límite de mandatos para el acceso a la Presidencia de la Junta de Extremadura.

La labor reglamentaria y, sobre todo, administrativa de esta última Alta Magistratura regional, que se ha materializado en ambos supuestos bajo la forma del Decreto del Presidente, ha sido considerablemente elevada, tal y como resulta propio de un año de comicios autonómicos, destacando por su número los destinados al cese y al nombramiento de los Consejeros de la Junta de Extremadura y, por su importancia desde una perspectiva material, los relativos a la convocatoria de elecciones a la Asamblea de Extremadura y de la sesión constitutiva de esta cámara legislativa, así como el destinado a la reordenación de los departamentos llamados a conformar el nuevo gobierno autonómico. Por lo que respecta

a la actividad de la Junta de Extremadura, su número de decretos es muy inferior al de los años de inicio de las VIII y IX Legislatura (esto es, 2011 y 2015), e incluso algo más reducido al de los años inmediatamente precedentes (2016, 2017 y 2018). En todo caso, la mayor parte de las decisiones gubernamentales tienen una naturaleza de actos singulares, puesto que han sido el cauce formal para acordar el cese y el nombramiento de los altos cargos de la Administración extremeña. Los decretos consagrados a la actividad de fomento (subvenciones y otros tipos de ayudas), que, año tras año, suelen constituir la temática estrella de la actividad gubernamental en nuestra región, han pasado este ejercicio, sin embargo, a ocupar el segundo lugar desde un punto de vista cuantitativo, aunque a gran distancia de los centrados en la referida cuestión de la designación y cese de los altos rectores de la Administración extremeña.

En el plano de las relaciones entre la Comunidad Autónoma extremeña y la Administración General del Estado destaca la gran actividad que esta anualidad ha tenido la Comisión Bilateral de Cooperación, que ha alcanzado hasta trece acuerdos, bien para abrir negociaciones sobre normas legales autonómicas cuya constitucionalidad era puesta en entredicho por el Gobierno estatal o bien para la adopción de una solución consensuada que evitase su impugnación ante nuestro Tribunal Constitucional. En este contexto, han sido dos los pronunciamientos de este Alto Tribunal durante este ejercicio en torno al reparto competencial entre el Estado y nuestra Comunidad Autónoma. Pero estas decisiones constitucionales han venido propiciadas, no por un recurso de inconstitucionalidad o por un conflicto de competencias promovido desde la Administración General de Estado, sino por sendas cuestiones de inconstitucionalidad elevadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, y que se enmarcan, desde un punto de vista material, en el viejo conflicto de naturaleza urbanística que desde hace más de una década afecta a la isla del embalse de Valdecañas, ubicada en el río Tajo. Los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional se han cerrado esta anualidad con una tercera Sentencia

cuyo origen se encuentra en un recurso de amparo parlamentario promovido por el único diputado no adscrito durante la pasada IX Legislatura en la Asamblea de Extremadura. Esta resolución, que es ciertamente novedosa e importante desde la perspectiva del Derecho parlamentario patrio, sirve precisamente para confirmar que la condición de diputado no adscrito resulta plenamente compatible con el derecho fundamental al acceso, a la permanencia y al ejercicio de los cargos públicos (art. 23 CE), así como para perfilar el contenido esencial de las facultades representativas de que goza esta categoría de diputados.

Por último, creo que merece la pena subrayar en este lugar que nuestra Comunidad Autónoma sigue careciendo de unas infraestructuras ferroviarias equiparables a las del resto del Estado. Las inmensas deficiencias del “tren extremeño” quedaron de manifiesto con las graves averías que sufrieron una multiplicidad de trenes en los primeros días del presente año y que, durante varias jornadas, fueron noticia de portada de la prensa nacional y de los informativos televisivos y radiofónicos. En todo caso, el nivel de reivindicación social sobre esta cuestión se ha ido diluyendo a lo largo de los meses. No son ya, en el momento de escribir estas páginas, noticias destacadas los incidentes ferroviarios, quizá porque puedan haber disminuido y porque, además, el Gobierno regional parezca satisfecho con los avances en la construcción de las infraestructuras. La disminución de las reclamaciones sociales ha llegado hasta tal punto que la manifestación reivindicativa que, gracias al apoyo de todas las instituciones extremeñas, de los partidos políticos más significativos de la región y de amplísimos colectivos sociales, se convocaba cada 18 de noviembre desde 2017, y que contaba con grandísimo número de asistentes, este año ha dejado de estar en el candelero de la actualidad autonómica para formar parte de una historia cada vez más lejana y difusa.

3. UNA CRÓNICA SOBRE LA ACTIVIDAD POLÍTICO-INSTITUCIONAL REGIONAL

3.1. LOS RESULTADOS DE LAS CITAS ELECTORALES EN EXTREMADURA

Las numerosas citas electorales que han caracterizado la actividad político-institucional durante este año 2019 han abarcado todos los niveles territoriales, desde el europeo hasta el municipal, pasando por el estatal y el autonómico. Es precisamente este ámbito el que centrará la mayor parte de nuestra atención, dado que es el que sirve para marcar el paso de la IX a la X Legislatura regional.

3.1.1. Las elecciones europeas de 26 de mayo

Aunque en este tipo de comicios la circunscripción electoral es única para el conjunto del Reino de España, los datos desglosados correspondientes a la Comunidad Autónoma de Extremadura arrojaron una absoluta mayoría del voto para el Partido Socialista Obrero Español, seguido a enorme distancia, y por este orden, por el Partido Popular, Ciudadanos, Podemos-Izquierda Unida y Vox.

En las anteriores elecciones europeas de 2014, el PSOE también había resultado victorioso con el 38,73% de los votos, que se han incrementado hasta el 45,97% (con más de 277 mil votos) durante el proceso electoral del presente ejercicio. El PP, que había quedado en segundo lugar en 2014, continúa en esa misma posición, pero con un importante descenso en el porcentaje de votos, pues ha pasado del 35,55% (correspondiente a algo más de 155 mil votos) al 25,75%. El aumento más espectacular en número de votantes correspondió a Ciudadanos que ascendió de menos del 1% hasta el 11,25% (con casi 68 mil sufragios). Los partidarios de Podemos-Izquierda Unida lograron el 6,74% (unos 40.600 votantes) y los de Vox el 5,64% (con poco más de 34 mil apoyos).

Con muy pequeñas variaciones en los porcentajes de voto, esta misma ordenación entre partidos se verificó tanto en la provincia de Cáceres como en la de Badajoz.

3.1.2. La doble cita electoral para la conformación de las Cortes Generales

El 28 de abril se celebraron las primeras elecciones generales de este año 2019, volviendo a repetirse el 10 de noviembre, después de que no se pudiese alcanzar una mayoría parlamentaria suficiente para lograr la investidura de un Presidente del Gobierno que permitiese la conformación de un nuevo equipo gubernamental ni en el mes de julio ni en el de septiembre.

a. Las elecciones generales del 28 de abril

Los comicios de abril supusieron una rotunda victoria del PSOE en el conjunto del territorio extremeño con una participación superior al 76% del censo electoral. Nuestra región reparte diez escaños para el Congreso de los Diputados, de los cuales la mitad fueron a parar directamente al referido Partido Socialista, mientras que los cinco restantes se repartieron entre el PP (con dos), Ciudadanos (también con dos) y el último fue para Vox. Comparando estos resultados con las cifras de las elecciones generales de 2016, puede constatarse que han supuesto el aumento en un escaño por parte del PSOE, la pérdida de tres por el PP, la ganancia de sus dos diputados por parte de Ciudadanos, al igual que sucede con el escaño de Vox. Podemos, sin embargo, pierde el diputado que había logrado en el año 2016 para el Congreso por la provincia pacense.

En efecto, el PSOE logró con sus casi 250 mil votantes (que se corresponden con un porcentaje de voto del 38%) un total de cinco diputados nacionales a nivel autonómico, que resultan de la suma de dos diputados por la provincia de Cáceres (más de 92.600 votantes –con un porcentaje del 37,4% de la cifra total de participación–) y de tres por la provincia de Badajoz (con casi 156.000 votantes –lo que equivale porcentualmente al 38,49%–).

Los dos diputados del PP, que son fruto de sus más de 140 mil sufragios (un 21,4% del total), provienen uno de la circunscripción cacereña

(con unos 57 mil votos –el 23,03%–) y otro de la pacense (con casi 83.200 apoyos –un 20,41%–).

Este mismo resultado en escaños (y con idéntico reparto provincial) alcanzó Ciudadanos, aunque su número de votantes fue sensiblemente inferior a los del partido azul (unos 117.800 sufragios –poco menos del 18%–). En la provincia de Cáceres su diputado logró casi 43.000 sufragios (algo más del 17%) y unos 75.500 en la de Badajoz (el 18,50%).

El diputado de Vox fue elegido por la provincia de Badajoz. Este partido contó con más de 70.600 votantes a nivel regional (el 10,77%), con unos 25.800 en Cáceres (el 10,42%) y unos 44.800 en la de Badajoz (casi el 11%).

Podemos perdió la representación parlamentaria que había obtenido por la provincia de Badajoz. Sus votos en el territorio extremeño alcanzaron una cifra superior a los 62.200 (casi un 9,50%), que se corresponden con unos 24.125 sufragios por la provincia de Cáceres (el 9,74%) y unos 38.100 por la circunscripción pacense (el 9,35%).

Extremadura cuenta con diez representantes en el Senado, provenientes de la suma de cuatro por cada provincia y de dos senadores autonómicos designados por el Parlamento regional. El PSOE obtuvo tres senadores en cada una de las provincias (un total de seis, por tanto), al que debe añadirse, además, uno de los senadores autonómicos. Los otros tres senadores correspondieron al PP: uno por cada provincia y otro (que fue D. José Antonio Monago, Expresidente de la Junta de Extremadura y líder regional del PP) por designación de la Asamblea de Extremadura.

b. Las elecciones generales del 10 de noviembre

Las elecciones generales del 10 de noviembre sirvieron para ratificar la aplastante victoria socialista en el conjunto de los comicios celebrados en nuestra Región durante la presente anualidad, y, en particular, la conseguida en la anterior convocatoria de abril para la designación de los diputados y senadores representantes de nuestra tierra en las dos

cámaras que conforman las Cortes Generales. Es cierto, eso sí, que, a nivel regional, el apoyo al PSOE ha disminuido entre unos y otros comicios generales en unos 23 mil votantes (pero manteniéndose su porcentaje de voto en ambos casos en torno al 38%). Además de la confirmación del triunfo del PSOE, revalidando sus cinco escaños en el Congreso de los Diputados, los datos electorales más destacados en los comicios de noviembre han sido, en mi opinión, los cuatro siguientes: en primer término, la debacle de Ciudadanos, que ha perdido sus dos escaños, pasando de tercera a quinta fuerza política regional; en segundo término, la ganancia de uno de esos escaños por parte del PP, que, de esta manera, ha pasado a contar con tres diputados; en tercer término, el aumento por parte de Vox de otro escaño, hasta alcanzar dos miembros en la Cámara Alta, convirtiéndose de este modo en el tercer partido extremeño; y en cuarto término, la ausencia de representación de Podemos a nivel parlamentario estatal, si bien es cierto que esta formación morada ha superado en votos a la naranja, lo que la sitúa como cuarto partido regional en apoyo popular. En todo caso, estos resultados electorales se han visto un tanto empañados por la caída de la participación en unos siete puntos, dado que acudió a votar en noviembre poco más del 69% de la ciudadanía con derecho a voto.

Desagregando estos resultados, el PSOE obtuvo en el conjunto regional algo más de 226.700 votos (equivalentes al 38,34% de los votos) con los que revalidó sus cinco diputados, y que constituyen la suma de los dos escaños obtenidos por la circunscripción provincial cacereña (con más de 84.750 sufragios –que suponen un porcentaje del 38,15% del total de los votos–) y de otros tres por la provincia pacense (con casi 142 mil votos –correspondientes porcentualmente al 38,46%–).

El PP ha aumentado su representación en el Congreso al lograr tres escaños, gracias a sus casi 154 mil apoyos (que equivalen al 26,03% de los sufragios). Este partido mantiene, en efecto, su diputado por la provincia de Cáceres (con sus más de 61.350 votos –un 27,62%–), pero

incrementa su representación hasta los dos diputados en la circunscripción pacense (con casi 92.600 votos –el 25,08–).

Vox se convierte en la tercera fuerza política regional (desplazando de este lugar a Ciudadanos) con la obtención de dos escaños, fruto de sus más de 99.500 votantes (que suponen el 16,83%). Estos dos escaños provienen de la suma del diputado logrado por vez primera en la circunscripción cacereña (con más de 35.650 sufragios –el 16,05%–) y del reválido en la provincia pacense (con casi 63.900 apoyos –un 17,31%–).

Podemos no logra ningún escaño, como ya sucedió en las elecciones de abril, si bien es cierto que, a diferencia de entonces, alcanza la cuarta posición en número de votos tanto a nivel regional con casi 53.700 (el 9,08%), como en cada una de las dos provincias: en Cáceres obtuvo casi 19.900 apoyos (el 8,95%) y en Badajoz cerca del 33.800 (un 9,15%).

Ciudadanos, al igual que ha sucedido a lo largo y ancho de todo el país, ha sufrido un desplome extraordinario que, además de hacerle perder sus dos escaños, le relega a la quinta fuerza política, con unos 44.850 apoyos a nivel regional (equivalentes al 7,58%), que provienen de la suma de los más de 15.400 votos por la circunscripción cacereña (el 6,95%) y de otros 29.400 sufragios por la provincia pacense (un 7,97%).

La representación extremeña en el Senado se mantiene en noviembre en los mismos términos que en las elecciones de abril, dado que, de los ocho senadores elegidos directamente por el cuerpo electoral regional, seis siguen correspondiendo al PSOE (tres por cada una de las dos provincias) y los dos restantes permanecen en manos del PP (uno por cada circunscripción provincial).

3.1.3. Las elecciones autonómicas de 26 de mayo de 2019 y la constitución de la nueva Asamblea de Extremadura

La IX Legislatura de la Asamblea de Extremadura se cerró con la presencia de cuatro grupos parlamentarios y la existencia de un diputado no adscrito, que había abandonado el año 2018 el PP para integrarse en Vox.

El reparto de escaños entre los partidos políticos con representación en el Parlamento regional mostraba que el grupo socialista contaba con una mayoría simple de treinta diputados que servía de soporte a un gobierno monocolor encabezado por el Presidente D. Guillermo Fernández Vara. El PP, que al comienzo de la Legislatura contaba con veintiocho escaños, la cerró con veintisiete tras la referida fuga. El grupo parlamentario Podemos-Extremadura estaba conformado por seis diputados, mientras que la única representante de Ciudadanos se integraba en el grupo parlamentario mixto.

Las elecciones regionales de este año, que han servido para abrir la X Legislatura, han reforzado de manera muy considerable la mayoría con la que ya contaba el PSOE en la Asamblea de Extremadura desde el año 2015. Este partido político, en efecto, ha visto aumentar su representación parlamentaria hasta los treinta y cuatro escaños que suponen una holgada mayoría absoluta en el seno de la Cámara Legislativa (Gráfico 1). Con una participación del 69,48% del censo electoral regional (inferior en torno a un 3,8% con respecto a las elecciones autonómicas de 2015), esta mayoría parlamentaria resulta de la traducción en escaños de 287.619 sufragios de los votantes extremeños (un 46,14% en términos porcentuales) (Gráfico 2). El PSOE ganó en las dos circunscripciones provinciales: mientras que obtuvo catorce escaños en Cáceres (con más de 104 mil sufragios), fueron veinte los logrados en Badajoz (superando los 183 mil votos) (Gráficos 3 y 4). La mayoría absoluta así lograda sirvió

para investir como Presidente de la Junta para un tercer mandato –y segundo consecutivo– al líder socialista D. Guillermo Fernández Vara.

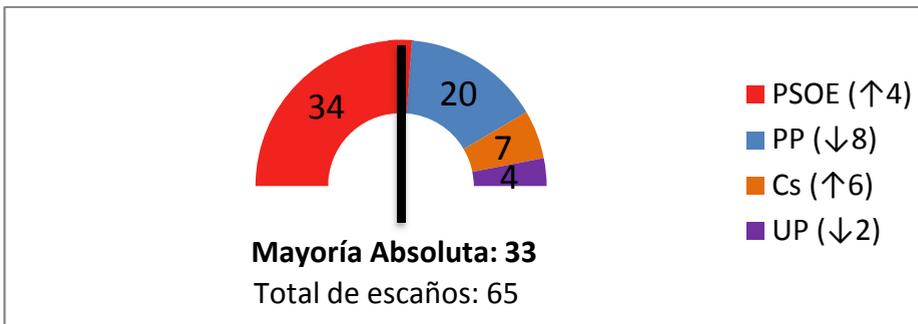


Gráfico 1: Elecciones autonómicas de 2019 en Extremadura*

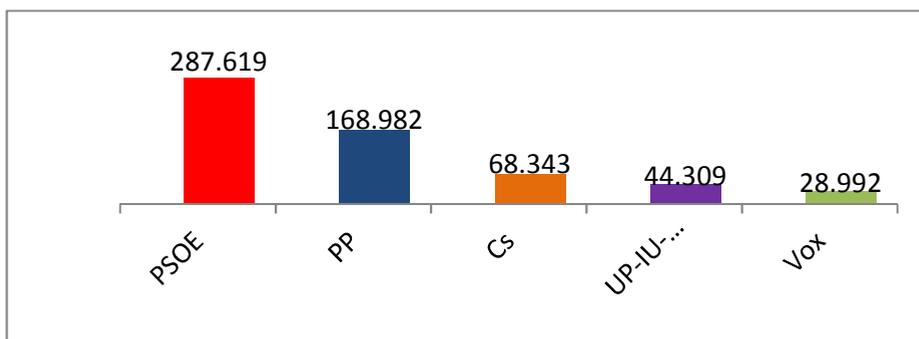


Gráfico 2: Número de votos en las elecciones autonómicas de Extremadura de 2019*

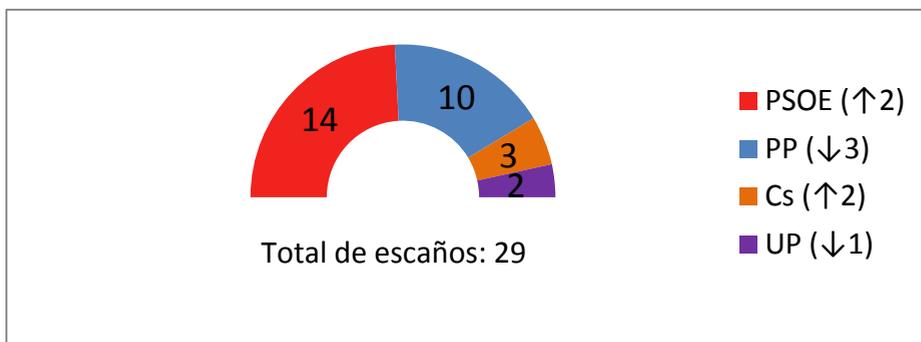


Gráfico 3: Elecciones autonómicas en la circunscripción de Cáceres*



Gráfico 4: Elecciones Autonómicas en la circunscripción de Badajoz*

*Fuente: Elaboración por Daniel Vaquero a partir de los datos publicados en el Diario Oficial de Extremadura, núm. 110, de 10 de junio de 2019.

El PP ha visto muy considerablemente reducida su presencia en la Asamblea autonómica, puesto que se ha quedado con tan sólo veinte escaños tras lograr el apoyo de 168.982 extremeños (un 27,11% del total), que son fruto de la suma de sus diez diputados por la provincia cacereña (alcanzados por sus 69.906 apoyos en esta circunscripción) y de los otros diez logrados en la provincia pacense (con 99.076 sufragios). Al frente de estas dos decenas de diputados en el Parlamento autonómico se sigue manteniendo el líder popular y expresidente regional D. José Antonio Monago.

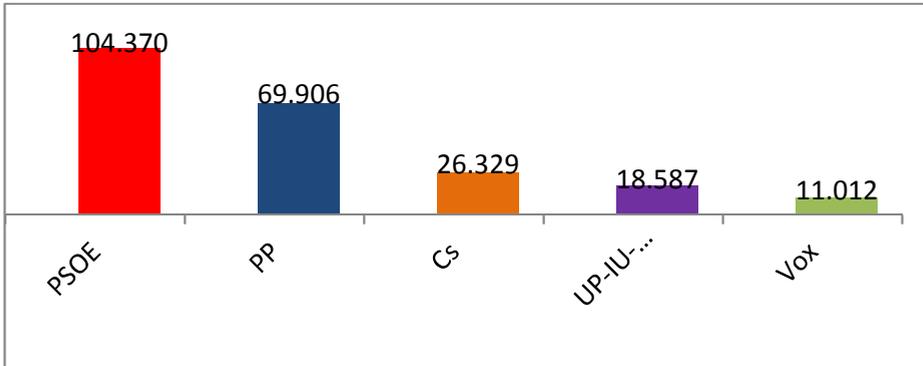


Gráfico 5: Número de votos en la circunscripción de Cáceres*

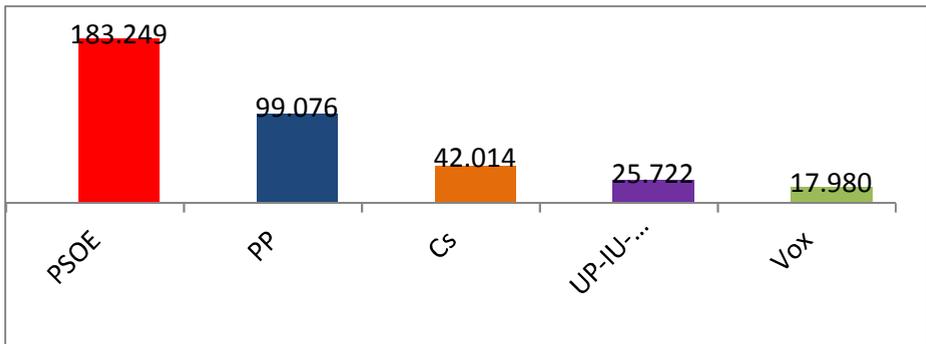


Gráfico 6: Número de votos en la circunscripción de Badajoz*

*Fuente: Elaboración por Daniel Vaquero a partir de los datos publicados en el Diario Oficial de Extremadura, núm. 110, de 10 de junio de 2019.

Ciudadanos se ha consagrado como la tercera fuerza política extremeña con sus siete diputados, tras alcanzar el soporte de 68.343 extremeños (que suponen el 10,96% de los votos regionales). Estos escaños totales son el resultado de la agregación de los tres logrados en Cáceres (con 26.329 sufragios) y de los cuatro alcanzados en Badajoz (con 42.014 votos). El máximo dirigente regional de este partido es su diputado autonómico D. Cayetano Polo.

La coalición Podemos-IU-Extremeños-Equo ha quedado como última fuerza política con representación en la Cámara autonómica con

cuatro escaños (con unos 44 mil apoyos en el conjunto regional), fruto de la adición de sus dos escaños por Cáceres (gracias a sus 18.587 votos) y de otros dos por Badajoz (con 25.722 sufragios). La portavocía de este grupo en la Asamblea de Extremadura está en manos de su cabeza de lista D^a Irene de Miguel.

Vox quedó fuera del Parlamento autonómico, a pesar de haber obtenido en las anteriores elecciones generales del mes de abril un diputado nacional por la provincia de Badajoz y de la consecución de dos (uno por la circunscripción pacense y otro por la cacereña) en los últimos comicios estatales de noviembre. Su exclusión del parlamento regional se deriva del hecho de que ni en el conjunto de la Comunidad Autónoma ni en ninguna de las dos provincias aisladamente consideradas ha alcanzado el 5% de los sufragios que es la barrera electoral establecida por normativa extremeña rectora de la materia, puesto que en Cáceres logró el 4,57% y en Badajoz el 4,70%, para un total a nivel global extremeño del 4,65% de los votos.

3.1.4. Las elecciones locales de 26 de mayo de 2019

Es costumbre en nuestro país que las elecciones municipales coincidan con la celebración de los comicios en la mayor parte de las Comunidades Autónomas españolas. Las cifras globales de las convocatorias electorales municipales arrojan también una clara mayoría del PSOE en las provincias de Cáceres y de Badajoz.

En el conjunto del territorio cacereño, el PSOE logró más de 100.700 votos que se materializaron en 864 concejales, mientras que el PP con unos 83.300 sufragios consiguió 646 ediles. La tercera fuerza política municipal, muy alejada de las dos anteriores, fue Ciudadanos con casi 16.850 votos y 57 representantes municipales. La coalición Podemos-IU-Equo ocupó la cuarta posición en número de votos con más de 10.800, que se tradujeron en 22 concejales. No obstante, el partido político Extremeños que concurrió separadamente a las municipales tuvo un mayor número de concejales (un total de 47), a pesar de lograr un número muy

inferior de apoyos (casi 4.150). La amplia mayoría de representantes municipales del PSOE en la provincia cacereña le ha permitido presidir con mayoría absoluta su Diputación Provincial.

La victoria del PSOE en las elecciones municipales en el conjunto del territorio provincial pacense fue considerablemente más amplia, puesto que sus más de 180 mil votos se tradujeron en 873 concejales. Los casi 111.600 votos del PP y sus 498 ediles le convierten en la segunda fuerza política municipal en Badajoz. Muy alejados de PSOE y de PP han quedado Ciudadanos con algo más de 28.500 votos y 61 regidores, y Podemos-IU-Equo con casi 13.500 sufragios y 38 concejales. Su abrumadora mayoría en la representación municipal ha permitido al PSOE obtener la presidencia de la Diputación Provincial de Badajoz con mayoría absoluta.

Aunque estos son los resultados globales de una clara victoria del PSOE en las elecciones municipales del conjunto de la región, conviene, sin embargo, efectuar ciertas consideraciones sobre el gobierno municipal en algunas de las principales ciudades de la Comunidad Autónoma.

Empezando por la ciudad más poblada de la región, Badajoz, puede constatarse que la mayoría simple socialista de once concejales no le ha servido para conseguir la Alcaldía, en la medida en que existe un acuerdo para que se turnen en ella el PP y Ciudadanos (los dos primeros años para el candidato popular y los dos siguientes para el candidato naranja). Esto ha sido posible gracias a la mayoría absoluta de catorce ediles (sobre los veintisiete posibles) que supone la suma de los nueve concejales del PP, los cuatro de Ciudadanos y el concejal de Vox.

La capital cacereña tiene como alcalde, sin embargo, al líder socialista local, gracias a que el PSOE fue la lista municipal más votada con nueve concejales sobre los veinticinco posibles. A diferencia de lo sucedido en la capital pacense, los cinco ediles de Ciudadanos decidieron abstenerse, y no apoyar a los siete del PP y al único de Vox, cuya suma hubiese permitido conseguir la mayoría absoluta (y, con ello, la Alcaldía) al

candidato popular con trece concejales de los veinticinco que constituyen el pleno del Ayuntamiento.

La Alcaldía de Mérida ha quedado en manos del candidato socialista gracias a su mayoría absoluta de catorce concejales de los veinticinco posibles.

3.2. LA FORMACIÓN DE LA NUEVA JUNTA DE EXTREMADURA

La Asamblea de Extremadura resultante de las elecciones autonómicas de mayo de 2019 volvió a investir el día 25 de junio de 2019 a D. Guillermo Fernández Vara como Presidente de la Junta de Extremadura, máxima magistratura autonómica esta que ya había ostentado durante los períodos 2007-2011 (VII Legislatura) y 2015-2019 (IX Legislatura). A diferencia de lo que sucedió en la anterior investidura (al comienzo de la última Legislatura en julio de 2015), en la que Fernández Vara no recibió ningún voto en contra en el Parlamento autonómico, en su reelección para este nuevo periodo parlamentario de cuatro años el nuevo Presidente ha contado con el apoyo explícito de la mayoría absoluta que conforman los treinta y cuatro diputados del grupo parlamentario socialista, que lo sustentan, pero ha recibido los votos en contra de los veinte miembros del grupo popular, mientras que los siete representantes de Ciudadanos y los cuatro de Podemos decidieron abstenerse en la votación de investidura.

Una vez efectuada esta designación parlamentaria, el Presidente dictó su Decreto 16/2019, de 1 de julio, por el que se fijó el nuevo organigrama de su gobierno, que contará con nueve Consejerías, teniendo presente que dos de los nuevos Consejeros ostentarán, asimismo, sendas Vicepresidencias de la Junta de Extremadura. Con estas líneas maestras, el nuevo edificio gubernamental, con siete mujeres y dos hombres (además del Presidente D. Guillermo Fernández Vara), queda conformado de la siguiente manera:

1. Vicepresidencia Primera y Consejería de Hacienda y Administración Pública: D^a. Pilar Blanco-Morales Limones.
2. Vicepresidencia Segunda y Consejería de Sanidad y Servicios Sociales: D. José María Vergeles Blanca.
3. Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Población y Territorio: D^a. Begoña García Bernal.
4. Consejería de Economía, Ciencia y Agenda Digital: D. Rafael España Santamaría.
5. Consejería de Educación y Empleo: D^a. María Esther Gutiérrez Morán.
6. Consejería de Movilidad, Transporte y Vivienda: D^a. Leire Iglesias Santiago.
7. Consejería de Igualdad y Portavocía: D^a. Isabel Gil Rosiña.
8. Consejería de Cultura, Turismo y Deportes: D^a. Nuria Flores Redondo.
9. Consejería para la Transición Ecológica y Sostenibilidad: D^a. Olga García García.

Una comparación de esta estructura de gobierno con la existente durante la anterior Legislatura arroja como resultado las siguientes semejanzas y diferencias: en primer término, el número de nueve Consejerías de la recién nombrada Junta es superior al del gobierno autonómico inicial de la IX Legislatura que contaba tan sólo con cinco Consejerías y una Portavocía, e, incluso, más amplia que el existente justo antes de la convocatoria de elecciones en abril de 2019 (al final, por tanto, de la IX Legislatura), momento en el que ya se había elevado a seis el número de Consejerías; en segundo término, el referido gobierno autonómico originario de la anterior Legislatura carecía de Vicepresidencias, aunque es cierto que, con posterioridad –en concreto, en el momento mismo de crearse la sexta Consejería– se dotó de rango de Vicepresidenta a D^a. Pilar Blanco-Morales Limones, que era la titular de la Consejería de Hacienda y Administración Pública; en tercer término, eran siete los

nombres del último gobierno de Fernández Vara al final de la pasada Legislatura, y una lectura del nuevo organigrama de la Junta de Extremadura muestra que todos esos hombres (realmente tan sólo uno) y mujeres (seis) se siguen manteniendo en la cúspide gubernamental.

El referido Decreto presidencial 16/2019 ha encontrado su desarrollo en el Decreto de la Junta de Extremadura 87/2019, de 2 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura –modificado por el Decreto 161/2019, de 29 de octubre–. Estas disposiciones han sido complementadas por los diversos Decretos gubernamentales (en concreto, los números 162 a 170 del año 2019) mediante los que se establece la estructura orgánica de cada una de las nueve Consejerías.

4. LA ACTIVIDAD NORMATIVA EN EXTREMADURA

4.1. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA PARLAMENTARIA Y GUBERNAMENTAL

4.1.1. *Un balance global de la IX Legislatura*

El año 2019 ha supuesto el final de la IX Legislatura en la Comunidad Autónoma de Extremadura dirigida por un gobierno del PSOE, presidido por D. Guillermo Fernández Vara, y que se había abierto paso en el año 2015, tras el fin de la VIII Legislatura, bajo la dirección de una Junta de Extremadura capitaneada por el líder popular D. José Antonio Monago.

En estos cuatro años, se han aprobado un total de cuarenta y cuatro leyes formales por la Asamblea Legislativa regional: tres, desde la constitución del nuevo gobierno en el verano de 2015 (hasta la convocatoria de elecciones en la primavera de ese año se habían aprobado otras dieciséis); diez, en el ejercicio de 2016; siete, en el año 2017; trece en la anualidad de 2018; y once, hasta la disolución del Parlamento autonómico en la primavera del presente año 2019 (desde el inicio de la X Legislatura se han aprobado dos leyes formales más).

La Junta de Extremadura ha dictado, por su parte, otras cinco normas legales en este período cuatrienal: una de estas normas ha sido un decreto legislativo (en 2018), mientras que las cuatro restantes han adoptado la forma de decreto-ley. En el caso de esta última categoría normativa de legislación de urgencia: durante el año 2016 vio la luz un decreto-ley; dos en el ejercicio de 2018 y otro en febrero del presente año 2019.

4.1.2. Una consideración previa sobre la actividad legislativa durante el año 2019

Este año constituye un prototípico ejercicio de encrucijada entre dos Legislaturas. El final de la IX ha sido, como suele ser habitual en la práctica parlamentaria autonómica, bastante prolífico en la aprobación de leyes formales puesto que han visto la luz un total de once, a las que debe añadirse un decreto-ley aprobado por la Junta de Extremadura (y convenientemente convalidado por la Asamblea de Extremadura). Este número de normas legales es inferior a las dieciséis leyes aprobadas en el final de la VIII Legislatura en 2015, pero superior a las nueve normas legales de los últimos meses de la VII Legislatura en el 2011.

El comienzo de la X Legislatura ha traído consigo la aprobación de otras dos leyes formales por el Parlamento autonómico, así como tres Reformas del Reglamento de la Asamblea de Extremadura por parte del Pleno de la Cámara en sesiones celebradas el día 18 de julio de 2019 (DOE núm. 146, de 30 de julio de 2019), el 10 de octubre de 2019 (DOE núm. 201, de 17 de octubre de 2019) y el 24 de octubre de 2019 (DOE núm. 211, de 31 de octubre de 2019). En estas Reformas se han regulado, sucesivamente, la composición de la Mesa de la Cámara (compuesta por ocho miembros con voz y voto: la Presidencia, tres Vicepresidencias y cuatro Secretarías), los requisitos para el nombramiento del letrado mayor y secretario general de la Asamblea (con una primera regulación el 10 de octubre, pero inmediatamente modificada el 24 de octubre) y la

situación de cese en la pertenencia de un diputado a un grupo parlamentario por voluntad propia o por su expulsión.

4.1.3. La legislación de urgencia adoptada por la Junta de Extremadura

Esta legislación de urgencia se ha circunscrito exclusivamente a la adopción del Decreto-ley 1/2019, de 5 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del juego responsable en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Esta norma legal de urgencia ha sido dictada, según su preámbulo, en base a las competencias exclusivas regionales en el ámbito de los “(C)asinos, juegos y apuestas, incluidas las modalidades por medios telemáticos cuando la actividad se desarrolle exclusivamente en Extremadura” (art. 9.1.44 EAEx). Esta disposición legal justifica la urgencia necesaria para su adopción en “la extensión, en los últimos tiempos, de nuevas modalidades de juegos y apuestas reguladas insuficientemente, así como por la proliferación de establecimientos y el grado de participación en las mismas”.

Tras esta declaración, el referido preámbulo hace la doble constatación de que, por un lado, la “ludopatía es uno de los problemas sanitarios y sociales que más se están incrementando” (en particular entre los adolescentes y los jóvenes), y de que, por otro, la intervención administrativa es esencial para la búsqueda de “un equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al ocio responsable, velandopara que un tiempo de ocio y de disfrute no se convierta en un juego problemático–compulsivo y, por tanto, patológico, con los consiguientes problemas personales, familiares, sanitarios y económicos para las personas implicadas”. Sobre esta base, la Junta de Extremadura ha aprobado esta norma que, en su largo artículo único, modifica diversos preceptos de la Ley 6/1998, de 18 de junio, del Juego de Extremadura, además de añadir un nuevo capítulo octavo a su texto, con la rúbrica “De la ordenación del juego responsable”, y que, entre otras medidas, incorpora una serie de principios rectores

para la ordenación del juego responsable; establece distancias mínimas para la ubicación de establecimientos de juegos y apuestas; regula el control de admisión en locales de juego y en el juego realizado por medios electrónicos, informáticos, telemáticos o interactivos; o prevé un fortalecimiento de los sistemas de inspección, vigilancia y control.

4.1.4. Las leyes formales aprobadas por la Asamblea de Extremadura

La actividad legislativa del Parlamento autonómico ha arrojado un total de trece leyes. La mayor parte de ellas (hasta un total de diez) son leyes de nuevo cuño, en el sentido de que tienen vida propia por ellas mismas, mientras que otras dos se limitan a modificar leyes autonómicas como puede vislumbrarse con una mera lectura de su rúbrica. Una última y larga norma (la Ley 8/2019, de 5 de abril, para una Administración más ágil en la Comunidad Autónoma de Extremadura) efectúa una modificación de una decena bien larga de otras normas, pero es cierto que una buena parte de su articulado no se integra en ninguna otra ley, sino que, utilizando la expresión ya referida en las líneas anteriores, tiene vida propia e independiente.

En un ensayo de mínima sistematización, las trece leyes formales autonómicas que han visto la luz esta anualidad podrían agruparse, si bien es cierto que con unas amplias dosis de voluntarismo y de discrecionalidad por nuestra parte, en torno a cinco vectores: el régimen jurídico del Gobierno y de las Administraciones Públicas en Extremadura, el económico-financiero, el social, el sistema de protección de los consumidores y, finalmente, la ordenación de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas.

a. La legislación sobre el régimen jurídico del Gobierno y de la Administración extremeña

La categoría de leyes donde resulta prevalente la ordenación del régimen jurídico del Gobierno y de la Administración regional engloba un

total de cuatro normas, que abordan temas tan dispares que van desde la eliminación del límite de mandatos del Presidente de la Junta, hasta la ordenación del sistema de lucha contra las emergencias, pasando por una norma que regula la autonomía municipal en Extremadura o por otra que pretende dotar de instrumentos jurídicos adecuados al aparato administrativo regional para agilizar su funcionamiento. Estas disposiciones legales son, según su orden de aprobación, las siguientes:

1ª) La Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura.

El Estatuto extremeño atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre la “(O)rganización territorial propia de la Comunidad Autónoma y régimen local” en su art. 9.1.3. Es cierto, no obstante, que este precepto matiza inmediatamente el alcance de las potestades autonómicas al indicar que la exclusividad lo es “en los términos del Título IV de este Estatuto”. Este Título, que tiene como rúbrica “(D)e la organización territorial”, incluye en su seno dos preceptos en los que se proclama la plena autonomía política de los municipios (arts. 54.1 y 55 EAEx), encomendando a la Asamblea de Extremadura el desarrollo de estas previsiones mediante una ley que habrá de ser aprobada por mayoría cualificada. Con esta base estatutaria, el Parlamento autonómico adoptó la norma ahora reseñada, que parcialmente cumplimenta la reserva de ley de mayoría absoluta, aunque la parte restante tiene valor de ley ordinaria (disposición final primera).

El contenido material de esta Ley tiene, como ella misma reconoce, una inspiración directa en otra normativa autonómica ya existente sobre esta cuestión en Andalucía y en el País Vasco. Por lo demás, no deja de sorprender que, careciendo Extremadura de una normativa reguladora de manera integral del régimen local en la región, esta Ley pretenda tan sólo efectuar una regulación muy parcial de este ámbito y, además, con un carácter confesadamente provisional o transitorio, hasta que se construya “en el futuroel marco normativo general del gobierno local de

Extremadura” (exposición de motivos). Así las cosas, esta Ley autonómica cuenta con tres bloques principales: uno primero, relativo a la ordenación de las competencias municipales (con una larga enumeración de competencias propias); el segundo, centrado en el establecimiento de un sistema de garantías de la autonomía local (encabezado por el Consejo de Política Local y la Comisión de Garantías de la Autonomía Local); y el tercero, referido a la financiación municipal (con la regulación de un “fondo de financiación incondicionado” para los municipios de la región).

2ª) La Ley 8/2019, de 5 de abril, para una Administración más ágil en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Esta nueva Ley regional cita como base jurídica para su adopción por la Asamblea de Extremadura un importante número preceptos estatutarios atributivos de competencias tanto exclusivas (las reglas núms. 1, 5, 7, 8 y 31 del apartado 1 del art. 9 EAEx) como compartidas (las reglas 1 y 2 del apartado 1 del art. 10 EAEx) a nuestra región, sin olvidar la referencia al art. 39.2 del propio texto estatutario, que al regular las “(M)edidas de buena administración” dispone literalmente que: “La Comunidad Autónoma regulará los procedimientos administrativos propios y adaptará los procedimientos generales para dar celeridad y transparencia a la tramitación administrativa, para extender las relaciones interadministrativas y con los ciudadanos por medios telemáticos y para la simplificación de trámites”.

Partiendo de esta base jurídica, el objeto de la Ley reseñada es doble: por un lado, “el establecimiento de medidas de impulso para facilitar la actividad empresarial en la Comunidad Autónoma de Extremadura”; y, por otro, “la adopción de medidas de simplificación y mejora de la Administración autonómica” (art. 1.1). Y todo ello, con la finalidad de “lograr un funcionamiento más eficaz y eficiente de la Administración autonómica de Extremadura, adaptado a las necesidades de los ciudadanos” (art. 1.2). A tal efecto, la norma legal reseñada contempla una importante cantidad de medidas que, en ocasiones, mantienen una vida autónoma

dentro de ella, al no modificar normas ya existentes (esto ocurre, por ejemplo, con la regulación de las exenciones fiscales para sujetos que inicien o amplíen sus actividades profesionales en el territorio extremeño; la mejora de la regulación en materia de montes; o las medidas para la implantación de la Administración digital), pero que, en buena parte de los casos, están llamadas a incluirse en disposiciones generales ya existentes, que son modificadas, a veces de manera ciertamente intensa, por esta nueva Ley. Esto último sucede nada menos que con quince leyes autonómicas, siendo especialmente considerable la reforma operada en las cuatro siguientes: la Ley 16/2015, de 23 de abril, de Protección Ambiental; la Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio; la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Pública; y la Ley 6/2011, de 23 de marzo, de Subvenciones.

3ª) La Ley 10/2019, de 11 de abril, de protección civil y de gestión de emergencias de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Esta Ley, que está dictada en virtud de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma en materia de protección civil y emergencias (art. 9.1.42 EAEx), constituye una absoluta novedad dentro del ordenamiento jurídico regional, pues es la primera vez que se aborda en Extremadura la regulación general de la previsión y de la respuesta ante las situaciones de emergencia. El contenido de esta disposición regional se desarrolla, según su exposición de motivos, dentro del marco ofrecido por la legislación básica estatal establecida en la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, con la finalidad de poner en pie para el ámbito territorial extremeño un sistema global de protección civil y emergencias, denominado Sistema Regional de Protección Civil y de Gestión de Emergencias de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que “responda a la obligación de las Administraciones de proteger la vida y la integridad de las personas, el patrimonio medioambiental y la protección de sus bienes”. En este orden de ideas, son numerosas las cuestiones reguladas por esta nueva norma legal, pudiendo destacarse, entre ellas, las siguientes: en primer lugar, los derechos y los deberes

ciudadanos en este ámbito; en segundo lugar, el importante papel del voluntariado y de las entidades colaboradoras; en tercer lugar, la estructura, los instrumentos y el funcionamiento del Sistema Regional de Protección Civil; en cuarto lugar, las competencias de la Junta de Extremadura y el régimen de colaboración, de cooperación y de coordinación con el resto de Administraciones públicas; en quinto lugar, la participación ciudadana en este ámbito material (que se canaliza, esencialmente, a través de la Mesa Social de Protección Civil y Emergencias de la Comunidad Autónoma de Extremadura); y en sexto lugar, el régimen sancionador.

4^a) La Ley 13/2019, de 16 de octubre, de modificación parcial de la Ley 1/2014, de 18 de febrero, de regulación del estatuto de los cargos públicos del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

A pesar de que esta nueva norma legal autonómica es de artículo único, ha encontrado una enorme resonancia dentro del ámbito político-institucional extremeño por la cuestión que aborda. En efecto, la Asamblea de Extremadura aprobó durante el año 2014 la limitación de mandatos para el Presidente de la Junta de Extremadura. Pues bien, esta limitación ha sido suprimida mediante la derogación del art. 8.3 de la referida Ley autonómica aprobada en la parte final de la VIII Legislatura autonómica, bajo la Presidencia de la Junta de Extremadura por el máximo dirigente regional del Partido Popular, D. José Antonio Monago.

La justificación esencial de la medida contenida en la Ley ahora reseñada se efectúa mediante la apelación a distintos informes de organizaciones internacionales (en concreto, del Consejo de Europa, a través de la Comisión de Venecia) o de órganos estatutarios autonómicos (específicamente, del Consejo Económico y Social de Extremadura y del desaparecido Consejo Consultivo de Extremadura). A partir de estas opiniones jurídicas, y de la constatación de que el Estatuto de Autonomía extremeño no habilita “al legislador autonómico a establecer tales limitaciones a diferencia de lo que ocurre en algún otro Estatuto de

Autonomía”, la exposición de motivos de la Ley concluye que resulta necesario eliminar la limitación de mandatos para concurrir a la Presidencia de la Junta de Extremadura “a fin de garantizar el principio de igualdad en la aplicación de la Constitución, las normas electorales y en el acceso a los cargos electivos de representación política”.

b. La ordenación de la actividad económica-financiera

El objetivo de la ordenación de la actividad económico-financiera regional está presente en las siguientes dos leyes:

1ª) La Ley 2/2019, de 22 de enero, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2019.

Durante las cuatro anualidades de la IX Legislatura, la aprobación de las cuentas autonómicas se ha producido una vez iniciado el período presupuestario al que se han aplicado. El desvío temporal se ha reducido, en este caso, a algo más de tres semanas, pues esta norma fue publicada en el Diario Oficial de Extremadura del 24 de enero de 2019.

La Ley presupuestaria incide en su doble vertiente de apoyo social y de desarrollo económico. Con respecto a la primera dimensión, señala la exposición de motivos que, si durante los ejercicios anteriores los Presupuestos persiguieron “la recuperación de los servicios fundamentales, la consolidación de las políticas públicas y el fortalecimiento de la cohesión social”, las nuevas previsiones contenidas en la Ley pretenden acentuar “el sesgo social”, pues “dedican 6,4 de cada 10 euros a estas políticas”. En este orden de ideas, si los Presupuestos autonómicos de 2019 casi alcanzan la cifra de cinco mil setecientos noventa y ocho millones, de ellos más de mil seiscientos noventa estarían asignados a sanidad y más de mil setenta lo estarían a educación. En relación con la segunda perspectiva, el preámbulo del texto normativo indica que las previsiones contemplan “un alza del 4,3% en las actuaciones de carácter económico”, hasta alcanzar más de mil cuatrocientos veinte millones de euros la cantidad orientada a “promover el desarrollo de la estructura productiva de la región”.

Un año más se contienen previsiones en la norma presupuestaria con el objeto de incorporar a los presupuestos regionales las eventuales asignaciones que consignen los Presupuestos Generales del Estado a favor de la Comunidad Autónoma de Extremadura en los dos conceptos recogidos por las disposiciones adicionales primera y segunda del Estatuto de Autonomía (es decir, como pago, respectivamente, de la llamada “deuda histórica” y de las inversiones complementarias en infraestructuras por el uno por ciento del PIB regional).

2ª) La Ley 9/2019, de 5 de abril, por la que se modifican la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura, y la Ley 18/2001, de 14 de diciembre, sobre tasas y precios públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Esta norma legal tiene como objetivo la modificación de diversas leyes autonómicas. En su rúbrica se refiere a dos: la Ley de caza de 2010 y la Ley sobre tasas y precios públicos de 2001. No obstante, la lectura de su texto permite constatar que esta norma modifica dos leyes autonómicas más: la Ley 11/2010, de 16 de noviembre, de Pesca y Acuicultura de Extremadura, y la Ley 5/2002, de 23 de mayo, de Protección de los Animales en la Comunidad Autónoma de Extremadura. Es cierto que las modificaciones son realmente muy puntuales, destacando, quizá, las previsiones referidas al establecimiento de una licencia regional única para todas las modalidades tanto del ámbito de la caza (art. 1.9) como del de la pesca (art. 3). Una última consideración sobre esta norma legal: en la medida en que esta Ley no procede a una regulación integral de ningún sector de actividad, sino a la modificación de otras normas existentes, no se encuentra apelación alguna a los títulos competenciales autonómicos ni en su exposición de motivos ni en su articulado.

c. Las leyes de naturaleza eminentemente social

Cuentan con una naturaleza eminentemente social hasta un total de cinco leyes:

1ª) La Ley 1/2019, de 21 de enero, de memoria histórica y democrática de Extremadura.

Aunque esta primera norma legal autonómica del presente año no cita ningún título competencial estatutario, sí apela en su exposición de motivos a los dos principios rectores iniciales del art. 7 EAEx, luego reiterados –aunque sin referencia numérica explícita– en el art. 1.2 del nuevo texto legislativo. La lectura del largo preámbulo aludido parece conducir a la idea de que el Legislador extremeño justifica su actividad normativa en las importantes carencias observadas en la norma que regula esta cuestión en el ámbito estatal: la Ley de las Cortes Generales 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Y es que, a pesar de los indudables avances que se habrían producido tras la aprobación de esta disposición general, serían todavía “numerosas las labores pendientes en orden a la recuperación efectiva de la Memoria Histórica, tanto en el conjunto de la geografía nacional como, de manera particular, en la Comunidad Autónoma extremeña”.

En este contexto, esta nueva Ley autonómica tiene como objetivos explícitos la recuperación de la memoria histórica en relación con las personas extremeñas que padecieron persecución o violencia durante la Guerra Civil y la Dictadura, regulando en su articulado las políticas públicas necesarias para tal fin, además de facilitar el conocimiento de las diversas formas de la represión franquista en la región y de establecer el derecho de los descendientes de estas víctimas al desarrollo de “actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas” y, cuando así lo soliciten, “a exhumar a sus familiares y darles una sepultura digna” (art. 1). Creo que merece una consideración especial el hecho de que la Ley incluye entre las víctimas de la represión a los bebés sustraídos y dados en adopción, así como a sus familiares más directos (art. 5, letra l).

2ª) La Ley 4/2019, de 18 de febrero, de mejora de la eficiencia energética y las condiciones térmicas y ambientales de los centros educativos extremeños.

Los desajustes climáticos que en los últimos años ha sufrido la región, elevando considerablemente las temperaturas durante el desarrollo del calendario escolar e incidiendo, por tanto, sobre las condiciones en las que se desarrolla la enseñanza en los centros educativos de nuestra tierra (no siempre adaptados a las necesidades del tiempo presente), llevaron a la Asamblea de Extremadura a la aprobación de esta norma legal, que tiene como objetivo, además de aportar su contribución a la reducción de la huella de carbono a lo largo de la vida útil de las edificaciones, la creación de las condiciones de comodidad higrotérmica (esto es, la ausencia de malestar térmico) y de calidad y renovación del aire en dichas instalaciones, con la finalidad última “de ofrecer a la ciudadanía extremeña un servicio educativo de calidad, respetuoso con la sostenibilidad ambiental y con la salud laboral” (art. 1.1). En este marco, la nueva Ley prevé diversos instrumentos de intervención en materia energética (auditorías energéticas, planes de mejora de la eficiencia energética, etc.), así como la activación de los medios financieros para su implementación a través, sobre todo, de planes plurianuales de inversiones en infraestructuras educativas.

3ª) La Ley 5/2019, de 20 de febrero, de Renta Extremeña Garantizada.

Esta norma legal cita como base las competencias autonómicas exclusivas en materia de acción social (art. 9.1.27 EAEx), así como el principio rector de la actividad de los poderes públicos extremeños que propugna la necesidad de que éstos velen “por la especial protección de aquellos sectores de población con especiales necesidades de cualquier tipo” (art. 7.14 EAEx). El punto de partida de la Ley consiste en la constatación del aumento de la pobreza propiciado por la crisis económica, que hace que sea muy significativo en nuestra región tanto “el número y

porcentaje como la heterogeneidad de las personas que no pueden cubrir sus necesidades básicas” (exposición de motivos).

El antecedente de la disposición legal ahora reseñada ha sido la regulación de la renta básica extremeña de inserción, que queda sustituida por la nueva renta básica garantizada. Esta prestación tiene un contenido económico y es de naturaleza periódica y finalista, resultando, además, complementaria con respecto a la percepción de otros ingresos públicos (art. 3). Así definida esta “prestación básica”, la Ley tiene como objetivo primario el establecimiento de un derecho subjetivo a la percepción de la misma en el ámbito territorial extremeño con el fin de “asegurar los mínimos de una vida digna a las personas y unidades familiares” y de “promover la integración laboral y social de aquellos que se encuentren en situación o riesgo de exclusión social” (art. 1, párrafo primero). Junto a la ordenación general de este primer derecho subjetivo, la Ley regula uno segundo: “el derecho a la inclusión social de toda la ciudadanía extremeña” (art. 1, párrafo segundo). En este último orden de ideas, los extremos tendrán, asimismo, el derecho “a recibir apoyos y acompañamiento personalizado orientado a la inclusión plena y efectiva en la sociedad, en todas sus dimensiones (económica, laboral, habitacional, social y educativa) que promueva un nivel de vida y bienestar adecuados y una ciudadanía de pleno derecho” (art. 29.1). Este derecho se materializará a través de medidas personalizadas articuladas en torno a los Programas de Acompañamiento para la Inclusión, que se individualizan para cada persona interesada a través de un Acuerdo de Acompañamiento Social para la Inclusión.

4^a) La Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura.

Esta norma legal, que pretende desarrollar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada –contemplado como principio rector de la política social y económica por el art. 47 CE–, ha sido dictada en base a las competencias exclusivas autonómicas en materia de urbanismo,

vivienda y normas de calidad e innovación tecnológica en la edificación y de conservación del patrimonio urbano tradicional (art. 9.1.31 EAEx), sin perjuicio de que su exposición de motivos aluda a otros títulos competenciales como el fomento del desarrollo económico y social de la Comunidad Autónoma (art. 9.1.7 EAEx), la acción social (art. 9.1.27 EAEx) o la protección medioambiental (art. 9.1.33 EAEx).

La intervención de la Comunidad Autónoma de Extremadura en el ámbito de la vivienda tiene una historia de dos décadas bien largas y ha dado lugar a la aprobación de numerosas normas, entre las que destacan, sin duda, la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la calidad, promoción y acceso a la vivienda de Extremadura, o la Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura. Precisamente esta última norma preveía la elaboración de una “nueva regulación en materia de vivienda” (disposición transitoria tercera). Esta previsión normativa se ha hecho realidad con la aprobación de la Ley ahora reseñada, que es la más larga del presente año con ciento veintinueve artículos y un buen número de disposiciones adicionales, transitorias y finales (además de una disposición derogatoria única).

Su objeto consiste, por un lado, en la garantía en el territorio regional extremeño del “derecho constitucional y estatutario a una vivienda digna, de calidad, accesible y adecuada a su situación personal, familiar, económica, social y capacidad funcional, asegurando a la ciudadanía una debida calidad de vida”; estableciendo, por otro lado, “los principios que han de inspirar las condiciones técnicas de calidad e innovación tecnológica en la edificación y medidas de fomento e impulso de la calidad arquitectónica en la Comunidad Autónoma de Extremadura” (art. 1.1). Con este doble objetivo, la Ley comentada regula, entre otras cuestiones, las siguientes: en primer lugar, las finalidades, los principios rectores y los valores que pretende proteger; en segundo lugar, el ámbito competencial de la Administración pública extremeña en materia de vivienda, así como sus prerrogativas; en tercer lugar, las técnicas de intervención administrativa; en cuarto lugar, los mecanismos de protección de consumidores

y usuarios en el acceso a este tipo de bienes; en quinto lugar, el fomento público de la vivienda y de la calidad de la edificación; en sexto lugar, el régimen jurídico aplicable para la enajenación de viviendas protegidas de promoción pública; en séptimo lugar, el proceso edificatorio; en octavo lugar, el régimen sancionador; en noveno lugar, los órganos de participación en el ámbito de la vivienda; o, en fin, la ordenación jurídica de las situaciones de emergencia social en este ámbito.

5ª) La Ley 12/2019, de 11 de octubre, del voluntariado de Extremadura.

Esta norma legal cita en su preámbulo una buena cantidad de preceptos estatutarios que servirían de soporte a la Comunidad Autónoma de Extremadura para la aprobación de la misma y, entre ellos, uno específico en materia de voluntariado, el art. 9.1.45, cuyo inciso final establece la competencia exclusiva regional para el “(F)omento del voluntariado”.

Esta nueva Ley pretende la sustitución del marco normativo rector del voluntariado en Extremadura, que cuenta ya con una larga tradición, para adaptarlo a las vigentes necesidades sociales y al marco regulador de esta materia a nivel estatal contenido en la Ley de las Cortes Generales 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado. Explica el preámbulo de la Ley autonómica ahora reseñada que su texto ha sido fruto del “diálogo social” encauzado a través de “un grupo de trabajo político y civil conformado por la Junta de Extremadura, la Plataforma del Voluntariado de Extremadura, la Plataforma del Tercer Sector de Extremadura y todos los grupos políticos del arco parlamentario con representación en la Asamblea de Extremadura”.

En cuanto a su contenido, la Ley persigue distintos objetivos que podrían sintetizarse en los siguientes: en primer término, la ordenación, la protección y el fomento del voluntariado en el ámbito territorial extremeño; en segundo término, la promoción de la participación ciudadana en actividades de voluntariado llevadas a cabo a través de entidades de

voluntariado, tanto dentro como fuera de nuestra región; en tercer término, el apoyo a la generación de redes comunitarias de voluntariado; en cuarto término, la ordenación de las relaciones entre las organizaciones ciudadanas en las que se integran las personas voluntarias y las distintas Administraciones públicas (con la inclusión por primera vez en una norma legal del Consejo Extremeño del Voluntariado como “órgano de participación, relación y consulta de la Administración autonómica en materia de voluntariado”); y en quinto término, el reconocimiento de los derechos de los voluntarios, de las entidades de voluntariado y de las personas destinatarias de la acción voluntaria.

d. La protección de los consumidores y usuarios

La importante y compleja materia de la protección de los derechos de los consumidores y usuarios es la protagonista de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura.

Esta norma legal ha sido dictada en desarrollo del principio rector de la política social y económica previsto en el art. 51 de nuestro texto constitucional, y sobre la base de la competencia exclusiva autonómica en materia de consumo en general, y para la “regulación de las medidas de prevención, protección y defensa de los consumidores y usuarios, de sus derechos y de los órganos y procedimientos de mediación”, así como para la “lucha contra el fraude” en particular (art. 9.1.18 EAEx). Esta nueva disposición legal sustituye a la vieja Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura, modificada en múltiples ocasiones desde su aprobación originaria por la Asamblea de Extremadura.

Su finalidad confesada en la exposición de motivos consiste en el reforzamiento en el ámbito territorial extremeño de “la defensa de los derechos de las personas consumidoras, adaptándose a los nuevos escenarios en los que se producen las relaciones de consumo” (con una extraordinaria extensión del comercio electrónico en un mercado cada vez más

globalizado), teniendo en cuenta para ello la nueva normativa europea y estatal, así como la jurisprudencia más reciente de nuestro Tribunal Constitucional y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. En este contexto, la nueva Ley regula, en primer término, y con gran amplitud, los derechos de las personas consumidoras (con especial atención a sus derechos básicos, a la protección de su salud y de su seguridad, así como de sus intereses económicos y sociales, a la regulación de las indemnizaciones por los eventuales daños y perjuicios, a su derecho a la información y a sus derechos a la educación, a la formación y a la divulgación en materia de consumo); en segundo término, los mecanismos de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios; en tercer término, los mecanismos de inspección y de control de los bienes y servicios; en cuarto término, la potestad sancionadora; y en quinto término, y de manera tan particular como sensible en nuestra Comunidad Autónoma, el funcionamiento de las instalaciones de venta al público al por menor de gasolinas y gasóleos de automoción.

e. El régimen jurídico de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas

El elenco de las problemáticas abordadas por el Legislador extremeño durante el presente año se cierra con la ordenación general de una materia que tiene una triple cara social, económica y administrativa, como es la relativa a los espectáculos públicos y las actividades recreativas. Esta cuestión se regula, en concreto, mediante la Ley 7/2019, de 5 de abril, de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Esta norma legal ha sido dictada en base a las competencias exclusivas autonómicas en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas (art. 9.1.43 EAEEx). Debe tenerse en cuenta que, hasta la aprobación de la presente Ley, esta materia carecía de una regulación regional de alcance general, por lo que se aplicaba supletoriamente la normativa estatal. Tan sólo durante el año 2016 se dictó una Ley regional (la

Ley 4/2016, de 6 de mayo) que pretendía salvar la laguna que en materia sancionatoria se había producido con la derogación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, por obra de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

La presente norma legal ahora reseñada responde, por lo tanto, y tal y como confiesa su exposición de motivos, a “la absoluta necesidad de completar el ejercicio de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Extremadura mediante una norma propia con rango de ley que dé adecuada satisfacción a los problemas que se plantean en la actualidad y que asiente unos principios que permitan hacer frente a los que genere la evolución de la sociedad”. Apreciado el vacío normativo y la necesidad de paliarlo, la Ley tiene como punto de partida la pretensión de conciliar la trascendencia social y económica que representa el ocio con el imprescindible respeto de “otros bienes jurídicos igual de importantes”, citando su exposición de motivos al respecto: el derecho al descanso, los derechos de los consumidores y usuarios, la seguridad y la salubridad pública, el respeto al medio ambiente, la preservación del patrimonio histórico-artístico, la plena asunción de la perspectiva de género, etc.

En este contexto, la nueva Ley tiene como objetivo la ordenación del régimen jurídico general de los espectáculos públicos y de las actividades recreativas que se desarrollen en establecimientos públicos, instalaciones o espacios abiertos en el ámbito territorial extremeño, con la finalidad de proteger los bienes jurídicos de interés general reseñados con anterioridad. A este respecto, la norma legal presta especial atención a, en primer término, la organización administrativa en la materia, que, según declara su preámbulo, está impregnada de una clara vocación descentralizadora hacia los ayuntamientos; en segundo término, la regulación de los distintos instrumentos de intervención administrativa; en tercer término, el régimen normativo aplicable a la organización y al desarrollo de este tipo de actividades; en cuarto término, el sistema de vigilancia e

inspección de las mismas; y, en quinto y último término, su régimen sancionador.

4.2. LA ACTIVIDAD REGLAMENTARIA Y ADMINISTRATIVA DE LA JUNTA DE EXTREMADURA Y DE SU PRESIDENTE

4.2.1. Los Decretos del Presidente de la Junta de Extremadura

Los años de finalización y de comienzo de Legislaturas suelen caracterizarse por un aumento de la actividad formalizada del Presidente de la Junta de Extremadura a través de Decretos, que sirven para la aprobación tanto de decisiones de naturaleza singular como de verdaderas disposiciones generales con valor reglamentario. Este año 2019 no ha sido precisamente una excepción, dado que el titular de la máxima magistratura autonómica ha dictado treinta y seis Decretos del Presidente (siete antes de las elecciones regionales y los veintinueve restantes con posterioridad). Este elevado número es, sin duda, similar a los treinta y ocho firmados en 2015 entre los Presidentes Monago, primero, y Fernández Vara, después.

La absoluta mayoría de los decretos presidenciales durante el presente ejercicio ha estado dirigida al cese y al nombramiento de Consejeros de la Junta de Extremadura, así como a la delegación en ellos por parte del Presidente autonómico de la firma de los convenios de colaboración con el Estado suscritos por nuestra región en el ámbito de sus correspondientes competencias. Fuera de estas disposiciones, y de las características convocatorias de subvenciones en los sectores de actividad sobre los que el Presidente ejerce directamente sus potestades, los tres Decretos del Presidente más significativos han sido el relativo a la convocatoria de elecciones a la Asamblea de Extremadura (Decreto del Presidente 1/2019, de 1 de abril), el referido a la convocatoria de la sesión constitutiva del Parlamento autonómico (Decreto del Presidente 8/2019, de 3 de junio) y el consagrado a la modificación de la denominación, del

número y de las competencias de las Consejerías que conforman la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (Decreto del Presidente 16/2019, de 1 de julio).

4.2.2. Los Decretos de la Junta de Extremadura

El número “oficial” de decretos gubernamentales durante este año de comienzo de la X Legislatura es de 204, que es una cifra bastante inferior a las de los inicios de la IX y de la VIII Legislatura, puesto que en 2015 se aprobaron 323 y en 2011 un total de 305. Es cierto que, exceptuando precisamente el año 2015, el número de disposiciones gubernamentales de este final de ciclo no es muy distinto, cuanto menos sobre el papel, al de los años 2016, 2017 y 2018 en los que se dictaron 215, 220 y 212 respectivamente. De todas las disposiciones gubernamentales con la forma jurídica de decreto de este ejercicio de 2019 únicamente 65 fueron emanadas antes de la conformación del nuevo gobierno extremeño en los albores del mes de julio.

Entrecomillábamos premeditadamente en el párrafo anterior el adjetivo “oficial” que servía para calificar al sustantivo “número” (de decretos de la Junta de Extremadura), y esta circunstancia requiere los siguientes comentarios: 1º) En primer término, esta cifra “oficial” proviene de que ya comenzado el año 2020 se han publicado los Decretos 203/2019, de 27 de diciembre (DOE núm. 3, de 7 de enero de 2020) y 204/2019, de 27 de diciembre (en un diario oficial anterior: DOE núm. 2, de 3 de enero de 2020); 2º) En segundo término, en el DOE núm. 247, de 26 de diciembre de 2019, se publicaron cuatro decretos fechados en octubre (en concreto, los Decretos 187/2019, 188/2019 y 189/2019, de 15 de octubre –todos ellos– y el Decreto 200/2019, de 22 de octubre), a pesar de que el DOE ha publicado numerosos decretos con un número anterior al 187, pero con una fecha posterior a octubre (por ejemplo, el Decreto 185/2019, de 17 de diciembre –DOE núm. 245, de 23 de diciembre–, o el Decreto 186/2019, de 17 de diciembre –DOE núm. 249, de 30 de diciembre de 2019–); y 3º) En tercer término, nótese que en el

referido DOE núm. 247, de 26 de diciembre de 2019, se publican el Decreto 189/2019 y, acto seguido, el Decreto 200/2019. Estos datos nos llevan a pensar que ha podido producirse un error en la numeración de los decretos gubernamentales, no habiéndose dictado (y, por tanto, no existiendo realmente) esta anualidad los Decretos núms. 190 a 199. Debe destacarse, asimismo, que no parece compatibilizarse mucho con una buena técnica normativa que decretos publicados en el DOE con un ordinal más avanzado tengan una fecha anterior a otros con una numeración inferior, pero con fecha posterior (compárese, por ejemplo, el Decreto 189/2019, de 15 de octubre, con el Decreto 186/2019, de 17 de diciembre). De ser ciertas estas consideraciones, la conclusión final resultante es que el número “oficial” de decretos (204) no coincidiría con el número “real”. Este último número sería de 194 decretos; una cifra inferior en diez unidades a la oficial.

En todo caso, el decreto gubernamental ha sido la forma de aprobación de distintas normas reglamentarias, pero, sobre todo, de una gran cantidad de actos singulares. Como todas las anualidades de nacimiento de una nueva Legislatura, en 2019 han destacado, sin ningún género de dudas, los referidos a los ceses y nombramientos de los altos cargos que sirven para configurar el Gobierno y la Administración autonómica, a los que debe añadirse, a comienzos de año el Decreto 2/2019, de 8 de enero, para el nombramiento de don Antonio Hidalgo García, como nuevo Rector de la Universidad de Extremadura, tras las elecciones celebradas en esta institución académica a finales de 2018. El número de este tipo de decretos casi ha alcanzado las nueve decenas, que constituye una cantidad muy superior a la de cualquier otra temática abordada durante el presente ejercicio por la Junta de Extremadura. Este ámbito material ha superado con creces durante esta anualidad, incluso, la que ejercicio tras ejercicio suele ser la materia estrella de la actividad gubernamental regional (las subvenciones y otros tipos de ayudas), que ha ocupado, ciertamente, el segundo lugar desde un punto de vista cuantitativo, pero a una gran distancia de la referida cuestión relativa a la designación y al

cese de altos cargos, pues su número no ha llegado ni siquiera a la treintena de decretos.

Con independencia de las temáticas referidas a los ceses y nombramientos de altos cargos y a las subvenciones, el resto de las disposiciones gubernamentales se han centrado, como es habitual año tras año en nuestra región, en materias como, entre otras, las siguientes: la aprobación del programa estadístico anual; la fijación del calendario de días festivos e inhábiles en el territorio regional; la declaración de la urgente ocupación de bienes y derechos en el marco de procedimientos de expropiación forzosa; las declaraciones de monumentos naturales y de bienes de interés cultural; la salud humana y animal; la dependencia; la ordenación de la vivienda; la educación universitaria y no universitaria; la ordenación de la estructura orgánica básica de las diversas Consejerías de la Junta de Extremadura y de la Administración autonómica, así como la regulación de diversos aspectos relativos al personal a su servicio; la actualización del planeamiento en materia de protección civil; la policía local; la comunicación audiovisual; el turismo; la agricultura; la aprobación de reglamentos de denominación de origen protegida de diversos productos; la regulación de diversas actuaciones forestales; la modificación de la ordenación de proyectos de interés regional; o la concesión de la medalla de Extremadura.

V5 LA CONFLICTIVIDAD ENTRE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA Y LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

5.1. LAS CONTROVERSIAS FORMULADAS EN EL SENO DE LA COMISIÓN BILATERAL DE COOPERACIÓN ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO-COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA

Esta anualidad se ha caracterizado por la existencia de un muy notable número de controversias entre la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Administración General del Estado, provocando en hasta ocho

ocasiones el inicio de negociaciones para solventar discrepancias sobre la constitucionalidad de diversas normas autonómicas con rango de ley en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación.

a) De estos ocho conflictos, y en primer lugar, cuatro han quedado totalmente solventados a través de sendos acuerdos adoptados por la propia Comisión Bilateral a lo largo de este mismo año. En efecto, han quedado solucionadas de este modo las discrepancias formuladas por la Administración General del Estado en relación con diversos preceptos de dos normas legales autonómicas de 2018 y de otras dos de 2019:

1ª) La Ley 9/2018, de 30 de octubre, de Sociedades Cooperativas de Extremadura. Las negociaciones en el seno de la Comisión Bilateral tuvieron su origen en un Acuerdo de 8 de enero de 2019, quedando concluidas de manera satisfactoria para ambas partes mediante Acuerdo de 15 de mayo de 2019.

2ª) El Decreto-ley 1/2018, de 20 de noviembre, por el que se modifica la Ley 2/2002, de 25 de abril, de protección de la calidad del suministro eléctrico en Extremadura. Las negociaciones sobre la constitucionalidad del apartado primero del artículo único de esta norma legal de urgencia se iniciaron por Acuerdo de 23 de enero de 2019, resolviéndose las discrepancias por Acuerdo de 8 de julio de 2019.

3ª) La Ley 2/2019, de 22 de enero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2019. El debate jurídico sobre la constitucionalidad de dos preceptos de esta Ley autonómica se inició a través de un Acuerdo de 12 de marzo de 2019 y se ultimó, a satisfacción de ambas partes, por Acuerdo de 26 de julio de 2019.

4ª) La Ley 5/2019, de 20 de febrero, de Renta Extremeña Garantizada. Las discrepancias expresadas por la Administración General del Estado sobre el ajuste constitucional de un precepto de esta Ley autonómica provocaron la apertura de negociaciones en el seno Comisión

Bilateral por Acuerdo de 7 de mayo de 2019, llegándose a una solución consensuada mediante Acuerdo de 3 de octubre de 2019.

b) En segundo lugar, aunque este órgano mixto ha iniciado, a través de la firma de los correspondientes acuerdos, las negociaciones para la resolución de las desavenencias suscitadas por la Administración General del Estado, sigue todavía pendiente en el momento de redactar este trabajo un pronunciamiento definitivo sobre la constitucionalidad de diversos preceptos de las siguientes normas legales autonómicas:

1^a) El Decreto-ley 1/2019, de 5 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del juego responsable en la Comunidad Autónoma de Extremadura. El comienzo de las negociaciones sobre los dos preceptos controvertidos de esta norma legal de urgencia tuvo lugar mediante Acuerdo de 24 de abril de 2019.

2^a) La Ley 10/2019, de 11 de abril, de protección civil y de gestión de emergencias de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Mediante Acuerdo de 18 de junio de 2019, la Comisión Bilateral decidió iniciar las negociaciones para resolver las controversias constitucionales en torno a tres preceptos de esta Ley regional.

3^a) La Ley 11/2019, de 11 de abril, de promoción y acceso a la vivienda de Extremadura. Las negociaciones para la resolución de las discrepancias constitucionales sobre más de una decena de disposiciones de esta Ley autonómica se iniciaron mediante Acuerdo de 10 de julio de 2019.

c) En tercer lugar, ya iniciado el presente año, en concreto en el DOE núm. 15, de 23 de enero de 2019, se publicó el Acuerdo de 20 de noviembre de 2018, de la Comisión Bilateral de Cooperación, mediante el que se puso fin a la controversia constitucional que enfrentaba a la Administración General del Estado con la Comunidad Autónoma de Extremadura en relación con algunos preceptos de la Ley autonómica 4/2018, de 21 de

febrero, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura.

d) En cuarto y último lugar, por Acuerdo de 17 de abril de 2019 se iniciaron negociaciones en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación para la resolución de las controversias sobre diversos preceptos de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, del Estatuto de las personas consumidoras de Extremadura. Estas negociaciones no parece que hayan alcanzado el resultado positivo esperado en la medida en que el DOE núm. 249, de 30 de diciembre de 2019, ha publicado el edicto del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 2019 en el que se da cuenta de que el Pleno de este órgano ha acordado la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad núm. 6835-2019, promovido por el Presidente del Gobierno de la Nación, a través de la Abogacía del Estado, contra cuatro preceptos de la referida Ley autonómica destinada a la protección de los consumidores en nuestra región.

5.2. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CON ESPECÍFICA RELEVANCIA PARA LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA

5.2.1. Planteamiento general

Durante el presente ejercicio, el Tribunal Constitucional ha dictado tres Sentencias que afectan de una manera muy específica y directa a nuestra Comunidad Autónoma:

a) Dos de ellas tienen su origen en sendas cuestiones de inconstitucionalidad (las núms. 2560-2019 y 2561-2019), elevadas al Alto Tribunal por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, con un objeto idéntico: la expresión de las dudas de este órgano jurisdiccional con respecto al ajuste con nuestra Carta Magna de dos preceptos legales autonómicos, como son, en primer término, el art. 11.3.1 b), párrafo segundo, de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de

Extremadura –en la redacción dada a este precepto por la Ley autonómica 9/2011, de 29 de marzo–, y, en segundo término, por la disposición adicional única de esta última norma legal dictada por la Asamblea de Extremadura en el año 2011. Estas dos resoluciones constitucionales se enmarcan dentro del largo conflicto jurídico que afecta a la ordenación urbanística de los terrenos de una isla en el embalse de Valdecañas (río Tajo).

b) La tercera Sentencia enjuicia un recurso de amparo parlamentario promovido, sobre la base del art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979, por un miembro de la Asamblea de Extremadura contra diversos acuerdos de la mesa de este Parlamento autonómico por los que se le atribuye la condición de diputado no adscrito y se fijan los derechos que en cuanto a tal categoría representativa le corresponden.

5.2.2. Las resoluciones constitucionales que afectan a la reordenación legal de los terrenos comprendidos en la isla del embalse de Valdecañas

a) La resolución clave en este ámbito es la STC 134/2019, de 13 de noviembre, que estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2560-2019. Esta Sentencia del Pleno del Alto Tribunal tiene como Ponente al Magistrado D. Antonio Narváez Rodríguez, contando con el voto particular discrepante del Magistrado D. Ricardo Enríquez Sancho.

La repercusión de esta Sentencia para nuestra región es enorme, dado que se integra –como ya hemos avanzado– en un viejo conflicto de naturaleza urbanística propiciado por la adopción en abril de 2007 de un Decreto por parte de la Junta de Extremadura mediante el que se aprobaba definitivamente un Proyecto de Interés Regional (PIR) con el objetivo de recalificar y ordenar los terrenos de una isla en el embalse de Valdecañas (río Tajo) para la construcción de un complejo residencial de lujo. Este Decreto fue anulado, en primera instancia, mediante las Sentencias 195 y 196, de 9 de marzo de 2011, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura,

resultando confirmadas ambas resoluciones en casación por sendas Sentencias de 21 de enero de 2014, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. A pesar de la vetustez de todas estas resoluciones judiciales, lo cierto es que sus amplísimas repercusiones de naturaleza tanto económica como medioambiental han impedido (al menos hasta ahora) su ejecución, que conllevaría la reposición de los terrenos de la isla a la situación anterior a la materialización del proyecto, tras el costosísimo derribo de la urbanización.

En este contexto fáctico y jurídico, el Tribunal Constitucional se enfrentó a la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2560-2019, elevada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en relación con dos preceptos legales aprobados por la Asamblea de Extremadura en el año 2011 con el fin de regularizar la situación urbanística de la isla de Valdecañas, tras la notificación de las referidas Sentencias del órgano jurisdiccional extremeño.

En la STC 134/2019 ahora reseñada, nuestro más Alto Tribunal declara: 1º) Por un lado, la inconstitucionalidad (y nulidad) del art. 11.3.1 b), párrafo segundo, de la vieja Ley del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura de 2001 –en la redacción dada a este precepto por el artículo único de la Ley 9/2011, de 29 de marzo–, por resultar contrario a las previsiones básicas estatales en la materia con infracción mediata de las reglas 1ª y 23ª del apartado primero del art. 149 CE, en la medida en que el Legislador autonómico no puede dictar una norma que permita la transformación urbanística de terrenos incluidos en la Red Natura 2000 dada su especial protección medioambiental. Para comprender la repercusión de este pronunciamiento, debe tenerse en cuenta que los terrenos de la isla de Valdecañas están dentro de esta Red y su transformación urbanística para la construcción de un complejo residencial es evidente; 2º) Por otro lado, se desestima la eventual inconstitucionalidad de la disposición adicional única de la meritada Ley 9/2011, que establece un procedimiento de homologación de los instrumentos urbanísticos y de

ordenación del territorio ya existentes para ajustarlos a la nueva legalidad rectora de ambas materias. Considera el Tribunal Constitucional a este respecto que esta segunda norma cuestionada no constituye una ley singular mediante la que se pretenda eludir la ejecución de las meritadas Sentencias de 9 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Justicia extremeño, ya que, al referirse, “en abstracto”, a los instrumentos de “ordenación del territorio y de ordenación urbanística vigentes a la fecha de entrada en vigor de esta Ley”, “no se trata de una norma dictada en atención a un supuesto de hecho concreto y singular que agote su contenido y eficacia” en el PIR de la isla de Valdecañas. Sobre esta base, concluye la Sentencia reseñada “que, más allá de un juicio de intenciones sobre los móviles del Legislador autonómico, que no nos corresponde valorar (...), y de que los actos de homologación serán ilegítimos si son el resultado de la aplicación de preceptos inconstitucionales y, por consiguiente, anulados por este Tribunal (...), la disposición adicional única de la Ley 9/2011 no vulnera los arts. 24.1, 117 y 118 CE”.

b) El contenido de la Sentencia constitucional 152/2019, de 25 de noviembre, es absolutamente tributario de la STC 134/2019. Esta segunda resolución que afecta a la normativa legal de reordenación de los terrenos de la isla de Valdecañas es mera aplicación de doctrina jurídica anterior, lo que justifica que haya sido dictada por la Sala Segunda del Alto Tribunal, habiendo contado como ponente con el Magistrado D. Pedro José González-Trevijano Sánchez.

El fallo de este pronunciamiento es doble: 1º) Por un lado, se declara extinguida por pérdida sobrevenida de objeto la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2561-2019 en relación con el art. 11.3.1 b), párrafo segundo, de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura –en la redacción dada a este precepto por la Ley autonómica 9/2011, de 29 de marzo–. Recordemos que este precepto ya había sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 134/2019, quedando, por tanto, expulsado de nuestro ordenamiento jurídico y “disipada la duda planteada” [FJ 3 a)]. Y 2º) Por otro lado, se desestima la

impugnación de la disposición adicional única de la referida Ley 9/2011 mediante una mera remisión al FJ 5 de la STC 134/2019 en la medida en que existía una coincidencia objetiva en cuanto a los contenidos de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2560 y 2561 del año 2019.

5.2.3. La novedosa doctrina constitucional sobre los diputados no adscritos que tiene su origen en un recurso de amparo parlamentario formulado desde Extremadura

La STC 159/2019, de 12 de diciembre, declara la vulneración del derecho fundamental de un antiguo diputado del grupo popular (D. Juan Antonio Morales Álvarez), que abandonó esta formación adquiriendo la condición de no adscrito, “a ejercer las funciones representativas con los requisitos que señalan las leyes (art. 23.2 CE)” por diversos acuerdos de la mesa de la Asamblea de Extremadura “en la medida que privan en términos absolutos al demandante del derecho a formular propuestas de pronunciamiento en pleno” (apartado primero del fallo).

Esta resolución fue dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, al ser avocado el recurso de amparo a este órgano, siendo ponente el Presidente del Alto Tribunal, el Magistrado D. Juan José González Rivas.

La importancia de esta Sentencia constitucional radica en su novedad, puesto que sirve para perfilar los derechos de los diputados no adscritos a ningún grupo parlamentario en una cámara legislativa. En este contexto, la doctrina fundamental recogida en la misma puede sintetizarse en los siguientes términos:

1º) El art. 23.2 CE reconoce el derecho fundamental al acceso, a la permanencia y al ejercicio de cargos públicos de naturaleza representativa por parte de los ciudadanos. Este derecho fundamental de los representantes de los ciudadanos a ejercer su cargo está en estrecha conexión con el derecho fundamental de estos últimos a participar en los asuntos públicos a través, precisamente, de representantes libremente elegidos

en elecciones periódicas por sufragio universal recogido en el art. 23.1 CE [FJ 5 a)].

2º) El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos es “un derecho de configuración legal” cuyo núcleo fundamental está constituido, esencialmente, por las facultades directamente relacionadas con el ejercicio de las potestades legislativas, por un lado, y de control al gobierno, por otro [FJ 5 b) y c)].

3º) No forman parte, sin embargo, del núcleo esencial o central de la función representativa los derechos de contenido económico como son las retribuciones o el mantenimiento del régimen de dedicación exclusiva de los diputados no adscritos (FJ 6).

4º) La existencia de la figura del diputado no adscrito no es lesiva del derecho fundamental al ejercicio del cargo público representativo (“ius in officium”) (FJ 8).

5º) Corresponde a la mesa de la Asamblea de Extremadura acordar las facultades de intervención del diputado no adscrito en los ámbitos tanto de la producción normativa como del control gubernamental. Para el ejercicio de esta función la mesa se encuentra vinculada por aquellos principios y reglas previstos en el reglamento de la cámara legislativa (FFJJ 9 y 11).

6º) El Reglamento de la Asamblea de Extremadura ha previsto en su art. 39.5 que las facultades de intervención de los diputados no adscritos en el ejercicio de su función representativa se corresponden con “los derechos reconocidos reglamentariamente a los diputados considerados de forma individual”. Este precepto se ajusta plenamente, según nuestro Tribunal Constitucional, al art. 23.2 CE, debiendo tenerse en cuenta que el precepto del reglamento parlamentario “cierra el paso a una excesiva representación del diputado no adscrito”. Y es que esta cláusula, en efecto, “asegura al diputado no adscrito los derechos inherentes a la condición de cargo público que son ‘reconocidos reglamentariamente a los

diputados considerados de forma individual’, pero al mismo tiempo le impide que, beneficiándose de su situación de diputado individual y no inserto en ningún grupo político, por haber abandonado el grupo parlamentario del que formaba parte, pase a gozar de una injustificada posición preponderante en perjuicio del resto de diputados que, por integrarse en grupos políticos, ven racionalizado el ejercicio de ciertas funciones inherentes al núcleo de la función representativa” (FJ 10). En definitiva, el referido precepto del reglamento parlamentario extremeño “es plenamente constitucional porque neutraliza la desigualdad en el ejercicio de la función representativa que llevaría aparejada la sobrerrepresentación del diputado no adscrito” (FJ 12).

7º) Una cosa es que las previsiones del art. 39.5 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura respeten el art. 23.2 CE y otra cosa diferente es que resulten constitucionales, en todo caso, las aplicaciones que la mesa de este Parlamento autonómico haga mediante sus correspondientes acuerdos. Pues bien, en el enjuiciamiento que el Tribunal Constitucional efectúe de cada uno de los acuerdos de la mesa de la Asamblea aplicativos del reglamento parlamentario debe tenerse en consideración “la especial relevancia de la autonomía parlamentaria y, como consecuencia de ello, la facultad que la Constitución reserva a las cámaras de establecer, interpretar y aplicar las normas que rigen su organización y funcionamiento, pues la ordenación reglamentaria goza de amplia libertad de configuración, siempre que se respete el derecho de los parlamentarios con la representación política” (FJ 12).

8º) A partir de esta doctrina general, el Tribunal Constitucional enjuicia de manera particularizada las quejas constitucionales del demandante de amparo sobre los acuerdos de la mesa de la Asamblea de Extremadura en relación con el ejercicio de sus funciones representativas en tanto que diputado no adscrito, llegando a las siguientes conclusiones desestimatorias de la mayor parte de sus pretensiones:

i) Considera el Alto Tribunal, en primer lugar, que la queja contenida en la concreta demanda de amparo parlamentario sobre el cupo señalado para el diputado no adscrito por la mesa de la Asamblea de Extremadura para las interpelaciones y las preguntas al gobierno autonómico, tanto en los plenos parlamentarios como en las comisiones, debe ser desestimada, porque la mesa aporta en sus acuerdos una justificación razonable, mientras que la demanda de amparo no argumenta en modo alguno que dicho “cupos sea desproporcionado o sea de alguna manera inferior al que corresponde a los diputados individualmente considerados” [FJ 12 a)], sin que corresponda a nuestro Guardián de la Constitución reconstruir de oficio las demandas de amparo, supliendo las razones no expuestas por las partes.

ii) El Tribunal Constitucional desestima, en segundo lugar, la queja de amparo del diputado no adscrito recurrente referida a la privación del uso de la palabra en algunos debates plenarios (en el caso concreto, los de totalidad, los de convalidación de los decretos-leyes y los relativos a las propuestas de impulso y a las de pronunciamiento en pleno), porque, ante la justificación de este acuerdo por la mesa de la Asamblea de Extremadura, “no consta en el escrito rector de este proceso un razonamiento que argumentase, teniendo en cuenta todas estas circunstancias de contexto, que la privación del uso de la palabra en esos tres tipos de debates plenarios [le] somete a una posición de infrarrepresentación respecto del resto de diputados, por lo que, de acuerdo a la mencionada doctrina constitucional según la que no ha lugar a que este Tribunal reconstruya de oficio las demandas de amparo (...), esta tercera y última queja debe ser desestimada” [FJ 12 c)].

iii) El Alto Tribunal descarta, en tercer lugar, que se haya producido una lesión de los derechos fundamentales del recurrente al verse excluido de manera absoluta de la presentación de propuestas de impulso, porque, por un lado, la exigencia del “visto bueno del portavoz” para el ejercicio de este tipo de iniciativas parlamentarias “no es un mero requisito formal, sino una previsión sustantiva, en virtud de la que se sustrae

este tipo de iniciativa del acervo de actuaciones parlamentarias que se reconocen reglamentariamente al diputado considerado individualmente”; y, por otro, “y teniendo presente que el diputado no adscrito tiene a su disposición otros medios de control al Gobierno (interpelaciones, preguntas, etc.), la privación de este tipo de iniciativas no le coloca automáticamente en una situación de desigualdad desproporcionada respecto del resto de diputados, no pudiendo este Tribunal hacer en este caso una ponderación más incisiva porque falta en el escrito rector de este proceso una argumentación concreta en este sentido” [FJ 12 b)].

9º) Como contraste al rechazo de estas quejas de amparo, el Tribunal Constitucional estima la referida a que la prohibición absoluta de formulación de propuestas de pronunciamiento en pleno decretada por la mesa de la Asamblea de Extremadura vulnera el derecho fundamental al ejercicio de la función representativa del diputado no adscrito demandante de amparo. Concluye, en este sentido, la mayoría del Alto Tribunal (con la opinión contraria del voto particular disidente formulado por el Magistrado D. Andrés Ollero Tassara) que: “En consecuencia, la mesa, en la medida que en los acuerdos impugnados niega que el recurrente pueda presentar propuestas de pronunciamiento en pleno, le está privando de facultades que, además de ser inherentes a la función representativa, aparecen reconocidas en el reglamento parlamentario a los diputados considerados en forma individual y, por tanto, atribuidas al diputado no adscrito por el art. 39.5 del Reglamento” [FJ 12 b)].

6. A PROPÓSITO DE ALGÚN PROBLEMA CRÓNICO EN LA REGIÓN: LA DEFICITARIA RED EXTREMEÑA DE INFRAESTRUCTURAS

Las deficiencias que Extremadura padece en relación con la red de transportes que conectan a la región con el exterior, pero también entre sus municipios y provincias, constituyen un problema serio que raya la cronificación tanto por la inoperatividad de las soluciones que se

proponen como por los males que aquejan a la Comunidad, materializados en un escaso desarrollo socioeconómico de la sociedad extremeña, y que, sin duda, están asociados precisamente a esta deficitaria red de infraestructuras. A los males que acusan los trenes que pasan por la región hay que añadir las disyuntivas que se están planteando sobre el trazado, o la ejecución en su caso, de importantes autovías que unirían, una, el oeste con el levante español, otra, las capitales de las dos provincias de la región; y a este panorama ha venido a sumarse también el funcionamiento irregular del único aeropuerto con que cuenta la Comunidad Autónoma motivado por problemas de visibilidad a causa de las frecuentes nieblas que, durante una parte del año, cubren los terrenos donde se encuentra ubicada esta infraestructura.

6.1. EL CAOS FERROVIARIO

La caótica situación de las infraestructuras ferroviarias en Extremadura resulta bien conocida para la sociedad regional, que la padece desde hace muchos años. La novedad con la que nos encontramos en los primeros días de enero de 2019 radicó en que, por primera vez, los medios de comunicación nacionales y las redes sociales decidieron hacerse eco durante toda una semana de la vida cotidiana de los viajeros extremeños, que a veces no pueden esquivar el tren para viajar. Y eso, a pesar de que los trescientos kilómetros que separan Cáceres de Madrid se recorren en cuatro horas y los cuatrocientos entre Badajoz y Madrid se hacen en seis.

Extremadura cuenta con 41.634 kilómetros cuadrados de extensión, sin embargo, sólo dispone de 725 kilómetros de vías férreas, todos ellos de vía única, carentes por completo de electrificación y sin un solo servicio de larga distancia. La cantidad de promesas incumplidas por los políticos de todos los colores en relación con las mejoras ferroviarias que nunca llegan contrasta con la situación actual de necesidad real de mejorar el estado de las infraestructuras ferroviarias en Extremadura como vía de desarrollo socioeconómico regional.

La crisis no ha permitido ir a una mayor velocidad en su construcción y los gobiernos competentes han decidido priorizar la puesta en marcha de otros trayectos que, al fin y al cabo, unen a núcleos de población mayores. La decisión portuguesa de paralizar el desarrollo de la alta velocidad hace unos años, cuando la crisis empezó a asolar el país vecino y amigo, tampoco ha ayudado mucho: la conexión ferroviaria entre Madrid y Lisboa, pasando por las capitales extremeñas, dejó de tener interés real. Hasta marzo del 2016 no hubo una mínima reacción política en la región, y tampoco fue mucho mayor la reacción de los grupos sociales más o menos organizados de nuestro territorio. En esta fecha, la Junta de Extremadura, dirigida por el PSOE, firmó con los sindicatos mayoritarios de la región (UGT y CCOO) y con la Confederación Regional Empresarial (CREEX) un Pacto Social y Político por el Ferrocarril en Extremadura, para reclamar al Gobierno central, presidido por Mariano Rajoy, el desarrollo de las infraestructuras ferroviarias de la Comunidad Autónoma. En el mes de mayo siguiente, todos los grupos políticos con representación parlamentaria en la Asamblea de Extremadura (PSOE, PP, Podemos y Ciudadanos) firmaron también un Pacto Político que se adhirió a las reivindicaciones del anterior Pacto Social. Otras fuerzas y plataformas ciudadanas lo harían en las siguientes semanas. Los movimientos ciudadanos también organizaron plataformas reivindicativas: la más conocida es, sin duda, “Milana Bonita”, que, recordando a los personajes de la novela de Miguel Delibes “Los Santos Inocentes”, ha contribuido de manera impagable a dar a conocer, a través de sus caracterizaciones y “performances”, las penurias del ferrocarril extremeño.

A partir de estos mimbres se celebró el día 18 de noviembre de 2017 una concentración de carácter lúdico, además de reivindicativo, en la capital de España bajo el lema “Por un tren digno ya”, que congregó a varias decenas de miles de personas (más de cuarenta mil, según el gobierno regional), llegados desde Extremadura, pero también de otras partes del país, y con una importante representación castellano-manchega (pues Talavera de la Reina y su entorno sufren también las condiciones

penosas del ferrocarril hacia nuestra región). Las reivindicaciones, según se expresó en el manifiesto consensuado entonces por los partidos políticos, los agentes sociales y las administraciones públicas extremeñas, se focalizaron en tres puntos principales: la urgencia de la puesta en marcha de la línea de alta velocidad entre Madrid, Badajoz y la frontera portuguesa; la modernización de la red convencional; y la puesta a disposición de los extremeños de una red moderna de comunicaciones en el interior de la región.

Esta manifestación se volvió a organizar el 18 de noviembre de 2018 en Cáceres, reuniendo a unas veinticinco mil personas según la organización (a unas quince mil en las cifras ofrecidas por la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma). El día anterior el Partido Popular extremeño, partidario de repetir las protestas en Madrid, había convocado, asimismo, una concentración reivindicativa por un tren digno para nuestra región en la capital de España, dado que su máximo dirigente sostenía que “las voces resuenan más en Madrid”. Sin embargo, la propuesta de alzar las voces de los extremeños ante el Gobierno central, entonces presidido por el socialista Pedro Sánchez, no tuvieron eco y la manifestación en la capital de España no tuvo lugar.

Durante esos últimos días de noviembre salió a la luz otra noticia, no obstante, muy inquietante para los intereses regionales: el Primer Ministro luso, D. Antonio Costa, expresaba ante la prensa sus dudas sobre la necesidad de que la conexión ferroviaria de alta velocidad entre España y Portugal se hiciese por Extremadura. Nuestra región ya había visto cómo años antes, en concreto en verano de 2012, se había desplazado la conexión ferroviaria directa entre Madrid y Lisboa, a través del tren Lusitania, a la vecina Comunidad Autónoma de Castilla y León. Para incrementar todavía más la creciente preocupación de una buena parte de la sociedad extremeña, esta cuestión no fue ni siquiera abordada en la XXX Cumbre Hispano-Portuguesa celebrada en Valladolid el 21 de noviembre de 2018.

En 2019, el nivel de reivindicación social sobre esta cuestión se ha ido diluyendo de manera tal que, poco a poco, han dejado de ser noticia de portada los incidentes ferroviarios, quizá porque puedan haber disminuido, para dar paso a notas informativas sobre los avances en la construcción de las infraestructuras ferroviarias. Esta pérdida de interés y actualidad se ha hecho patente con la ausencia de convocatoria este año de la manifestación reivindicativa que se convocaba cada 18 de noviembre desde 2017, gracias al apoyo de todas las instituciones extremeñas, de los partidos políticos más significativos de la región y de amplísimos colectivos sociales, y que contaba con un grandísimo número de asistentes, sobre todo si se tienen en cuenta los reducidos índices poblacionales extremeños. Un silencio que contrasta con la confirmación por parte del Ministerio de Fomento de que los plazos no se van a cumplir y de que habrá un nuevo retraso de dos años.

Esta es la historia del AVE extremeño, una sucesión de plazos que no se cumplen, de fechas que se posponen, de compromisos que caen en el olvido. El pasado mes de junio se adjudicó el primer contrato para la electrificación de la vía del tren en Extremadura. El proyecto completo de electrificación que debería estar listo en 2020 ya ha sido aplazado hasta 2021. Suma y sigue. Y mientras, Extremadura sigue siendo la única Comunidad Autónoma de España sin un solo kilómetro de vía sin electrificar.

Si así está la situación con respecto a la alta velocidad ferroviaria, las cosas tampoco parece que hayan avanzado mucho en relación con el desarrollo del llamado Corredor Atlántico, en el que Extremadura tiene un particular interés.

6.2. LAS CARENCIAS DE LA RED DE CARRETERAS

Las ciudades de Cáceres y Badajoz son de las pocas capitales de provincia en España que no están unidas por una autovía directa. La

iniciativa de reconvertir la carretera regional (la Ex-100), que en la actualidad conecta ambas poblaciones, data de 2006, año en el que la Junta de Extremadura puso en marcha los trámites administrativos. Se plantearon entonces hasta tres corredores distintos; se llegó a elegir el mejor trazado en el año 2008 (aquel que discurre junto a la actual Ex-100); y en marzo de 2009 se publicó oficialmente la declaración de impacto ambiental (DIA) favorable y se aprobaron los proyectos de sus cuatro tramos. A finales de ese año 2009, la Junta de Extremadura y el Ministerio de Fomento firmaron un convenio por el que este último asumiría el coste de la obra que, una vez concluida, pasaría a formar parte de la Red de Carreteras del Estado.

La crisis económica y, con ello, la falta de financiación ha servido de justificación para la inejecución de esta infraestructura “necesaria e importante”, según la Junta de Extremadura, que la ha incluido en el Plan Plurianual de Infraestructuras 2016-2030. Pero, aunque sin fijar plazos por aquello de no incumplirlos, en este 2019 el Gobierno regional ha dado el primer paso para poner en marcha una obra de poco más de 87 kilómetros que no tiene fecha ni de inicio ni de final (aunque se baraja que comience en 2020, nadie se atreve a concretar fechas). En efecto, en abril de 2019, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de Extremadura el acuerdo de cambio de titularidad de la carretera Ex-100 (Cáceres-Badajoz), hasta entonces perteneciente a la Junta de Extremadura, a favor del Ministerio de Fomento, aprobado posteriormente en el Consejo de Ministros y en el Consejo de Gobierno regional (Real Decreto 334/2019, de 26 de abril, y Decreto 44/2019, de 23 de abril). Este traspaso supone que la futura autovía ya no se llamará Ex-A4, y consiguientemente no formará parte del catálogo de la Red de Carreteras de Extremadura. La carretera pertenece ya al Ministerio de Fomento, recobrando su nombre primigenio de N-523, y su denominación final será A-58, quedando integrada en la autovía que une Trujillo y Cáceres que ahora tendrá como destino final Badajoz. Y sobre el Ministerio

de Fomento recaer ahora la responsabilidad de hacer realidad la ansiada autovía entre Cáceres y Badajoz.

El proyecto de autovía que conectará el Atlántico con el Mediterráneo (y que supondrá un eje peninsular Valencia-Lisboa), es otro de los corredores que lleva también más de una década paralizado. Esta Autovía del Levante (que unirá la ciudad más poblada de nuestra región, Badajoz, con Valencia a través de Castilla-La Mancha) tiene pendiente la conexión entre Mérida y Ciudad Real. En esta ocasión, la ausencia de avances en el proyecto de convertir la N-430 en autovía para enlazar en el último tramo con la A-43 obedece a la falta de acuerdo para elegir el mejor trazado, motivado por la discordia latente entre los municipios que pueden verse afectados. Las alternativas sobre el recorrido de la vía son dos: por el norte, atravesando la comarca de La Siberia para llegar a Ciudad Real, y que es la solución que demandan los municipios lindantes de una carretera congestionada por el tráfico pesado a la ciudad manchega; o, por el sur, discurriendo por La Serena hasta conectar con la autovía A-41 en las proximidades de Puertollano, y cuyo trazado mejoraría la conectividad y daría servicio a una zona deprimida. El avance de la despoblación, el desempleo, etc., son otros de los argumentos que esgrimen las partes para resolver una disyuntiva que nadie quiere afrontar de una forma seria y racional.

El posible enfrentamiento que puede generarse entre las diferentes poblaciones afectadas ha llevado al Ejecutivo autonómico a eludir, en efecto, cualquier posicionamiento y a evitar toda declaración a favor de alguna de las dos opciones. Por el contrario, la Junta de Extremadura ha manifestado que la elección del trazado definitivo se hará “en la mesa del Gobierno de España”, y que el Gobierno regional “velará por el interés general, que es como se tienen que tomar las decisiones cuando no van a gustar a todas las partes implicadas” (en palabras textuales de D^a. Isabel Gil Rosiña, portavoz de la Junta de Extremadura). Ya sea por el interés general, ya por echar balones fuera, el caso es que la decisión final sobre el trazado de la infraestructura se ha traspasado al Gobierno central que

deberá ser quien se decante por una u otra opción. Y en este sentido, el Ministro de Fomento, D. José Luis Ábalos, ya ha manifestado que la solución será pactada entre el Gobierno de la Nación y las dos Comunidades Autónomas implicadas. Parecen acrecentarse así las dificultades para salvar la dicotomía de la elección del mejor trazado y superar las luchas territoriales y comarcales. Aquí solo hemos contado las de la región extremeña, imaginamos que la Comunidad castellano-manchega no está exenta de tener que explicar y justificar la elección de la alternativa más conveniente para los intereses de la provincia de Ciudad Real y de la región.

Mejorar la movilidad, la conectividad y la comunicación de los municipios de la región, es, sin duda, de interés general, como también es de general interés velar por que no se produzca el aislamiento de ninguna comarca o contribuir al desarrollo socioeconómico de todo el territorio de la región. No es extraño que se proponga como tercera opción la posibilidad de construir dos infraestructuras distintas, con la conformación de una “y” griega, con la finalidad de conectar las dos vías. Sí sorprende, sin embargo, la poca determinación y el poco arrojo de los responsables políticos, sin ninguna altura de miras, incapaces de discriminar que la solución óptima es realizar la autovía.

6.3. LAS DEFICIENCIAS EN EL TRÁFICO AÉREO

La “nueva etapa” del Aeropuerto de Badajoz, que arrancó en octubre 2018 (con una operatividad bajo la fórmula de Obligación de Servicio Público –OSP–), no ha estado exenta de incidentes. Las noticias sobre la cancelación de servicios, tanto de despegue como de aterrizaje de vuelos, o de su desvío (con el desplazamiento de los viajeros hasta Sevilla en autobús para coger un avión que los llevara a sus destinos o desde la capital andaluza hasta alcanzar su destino en Badajoz) por cuestiones meteorológicas (bancos de niebla) se han sucedido en los inicios y en el final del año 2019, sin que se atisbe ningún remedio en el horizonte.

El hecho de que los vuelos desde Badajoz a Madrid y Barcelona tengan la categoría de OSP ha supuesto la mejora de precios y de horarios posibilitando ir y volver a ambas ciudades en el mismo día. De esta forma, el avión se ha convertido en una alternativa para viajar desde y hacia la Comunidad Autónoma. Los datos confirman el buen momento del aeropuerto extremeño. Según AENA, la empresa pública que gestiona los aeropuertos españoles, durante el año 2019 han pasado por las instalaciones del aeródromo de Badajoz la cifra de 75.418 pasajeros, esto es, un 44,8% más respecto al mismo periodo del año anterior.

Estos datos contrastan, sin embargo, con las continuas noticias a propósito de retrasos de los vuelos debido a las intensas nieblas. Una demoras que ya han hecho alzar la voz a colectivos (como la Conferencia Regional Empresarial Extremeña, CREEX) y formaciones políticas denunciando que estas incidencias repercuten negativamente sobre el buen funcionamiento y evolución del aeródromo pacense, y pidiendo, en consecuencia, soluciones. En este sentido, se reclama un sistema antiniebla más adecuado (como el que ya existe en otros aeropuertos nacionales) para que los aviones puedan aterrizar y despegar cuando acontezca este fenómeno meteorológico tan frecuente en esa parte del territorio extremeño. Desde el Gobierno regional se ha planteado cambiar los horarios en el periodo de mayor niebla, esto es, los meses de diciembre y enero, para que los vuelos del aeropuerto “salgan a horas en las que la niebla haya levantado”.

4. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

Sea como fuere, los problemas de la región con todos los tipos de transporte y, con ello, las dificultades de los extremeños para desplazarse, no cesan. En este contexto, la conclusión general que cabe extraer de la precaria situación en la que se encuentran las redes de comunicación regionales se concreta en una insoportable levedad de la incertidumbre. Y es que, si bien es cierto que construir infraestructuras lleva años, también

lo es que la sociedad extremeña (como cualquier sociedad) se merece saber, y de una vez por todas de verdad, en qué situación se encuentran las obras que efectivamente se hayan planificado, o que se estén ejecutando en su caso, cómo se van a ir desarrollando y cuándo van a terminar (mes arriba o mes abajo, y no una década arriba o una década abajo, que es la medida en la que se manejan las previsiones para nuestra región ya desde el siglo pasado).

Vicente Álvarez García
Área de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público
Universidad de Extremadura
Av. Universidad, s/n.
10003 – Cáceres
vjalvarez@unex.es
<https://orcid.org/0000-0003-1979-603X>

Flor Arias Aparicio
Área de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público
Universidad de Extremadura
Av. Universidad, s/n.
10003 – Cáceres
florarias@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-9822-8905>

Enrique Hernández Díez
Área de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público
Universidad de Extremadura
Av. Universidad, s/n.
10003 – Cáceres
ehernandezdiez@unex.es
<https://orcid.org/0000-0003-3112-8704>

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS



Fernando BERMEJO BATANERO, dir. *Historia Jurídica de la Integración Europea*. Madrid: Dykinson, 2019, 212 pp. ISBN: 978-84-1324-382-5

Robert Schuman, ministro francés de Asuntos Exteriores, considerado como el arquitecto del proyecto de integración europea, el 9 de mayo de 1950 pronunció su célebre discurso en el que se sitúa el origen las Comunidades Europeas. Desde el punto de vista simbólico, sobresale la relevancia del proyecto de Schuman, ya que, desde 1985, el 9 de mayo se celebra el Día de Europa en conmemoración de su discurso. Como es sobradamente conocido, cinco años después de la finalización de la II Guerra Mundial los Estados europeos todavía estaban intentando superar sus terribles consecuencias. En cooperación con Jean Monnet (otro de los pioneros del proceso de integración europeo), Schuman propuso la creación de una autoridad europea encargada del control conjunto de la producción de carbón y acero, las materias primas más importantes de la industria de armamentos. En un histórico discurso, con numerosas citas célebres, Schuman señala cómo “*Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho*”.

De este modo, rememorando el famoso discurso de Schuman, queda acreditado cómo el proyecto de construcción europea es fruto de un largo, complicado e inconcluso proceso que es el resultado de procelosos vaivenes históricos. En estos términos, resulta de indudable relevancia la obra aquí reseñada y que representa un buen ejemplo de colaboración

fructífera entre el profesorado de diversas universidades públicas españolas (Universidad de Extremadura, Universidad Rey Juan Carlos, Universidad de Alicante, Universidad Complutense de Madrid y Universidad de Granada), pertenecientes a las áreas de Historia del Derecho, Derecho Constitucional e Historia Contemporánea.

La elaboración de un manual de estas características supone un verdadero desafío para los autores, ya que el resultado debe reunir claridad expositiva y rigor científico, en un equilibrio difícil de lograr. El manual recensionado ha conseguido sobradamente este objetivo, exponiendo a través de doce lecciones una evolución cronológica del proceso de integración europeo.

Entrando a presentar los contenidos de la obra, en los primeros temas los autores se aproximan a los orígenes históricos de los movimientos europeístas. En el Tema 1, el Profesor Sánchez-Lauro analiza cómo el Humanismo, la Ilustración y el Romanticismo son movimientos culturales, políticos y jurídicos y su influencia en los movimientos europeístas. En el Tema 2, el Profesor Chaves Palacios aborda los antecedentes más inmediatos del proceso de integración europea, centrándose en el período de entreguerras y destacando cómo en la Sociedad de Naciones, a pesar de su fracaso, se sucedieron propuestas que, sin duda, “asentaron los cimientos del proceso de integración europea iniciado tras 1945” (p. 40). Siguiendo el discurso cronológico, en el Tema 3 el Profesor Martínez Cristóbal expone cómo la idea de una Europa unida adquiere especial relevancia durante la Segunda Guerra Mundial. De esta forma, a pesar de los fracasos de los ideales europeos durante la primera mitad del s. XX y que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial, al finalizar el conflicto “los proyectos de creación de una Europa unida fueron ganando apoyos y se extendió rápidamente culminando con el Movimiento Europeo en el Congreso de La Haya de 1948”.

Como se ha mencionado al principio de la presente reseña, es después de la Segunda Guerra Mundial cuando comienzan a cristalizar los

proyectos de integración europea. Así, en el Tema 4, el Profesor Bermejo Batanero expone con detalle cuáles fueron los diferentes proyectos de cooperación e integración que se sucedieron en Europa en la década inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial (1945-1954). Los principales avances alcanzados durante este período giraban en torno a dos ideas fundamentales, que se asumieron conjuntamente: en primer lugar, conseguir una paz duradera y, en segundo lugar, lograr una prosperidad extensible a toda la sociedad europea (p. 79). A pesar de estos avances, en este período también se constatan las dificultades del proceso de construcción europea, con importantes fracasos, entre los que destaca la Comunidad Europea de Defensa.

El decenio siguiente del proceso de integración europeo (1954-1963), analizado por los Profesores Sánchez Aranda y Orza Linares, ya viene caracterizado por acciones en el plano convencional, con la creación de las Comunidades Europeas, que se desarrolla con importantes dificultades, como la negativa francesa a la incorporación de Reino Unido y el escenario internacional de Guerra Fría (pp. 96 y 97). Esta situación de paralización se extiende a la década de los sesenta, analizada por el Profesor Ruiz Rodríguez en el Tema 6. Los elementos que condicionaron durante este período el proceso de integración fueron: un cambio en la posición francesa, hacia posturas menos europeístas, llegando incluso a abandonar las reuniones del Consejo y del Comité de Representantes Permanentes como consecuencia de las negociaciones sobre la Política Agraria Común; la particular posición de Reino Unido y la creación de la Asociación Europea de Libre Comercio y, por último, la continuidad de las tensiones en el escenario internacional con la época más grave de tensiones entre Estados Unidos y la Unión Soviética.

A pesar de que no se lograron los objetivos más ambiciosos, durante la década de los setenta, abordada por la Profesora Ferrer Martín de Vidalés en el Tema 7, se dieron algunos pasos decisivos imprescindibles para la consolidación del proyecto comunitario. Así, se instauró la denominada Cooperación Política Europea, se produjo la primera ampliación, con las

incorporaciones de Reino Unido, Dinamarca e Irlanda (Noruega rechazó su incorporación en referéndum); se produjo la primera elección por sufragio universal directo del Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia estableció principios estructurales del Derecho Comunitario: la protección de derechos fundamentales, la igualdad y no discriminación, la libre circulación de mercancías o el principio de primacía.

El Acta Única Europea, examinada en el Tema 8 por la Profesora Soriano Moreno, supone un revulsivo al estancamiento del proceso de integración (p. 137), no tanto por los cambios que introduce, sino por ser el antecedente directo e imprescindible de las modificaciones estructurales incorporadas con el Tratado de Maastricht. Así, se introducen cambios en la toma de decisiones del Consejo, aumentando los supuestos en los que éste decide por mayoría cualificada; se avanza en el reconocimiento institucional del Consejo Europeo, se refuerza la posición del Parlamento Europeo, se aumentan las competencias de ejecución de la Comisión Europea y se configuran las bases para la constitución del Tribunal de Primera Instancia (actual Tribunal General). De este modo, como acertadamente señala la Profesora Soriano Moreno, aunque no se concede al Acta Único Europea “una especial virtualidad a la hora de abordar el proceso de construcción europea, el momento en el que se inicia su elaboración y los primeros pasos que se lleva a cabo son fundamentales para entender la Unión Europea tal y como la conocemos actualmente” (p. 142). Además, no debe olvidarse que, con fecha de 1 de enero de 1981, se produce la adhesión de Grecia.

En los términos expuestos, el Acta Única Europea supuso el antecedente inmediato del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht) de 1992, analizado por los Profesores Camisón Yagüe y Villalba Clemente. Como bien apuntan los autores, además de los profundos cambios introducidos, el Tratado ve aumentada su relevancia al ser adoptado en un contexto de grandes cambios históricos, con la caída del Muro de Berlín y la consecuente desintegración de la Unión Soviética. Además, con efectos de 1 de enero de 1986 se produce la incorporación de España

y Portugal a las Comunidades Europeas. Como ejemplos de los cambios esenciales establecidos por el Tratado de Maastricht pueden citarse: la creación de la Unión Europea, la implantación de la estructura en pilares con la aparición de las políticas intergubernamentales en materia de política exterior y de cooperación en asuntos de justicia e interior, el establecimiento del Sistema Europeo de Bancos Centrales y la creación de la Unión Económica y Monetaria, el aumento de poderes del Parlamento Europeo, la ampliación del número de decisiones a adoptar por mayoría cualificada en el Consejo y la creación de la ciudadanía europea. En definitiva, este Tratado “sentó las bases del proyecto europeo tal y como lo conocemos hoy, de modo y manera que los Tratados que le han seguido (Ámsterdam, Niza y Lisboa), han introducido grandes y significativos cambios, pero formalmente no son sino Tratados de reforma de este Tratado de Maastricht”.

En concreto, los cambios introducidos por el Tratado de Ámsterdam, junto con la implementación de la Unión Económica y Monetaria constituyen el objeto del Tema 10 elaborado por la Profesora Lasa López. De este modo, la Profesora Lasa López analiza las tres etapas de construcción progresiva de la Unión Económica y Monetaria, así como su desarrollo institucional la creación del Sistema Europeo de Bancos Centrales y el Banco Central Europeo, como institución competencia en materia de política monetaria. Asimismo, en este Tema, se pone el acento en el desarrollo de una política social europea, con la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los Trabajadores y la adopción del Protocolo número 14 sobre Política Social. Las modificaciones acontecidas en el primer decenio son analizadas, en el Tema 11, por el Profesor García Ortiz. Como señala el autor de este Tema, “la primera década del siglo XXI estuvo marcada por un profundo debate sobre el futuro de la UE. Asumida la integración como un proyecto sin retorno, la Unión había de enfrentarse a los dilemas dicotómicos de profundización o ampliación, supranacionalidad o intergubernamentalidad, mantenimiento de una lógica internacional o adopción de una perspectiva constitucional” (p. 180). En este Tema se abordan cuestiones

trascendentales como: la adopción del Tratado de Niza y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la “gran ampliación” a los Estados de Europa del Este, el fallido por el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y la consecuente crisis institucional y su salida a través del Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

El carácter evolutivo y dinámico del proceso de integración queda reflejado de manera especialmente significativa en el Tema 1,2 en el que los Profesores Barroso Márquez y Moreno González abordan la segunda década del S. XXI. En este Tema se analizan dos de los problemas más actuales de la Unión: en primer lugar, la crisis económica y las principales respuestas europeas; en segundo lugar, el Brexit, como primera vez en la que un Estado miembro decide abandonar el proceso de integración.

Precisamente este carácter dinámico del proceso de integración, unido a la certeza en el planteamiento de la obra, debe impulsar al Profesor Bermejo Batanero a continuar con la labor en futuras ediciones. Se pueden incorporar, así, aspectos como: la crisis migratoria, la posición de la Unión Europea ante el cambio climático, la Unión Europea ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible, la cooperación reforzada en materia de Política Común de Seguridad y Defensa, entre otros aspectos.

En definitiva, la obra reseñada cumple, sin lugar a dudas, con el principal objetivo que debe perseguir un manual de estas características, como es ser una herramienta de utilidad para el alumnado en el conocimiento, no siempre fácil, de los aspectos esenciales que conforman el proceso de construcción de la Unión Europea.

JORGE URBANEJA CILLÁN
Área de Derecho Internacional Público y Relaciones internacionales
Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Penal
Universidad de Alicante

Juan Antonio GÓMEZ GARCIA. *Derecho y analogía. Estudios de hermenéutica jurídica*. Madrid: Editorial UNED, 2017, 166 pp. ISBN: 978-84-362-7283-3

La hermenéutica analógica del filósofo mexicano Mauricio Beuchot es una de las filosofías más interesantes de los últimos años, sobre todo en América Latina. La propuesta de Beuchot constituye una propuesta filosófica integral que parte de una amplia tradición de pensamiento. Esta tradición pudiera denominarse analógica se inicia en Aristóteles y el aristotelismo, pasa por la Escolástica medieval de cuño tomista, y que se desenvuelve a lo largo de la Modernidad a través, por el ejemplo, del Barroco novohispano. Por último, continúa en ciertos autores contemporáneos que han tenido presente en su pensamiento a la analogía, como Charles Sanders Peirce y Hans-Georg Gadamer.

En España, la hermenéutica analógica está experimentando un cierto predicamento, en lo que respecta específicamente a la Filosofía jurídica, entre algunos académicos del Departamento de Filosofía jurídica de la Facultad de Derecho de la UNED, del cual forma parte el autor del libro que nos ocupa, el profesor Juan Antonio Gómez García.

El relativismo jurídico imperante, donde se empieza ya a hablar abiertamente de derechos más que de Derecho, y el abandono de cualquier tentativa de fundamentación ontológica de lo jurídico, exigen nuevos modos de pensarlo si se quiere evitar un equivocismo conceptual que haga imposible articular un mínimo discurso unitario ante la cuestión (central en la Filosofía jurídica) ¿qué es lo jurídico? Aquí es donde toma auténtico sentido la hermenéutica analógica como Filosofía del Derecho; y este es precisamente el empeño que mueve el libro del profesor Gómez.

En efecto, el planteamiento y el desarrollo inicial de una ontología jurídica, a la luz del pensamiento analógico, y la aplicación de este modo de pensar el ser jurídico bajo la analogía a las sociedades actuales, constituyen los propósitos fundamentales de esta obra. La hermenéutica

jurídica, en tanto que Filosofía del Derecho (no solo como metodología jurídica, donde se habla de la analogía como simple recurso técnico para salvaguardar la sistematicidad del ordenamiento jurídico en el caso de lagunas jurídicas), adolece en nuestro país, desgraciadamente, de una acogida y de un desarrollo acordes con la enorme importancia que tiene esta manera de entender lo jurídico. Esta circunstancia está repercutiendo hoy, en buena medida, en una trivialización de las cuestiones filosóficas fundamentales en torno al Derecho. El imperio teórico y práctico del positivismo jurídico durante tantos años, y el ramplón iusnaturalismo de corte idealista (que, por lo demás, cada vez está ido perdiendo más presencia en la escena académica), han significado que los filósofos del Derecho españoles hayan apartado completamente su preocupación de tales cuestiones iusfilosóficas fundamentales. En este orden de ideas, el presente libro representa una muy interesante tentativa de recuperar una auténtica perspectiva filosófica (en tanto que ontológica) sobre lo jurídico, tratando de actualizarla al nuevo contexto que nos está tocando vivir. Por lo tanto, se trata de renovar, pero sin renunciar al ineludible legado de la tradición heredada de uno de los principales modelos de la Filosofía clásica como es el pensamiento analógico de inspiración aristotélica.

Desde esta tentativa de renovación ontológica de lo jurídico, en esta compilación de siete estudios, el autor abre la puerta y sienta las bases para fundamentaciones específicas en el campo de la Ética jurídica, de la Teoría de la Justicia, de la Teoría del Derecho, de la Teoría de la interpretación y de la argumentación jurídicas, de los derechos humanos, de la metodología jurídica, etc.... Asimismo, en el último estudio, somete a crítica una de las más pujantes y exitosas filosofías jurídicas actuales, como es el modelo procedimentalista de Jürgen Habermas, dialogando con él desde la hermenéutica analógica. En todo caso, como decimos, se trata de planteamientos y bases filosóficas, lo cual resulta altamente interesante en la actualidad, donde es habitual que se postulen discursos pretendida y supuestamente filosóficos sin dejar claro desde qué y desde

dónde se está hablando. Así pues, todo el caudal de ideas y reflexiones contenidos en el presente libro (esperamos) será objeto de desarrollos más profundos en ensayos venideros por parte del profesor Gómez, o por parte de otros autores que tengan su centro de interés en hacer auténtica Filosofía del Derecho en los tiempos actuales.

Por último, es de reseñar que el libro cuenta con un prólogo muy útil de Mauricio Beuchot, y con una exhaustiva bibliografía final que recoge sintéticamente la literatura actual más interesante sobre sus temáticas nucleares. La edición de la editorial de la UNED (en el seno de su colección dedicada a Ciencias jurídicas y sociales) está formalmente muy cuidada, lo cual lo hace agradable de leer, siendo muy de agradecer, además, que la edición sea en formato e-book.

MANUEL LÁZARO PULIDO
Departamento de Filosofía
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Miguel GRANDE YÁÑEZ. *Filosofía del derecho hermenéutica*. Madrid: Tecnos, 2018, 205 pp. ISBN: 978-84-309-7443-6.

No son pocas las obras que en los últimos años han abordado la relación entre Hermenéutica y Derecho, relación que propicia el pensamiento de Gadamer en el que la incursión jurídica es manifiesta. Ahora bien, la obra que reseñamos propone la posibilidad ambiciosa de abrazar toda una corriente de Filosofía del Derecho con sus propios contornos y sin deudas intelectuales de otro cariz, asentada en la Hermenéutica como filosofía fundamental. Por ello, el libro en una primera parte se esfuerza en mostrar las nítidas posibilidades de esta corriente fundadora del Derecho, recurriendo para ello a la profundización de la interpretación como interpretación de la interpretación. Esta tarea define la cosmovisión jurídica en la que el juez en su subjetividad ética se muestra protagonista. Para este cometido la obra del profesor Grande no se contenta con el clásico recurso hermenéutico a Gadamer, sino que prolonga su legado textual en la problemática de la acción como interpretación existencial moral que faculta el pensamiento de Ricoeur.

De otro lado, en la segunda parte de la obra se acoge el problema iusfilosófico como una metodología jurídica en la que los avances de Lorenz, Esser y Hassemer son insuficientes si nos percatamos del alcance de la facticidad. El Derecho se convierte así en una disciplina en que la solución de conflictos fortalece su ontología, mientras que se aleja de otros enfoques más basados en el legislador como ideólogo. A ello contribuye el papel decisivo que en la aplicación interpretativa del sujeto judicial adquiere la interpretación aplicativa como plenitud. El sentido supone ahondar en la convicción, en su justificación y responsabilidad. Y en esta reflexión hermenéutica jurídica surge la presencia existencial de la idea de la autocomprensión por la alteridad. El sí mismo interpreta la urgencia fáctica del otro, con la que se compromete no tanto como un juicio de imparcialidad formal, sino de ayuda a la necesidad de reparar la injusticia.

Significar, finalmente, cómo en esta obra la norma jurídica no resulta relegada sino reubicada atendiendo al protagonismo de la metodología de la facticidad y del redescubrimiento de la justicia despojada de los contenidos apodícticos del Derecho Natural, y refugiada en la equidad de la subjetividad. El Mundo no se contempla de espaldas a la persona, sino en la síntesis entre sujeto y objeto.

MANUEL LÁZARO PULIDO
Departamento de Filosofía
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Lucía MORENO GARCÍA. *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, 584 pp. ISBN: 978-84-9190-604-9

Me atrevería a afirmar que no ha habido año ni mes, desde mayo de 2013, en el que no sea noticia alguna resolución judicial declarando la nulidad de una determinada cláusula contractual por considerarla abusiva. Y es que el régimen jurídico de las *cláusulas abusivas* ha sido uno de los asuntos de discusión jurídica más trascendentes y con más implicaciones de los últimos años. No en vano, han sido numerosísimas las resoluciones judiciales dictadas en materia de cláusulas abusivas procedentes de distintos tribunales, tanto nacionales como supranacionales. Este hecho ha conducido a que los tribunales no hayan ofrecido una respuesta armonizada al fenómeno de las cláusulas abusivas. Del mismo modo, el legislador se ha visto compelido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a acometer diversas reformas legales de urgencia para adaptar nuestra normativa interna a la Directiva Europea 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La trascendencia jurídica que han adquirido las cláusulas abusivas en los últimos tiempos es una de las consecuencias que ha provocado el consumo masivo de bienes y servicios que impera en nuestra sociedad. De hecho, ha sido una práctica habitual que las cláusulas contractuales no se negocien con los consumidores o usuarios, sino que sean impuestas directamente al consumidor por el empresario o profesional. Frente a esta realidad, nuestro ordenamiento jurídico no ha contado –en nuestra opinión– con una legislación tuitiva eficaz, siendo insuficientes los textos legislativos sobre la materia para combatir los excesos de la contratación en masa, especialmente en el ámbito de la contratación bancaria. Téngase en cuenta que son numerosas las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han puesto de manifiesto la insuficiencia de la legislación española en cuanto a la incorporación de medios apropiados

y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En el ámbito procesal, encontramos una realidad similar por cuanto la Ley de Enjuiciamiento Civil no prevé un tratamiento procesal, específico y uniforme, de las cláusulas abusivas. De hecho, las previsiones sobre las cláusulas abusivas se han ido introduciendo paulatinamente en el texto de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil a “golpe” de sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con motivo de la interpretación de la Directiva Europea 93/13. Por lo tanto, cuando se aborda el régimen jurídico de las cláusulas abusivas nos encontramos un panorama, legislativo y jurisprudencial, de constantes cambios.

Las consideraciones precedentes han provocado que la doctrina científica se afane en encontrar respuesta a la multitud de preguntas de índole práctica suscitadas en este ámbito. Pues bien, no es casualidad que el estudio que presentamos al lector aborde un tema jurídico tan complejo y controvertido como el de las cláusulas abusivas. Pero el estudio que afronta la Profesora Moreno García no es uno más, en tanto que aborda –por vez primera en la doctrina científica– el tratamiento de las cláusulas abusivas en Derecho español de una forma integral, aunando el tratamiento sustantivo y procesal de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La obra que es objeto de esta recensión aparece estructurada en tres grandes capítulos.

En el primer capítulo, titulado “*Régimen jurídico-sustantivo de las cláusulas abusivas*”, la Profesora Moreno García aborda el análisis de los aspectos sustantivos de las cláusulas abusivas. En primer lugar, se pone de manifiesto la relatividad del propio concepto de “cláusula abusiva”. Tras ello, delimita el concepto de “cláusula abusiva” dispuesto en la normativa tuitiva de los consumidores y usuarios. A este respecto, la autora analiza los distintos elementos integradores de dicho concepto: subjetivo, objetivo y formal.

En lo que respecta al elemento subjetivo del concepto de “cláusula abusiva”, se determina, por un lado, quiénes pueden ser considerados consumidores o usuarios en el Derecho español y, por otro, quiénes pueden ostentar la condición de “predisponente” de una cláusula contractual. Tras ello, se aborda el análisis del elemento objetivo de las cláusulas abusivas, lo que supone para la autora analizar los criterios y parámetros del control de abusividad dispuesto en el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Una vez que la Profesora Moreno García analiza el control de contenido de las cláusulas contractuales, dedica un apartado específico al análisis de los supuestos singulares de las cláusulas referidas al “objeto principal del contrato”. El último elemento que aborda del concepto de “cláusula abusiva” es el elemento formal, referido al procedimiento contractual seguido para la incorporación de la cláusula al contrato. Ello lleva a la autora a analizar las condiciones generales de la contratación, las cláusulas predispuestas en contratos particulares y las prácticas empresariales “no consentidas expresamente” por el consumidor o usuario.

Delimitado el concepto de “cláusula abusiva”, la Profesora Moreno García efectúa una clasificación de las cláusulas que los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios consideran, *ex lege*, abusivas. Para efectuar dicha clasificación la autora ha optado por atender al contenido, sustantivo o procesal, de las cláusulas dispuestas en tales artículos.

Como colofón al capítulo primero, la autora analiza los efectos derivados de la declaración de abusividad de la cláusula contractual. De manera concreta, determina la modalidad de ineficacia que conlleva tal declaración y aborda la problemática delimitación de qué constituye la “integración” de la cláusula abusiva.

El capítulo segundo lleva por título “*Poderes de actuación procesal respecto de las cláusulas abusivas*”, pudiendo distinguir dos grandes apartados. En el primero, la autora se refiere al control de oficio de las

cláusulas abusivas, mientras que en el segundo aborda los posibles comportamientos de la parte procesal respecto de estas cláusulas.

En lo que respecta al *control judicial de oficio* de las cláusulas abusivas, la Profesora Moreno García aborda la naturaleza y el fundamento de dicho examen jurisdiccional con base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, la autora viene a destacar la singularidad que este control de oficio presenta en nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto su tratamiento procesal se aproxima al de los presupuestos procesales. A continuación, la Profesora Moreno García analiza los presupuestos que han de concurrir para que el órgano jurisdiccional tenga la obligación de efectuar el control de oficio de las cláusulas abusivas. A este respecto, se analiza la necesidad de que el órgano jurisdiccional disponga de los elementos de hecho y de Derecho que abonen la abusividad como posible y la necesaria audiencia a las partes procesales cuando el juez aprecie el posible carácter abusivo de una cláusula contractual. Tras ello, se efectúa un estudio de los límites que presenta el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas.

En relación con las posibles *actuaciones de la parte procesal* respecto de las cláusulas abusivas, la Profesora Moreno García realiza un análisis de los distintos instrumentos de tutela procesal de los consumidores y usuarios que atiende a la naturaleza de la tutela jurisdiccional que se pretenda; sea declarativa, ejecutiva o cautelar.

La autora comienza con el estudio de las distintas *acciones y defensas* que tiene el consumidor en el proceso declarativo. Con dicha finalidad, la Profesora Moreno García analiza las posibles acciones individuales que el consumidor afectado por una cláusula abusiva puede ejercitar, así como el ejercicio de acciones colectivas por los sujetos legitimados para ello *ex artículo 11* de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En particular, la autora destaca la problemática del sistema de acciones de tutela colectiva dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, y aborda la relación de las acciones de tutela colectiva con las acciones individuales de los

consumidores. Además, se estudia la posible intervención de los consumidores en los procesos entablados por asociaciones de consumidores y usuarios, y el posible alcance de dicha intervención. Tras ello, la profesora Moreno García analiza la posibilidad de invocar la abusividad de una cláusula contractual como mecanismo de defensa por el consumidor demandado.

En esta parte de la obra, la autora dedica un apartado a los requisitos de la sentencia que se dicte sobre el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, haciendo hincapié en las reglas especiales contenidas en los artículos 221 y 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En segundo lugar, la Profesora Moreno García analiza las posibles defensas del consumidor en el marco de un proceso de ejecución. Principalmente, aborda el estudio de la oposición a la ejecución basada en el carácter abusivo de una cláusula contractual, que es un motivo de oposición material o *de fondo*. Asimismo, la autora se cuestiona la posibilidad de suspender la ejecución por la pendencia de un proceso declarativo sobre la abusividad de cláusulas relevantes para la ejecución. Además, la autora se refiere –sucintamente– a la posible implicación en materia de consumidores y usuarios de la pretendida falta de legitimación activa del cesionario de un crédito.

El apartado sobre las actuaciones de la parte procesal respecto de las cláusulas abusivas finaliza con el análisis de las posibilidades que tiene el consumidor o usuario de alegar la abusividad de una cláusula contractual en el marco de la tutela cautelar. Para ello, la Profesora Moreno García diferencia dos situaciones: una, cuando el solicitante de la medida cautelar es el consumidor y el objeto de la medida que pretende está relacionado con la cláusula contractual que estima abusiva y, otra, cuando el consumidor alega la abusividad de la cláusula contractual con motivo de la oposición a la petición de tutela cautelar del empresario o profesional.

En el capítulo tercero, titulado “*Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, la autora aborda el estudio de las normas sobre cláusulas abusivas dispuestas en las regulaciones de procedimientos concretos, así como otros procedimientos que, aun no contando con una regulación específica sobre cláusulas abusivas, la práctica judicial de los últimos años confirma la existencia de un tratamiento procesal particular. Para analizar las referidas singularidades, la Profesora Moreno García ha optado por sistematizar los procedimientos conforme a su disposición en la ley procesal. Siguiendo esta estructura, examina, en primer lugar, las normas sobre cláusulas abusivas previstas en los procesos de ejecución ordinaria e hipotecaria; y, en segundo lugar, el tratamiento de las cláusulas abusivas en el proceso monitorio y en el juicio cambiario.

Merece ser destacada la abundancia de las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales empleadas por la Profesora Moreno García en su obra; hecho que corrobora la calidad y transcendencia práctica de su monografía. En lo que se refiere a las fuentes legales, la autora ha analizado tanto normas sustantivas como procesales, y normas de los ámbitos europeo y nacional. Para ello, la autora ha partido de la regulación contenida en la Directiva Europea 93/13, conforme a la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tras ello, la autora analiza nuestras leyes nacionales, principalmente, la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como los aspectos contemplados en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En cuanto al análisis jurisprudencial, la Profesora Moreno García ha prestado especial atención a las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por su indudable transcendencia. En relación con nuestros tribunales, la autora no sólo ha analizado los pronunciamientos dictados por el Tribunal Supremo sino también, las resoluciones más importantes de nuestras Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia sobre la materia. En definitiva, la abundante jurisprudencia

consultada por la autora pone de manifiesto la relevancia práctica que presenta la materia objeto de su monografía.

Respecto de la doctrina científica, hemos de señalar que la Profesora Moreno García se ha apoyado en la doctrina más autorizada, procesal y sustantiva –civil y mercantil–. Basta con consultar el anexo bibliográfico de su obra para darnos cuenta del volumen de información que la autora ha manejado, lo cual ha redundado en la calidad de su trabajo y en las certeras conclusiones que arroja sobre el tratamiento sustantivo y procesal de las cláusulas abusivas.

En suma, la obra de la Profesora Moreno García merece ser destacada como una auténtica referencia en el ámbito de los estudios sobre contratación civil y mercantil, siendo una muestra más de su capacidad investigadora y de su inteligencia a la hora de afrontar y resolver cuestiones jurídicas controvertidas. Además, la obra que presentamos se erige en una herramienta útil para todos los operadores jurídicos, al afrontar los problemas de aplicación e interpretación que suscitan las cláusulas abusivas en la práctica forense.

JESÚS CONDE FUENTES
Área de Derecho Procesal
Departamento de Derecho Público
Universidad de Extremadura

Gabriel MORENO GONZÁLEZ. *La democracia humanista*. Sevilla: Editorial Athenaica, 2020, 200 pp. ISBN: 978-84-173-2595-4

La lógica de la ciencia jurídica, en notabilísimas ocasiones, es insuficiente por sí sola para comprender la vastedad de una realidad con la que, sin embargo, el jurista ha de lidiar en tanto es móvil de búsqueda de la prosperidad de las sociedades. Adecuando la conceptualización aristotélica, habría de ser el humanismo la nueva “intelección de intelección” (*noésis noeséos*) que actuara como motor de aquellos que, versados en Derecho, sin mermar el rigor propio de la ciencia, amplían sus miras más allá de lo jurídico en pos de una democracia plena; una democracia humanista.

En la obra aquí recensionada encontramos un riguroso estudio que, desde la humildad de su planteamiento, da sentido al porqué de la acción política orientada hacia la búsqueda y defensa de la democracia, aun y especialmente en tiempos de cólera. Gabriel Moreno González construye “*La democracia humanista*” desplegando las características del humanismo y afrontando sus crisis y embates actuales mediante la reformulación de la dignidad, el afán de perfección humana y cultivo de la virtud pública en libertad y el principio de unidad en la diversidad del género humano. Epiloga el autor con un *Somnium* donde Petrarca, Borges y Madame de Staël claman, desde un mirífico optimismo, por “mantener alta la llama de Prometeo” en un mundo donde la inhumanidad se pretende abrir paso en el *Mare Nostrum*.

La primera parte de la obra está dedicada al análisis de los rasgos caracterizadores del humanismo. El primero de éstos nace al considerar la carencia de una dignidad que vincule a la persona en las primeras teorizaciones clásicas del movimiento, desde la República romana. No es adventicio, como acertadamente se refleja, que el giro antropocentrista del Renacimiento sea coetáneo de un humanismo que ensalzó al sujeto y a la dignidad de éste abanderando la transición de la Edad Media a la Moderna y haciendo converger el legado antiguo de manera paulatina,

desde Cicerón hasta el Platón de San Agustín pasando por Vitoria o Francisco Suárez, en aras de alcanzar la idea universal de dignidad humana (*dignitas hominis*) de Pico della Mirandola, que se desprende del trascendentalismo, siendo inmanente pero no materialista, autónoma pero no individualista y secular pero no atea. Esta nueva conceptualización será fuente intelectual de las primeras declaraciones de derechos y, subsecuentemente, de los primeros experimentos constitucionales que las sucedieron.

Se caracteriza el humanismo en segundo lugar por la aspiración a la perfección y el cultivo de la virtud pública en libertad. Se ilustra como paradigma de este hecho el ingenioso hidalgo de la Mancha, quien ante un mundo marchito alumbra un optimismo individual que no es otra cosa que la necesidad humana de enriquecerse espiritualmente por la vía de la cultura en su sentido normativo.

En directa relación con los anteriores, el tercer atributo definitorio es la tendencia a la unidad humana en la diversidad del ser, *conditio* de la propia humanidad. Esa unidad universal es buscada por el humanismo en el propio sujeto, no en la naturaleza que lo condiciona y rodea. Así pues, se deja de lado la concepción imperial del reino final sobre la tierra para abrazar un núcleo de comunión y copertenencia, que alejado de la uniformidad sobre la diferencia se fundamenta, como advirtió Chesterton, en un sustrato común, cultural y retórico inherente a nuestra condición.

La efectiva realización de estas tres características se vio ensombrecida por los embates de un capitalismo con una afección cada vez mayor a lo largo del siglo XIX y, especialmente, por las tragedias que asolaron a la humanidad en la primera mitad del siglo XX. Tras la advenediza II Guerra Mundial, con la llegada de los nuevos proyectos de paz supraestatales y los avances del Estado social de posguerra, a pesar de cuya porfía no se pudo completar el ideal humanista, el proyecto parecía afrontar un clima menos desfavorable pero marcado por los nuevos

planteamientos de los tres maestros de la sospecha (en palabras de Ricoeur: Marx, Freud y Nietzsche).

El autor nos recuerda que la crisis actual del Estado Social, la mutación de sus estructuras, los ritmos existenciales de las personas sumidas en la posmodernidad y la mercantilización del mundo han llevado al ser humano al desprecio de los saberes humanísticos en favor de la especialización práctica y la dedicación *quasi* absoluta a la búsqueda del beneficio económico mediante la actividad industrial o laboral, convirtiendo al hombre posmoderno, en palabras de Byung-Chul, en un ser “no muerto”, pero tampoco vivo. Es por ello por lo que Moreno González aboga por una democracia humanista que parta de la educación, con base en la dignidad humana y, como sostiene Nussbaum, alejada del estrecho panorama nacional, a fin de mejorar la condición ética y moral de los seres y promover la virtud pública. Esas finalidades últimas, que no son sino el contenido de una vida humanista desarrollada en el seno de una comunidad política, requieren de un Estado, una Constitución y unas instituciones también humanistas tanto en principios y mandatos cuanto en el modo de alcanzarlos y garantizarlos. Para ello, la humanización del Derecho y la creación del *nomos* han de manar, necesariamente, del respeto al hacer colectivo de la comunidad.

La segunda parte del libro se focaliza sobre el humanismo integral. Lo hace a través de la recuperación tomista de la persona, en tanto la dignidad integral de los seres humanos aparece en los textos constitucionales de la posguerra como el fundamento primero y mínimo indisponible del que se alcanzan cualesquiera derechos o libertades públicas. Por ello es necesario que la acción de la *polis* esté orientada a los fines de la persona (que para Gabriel Moreno debe seguir la concepción tomista-maritiana) y no al contrario. Esta dignidad se define más por lo que no es, es decir, por las situaciones que tienden a negarla, que por lo que teóricamente debe ser.

El autor limita con dos parámetros la concepción de dignidad integral, que tiene que resultar la piedra angular del fundamento inmanentista de la democracia humanista: por un lado, *la prudencia en la memoria*; y, por otro, *los límites imaginados*. La relevancia del conocimiento histórico debe ser tomada en consideración para conducir y cercar las experiencias pasadas a través de la conciencia y la memoria de las acotaciones propias del género humano. En este sentido, la predilección del humanismo por quienes nos han precedido pudiera parecer un sesgo conservador insalvable, mas no se basa en cosa distinta, como afirmara Gregorio Luri, a la historia leyendo el presente.

Sentadas estas bases y con la modernidad líquida de Bauman de trasfondo, Moreno analiza la amenaza del transhumanismo, que, como clarifica, pretende aplicar los últimos avances tecnológicos y científicos al propio ser humano con el objetivo de aumentar su grado de perfeccionamiento no a su virtud pública o a su maduración intelectual o cultural, sino a su soporte vital: cuerpo y materia, alejado de cualquier consideración ética o moral. Un paso más allá, el posthumanismo rechaza expresamente las tres características clave del humanismo ya enunciadas, considerando al ser humano un animal más con pretensiones materiales. Frente a estos postulados, recuerda acertadamente el autor que la dignidad puede servir de parámetro ético y de límite infranqueable para el ideario transhumanista, cortando sus posturas más cercanas al posthumanismo cuando atenten contra aquel valor absoluto y desterrando al propio posthumanismo del horizonte político. La gran acometida posthumanista consiste en la reconfiguración de las bases educativas bajo sus postulados a fin de suprimir la ética y la memoria colectiva humanista que pudieran frenar este movimiento. Asimismo, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y la robótica pueden suponer un embate además de a la privacidad, a la autonomía personal y al desarrollo intelectual propio. Es aquí donde una vez más el humanismo debe enriquecerse de la experiencia pasada y los límites imaginados para hacer frente a postulados que atenten contra la dignidad integral.

En el tercer cuarto de la obra, destinado al humanismo retórico, se muestra que, no obstante lo anterior y como es lógico, la suscripción a la corriente humanista está lejos de ser unánime, siquiera mayoritaria. De este modo, quizá uno de los mayores críticos con la misma fuera Heidegger en su *Carta sobre el humanismo (Brief über den Humanismus)*, afirma Moreno González; tal vez anticipando aquella famosa cita de Adorno: “Escribir poesía después de Auschwitz es un acto de barbarie”. Sería Ernesto Grassi, discípulo del propio Heidegger, quien haría la mayor objeción a la *Carta*; por un lado, por el desprecio del autor de *Ser y Tiempo* al pensamiento práctico y concreto de los países del sur de Europa, y, por otro, porque la naturaleza del humanismo nada tiene que ver con la del racionalismo especulativo dominante en el pensamiento moderno.

El humanismo sobrepasa la abstracción y las metodologías exactas a través de la contradicción, la alteridad y la discusión para alcanzar la *phronēsis* aristotélica, esto es, el saber práctico y ético orientado a la perfectibilidad de la actualidad social. Como metafórica y lúcidamente alude el autor, el humanismo no es *El Pensador* de Rodin, sino *La Academia de Atenas* de Rafael. Así, el humanismo retórico, caracterizado por Vico por una pluralidad de sujetos discutidores, el desapego a la tecnocracia y el reconocimiento de la limitación del ser humano, ha de perseguir la retórica al servicio de la democracia y la democracia al servicio del bien común. En este contexto, en tanto la educación humanista es el engranaje del dinamismo democrático y juega el esencial papel de estar orientada a la buena gobernación de la *Res Publica*, está obligada a adherirse a la ética y alejarse de la actual tónica de encauzamiento al mercado laboral, carente de educación cívica y ligada a la ultraspecialización. Para Moreno González, tiene esta educación dos requisitos: en primer lugar, la reflexión necesita de desconexión y pausa en un mundo de hiperconectividad e instantaneidad en el que el propio sistema educativo, en consonancia con la agitación vital actual, impide el estudio sosegado e ininterrumpido; en segunda instancia, se torna imprescindible el debate

libre y sin condición y la crítica fundada, amparada en la puesta en común de relatos y posturas contradictorias de todos y para con todos, sin exclusión elitista alguna, a través de un modelo popular-democrático desde parámetros pluralistas, cosmopolitas y heterogéneos. Se debe construir una educación para la ciudadanía fundada en el desarrollo y las capacidades y desorientada a la productividad, el sometimiento y el crecimiento económico, entendido en sentido amplio; una idea próxima a la segunda formulación del imperativo categórico kantiano.

La última parte de la obra, referida al humanismo cosmopolita, se refiere a la también última característica del humanismo: la unidad en la diversidad. Para superar las fronteras nacionales en consecución de la cosmópolis, el humanismo bebe de la simbiosis entre las concepciones estoicas y cristianas, a las que se añade la idea kantiana del *ius cosmopoliticum*, esto es, la institucionalización de lo jurídico para lograr una comunidad jurídica internacional basada en el Derecho y la libertad. Ello no excluye el mantenimiento de los Estados, sino que reivindica un patriotismo republicano cívico desde la libertad de individuos insertos en comunidades políticas que, a su vez, son constituyentes de una *polis* mayor y progresivamente universal y federal. Extrapolado al tiempo presente, este arquetipo sería capaz de afrontar de manera común retos como el calentamiento global, los movimientos migratorios y la globalización.

Sin embargo, para Gabriel Moreno el cosmopolitismo puede adolecer de dos problemas: la sacralización de un ideario particular, generalmente, como la historia nos ha enseñado, eurocéntrico o cristiano, y la falta de un sentimiento de pertenencia común (*thymos*). Ante estas vicisitudes, Moreno reivindica el patriotismo democrático apoyado en el compromiso del *zoon politikón* con la consecución de la cosmópolis kantiana frente al aislamiento, a veces típico, del intelectual. Este patriotismo parte de su concepción republicana de defensa de la libertad común frente a intereses particulares, siendo compatible con el ideal cosmopolita basado en el Derecho a la vez que con la búsqueda humanista

de la paz y la concordia. Ante el peligro de que ello derive en la unidad de uniformidad, la democracia humanista ha de velar por el reconocimiento cultural de la diversidad y la garantía de los derechos de las minorías desde la conciencia de su sustrato común, la integración constitucional y política. La ciudadanía mundial y la educación cívica basada en presupuestos humanistas encontrarían en este contexto un idílico marco de desarrollo.

En definitiva, la obra aquí recensionada arroja luz, crítica y reflexión en la propuesta de una democracia con base humanista. Gabriel Moreno González resulta paradigma de la tesis que defiende por cuanto en su trabajo se vislumbra no sólo un notorio conocimiento de la ligazón entre el humanismo y la historia político-constitucional, sino también una defensa de la reivindicación de los ideales humanistas fundada, amén de en la teoría política y el Derecho, en la interpretación y contextualización de la historia de la filosofía, que, además, alea con frecuencia a cualesquiera vertientes del arte. Si no se yerra al afirmar que el conocimiento en busca de la garantía de la *dignitas hominis* está en la propia base del humanismo, se puede concluir sin temor a la equivocación que, pese a la amarga queja de Píndaro recogida en la introducción del libro (“¡Se han dicho ya, y de forma tan distinta, tantas cosas!”), esta obra se tornará imprescindible en el proceso de reconstrucción de un edificio vetusto como el humanismo a través de nuevas y necesarias elaboraciones. No es alejarse de Dostoyevski proclamar que el humanismo salvará al mundo.

MIGUEL ÁNGEL SEVILLA DURO
Área de Derecho Constitucional
Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público
Universidad de Castilla-La Mancha

José Luis MUÑOZ DE BAENA. *La abstracción del mundo. Sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*. Madrid: CEPC (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. M^o de la Presidencia), 2018, 367 pp. ISBN: 978-84-259-1775-2

Este libro trata sobre un desazonador fracaso, el de la Ilustración en sus propósitos emancipadores, y es, por tanto, ante todo un texto de filosofía política. Pero los mimbres con que está tejida su explicación son filosófico-jurídicos, de ahí buena parte de su indudable originalidad: nos encontramos en él con Locke, Hobbes, Kant u Horkheimer, sí, pero también con Pufendorf, Jellinek, Schmitt o Kelsen. El autor deja claro que su propósito es perseguir ese fracaso del ideal emancipatorio allá donde este tropezaba con la necesidad de regular la vida social y política a través de herramientas jurídicas como los derechos subjetivos y de construcciones que también lo son (como la autolimitación del Estado, la nomodinámica o el vaciamiento de contenido ético de lo jurídico). Las carencias de las grandes teorías políticas, viene a decirnos el autor, resultan de mayor interés en sus desarrollos jurídicos.

El punto de partida es un párrafo de Adorno en la *Dialéctica negativa*, del cual manifiesta el autor haber extraído toda la argumentación del libro. Y, en efecto, el texto muestra, con la gran lucidez que caracterizaba al filósofo alemán, el modo en que la Ilustración, en su pretensión de lograr un lenguaje adecuado para evacuar lo misterioso y mítico, somete al mundo de la vida a una abstracción formalizadora, caracterizada por empobrecer lo real sometiéndolo a un sistema de conocimiento y poder: “El sistema era tal orden de forma absurdo-racional; algo puesto que se presenta como ser en sí. Tuvo que trasladar su origen al pensar formal separado de su contenido; no de otro modo podía ejercer su dominio sobre el material. En él el enfoque interfería con su propia imposibilidad; esta precisamente condenó a la historia temprana de los sistemas modernos a la aniquilación de cada uno por el siguiente. La ratio que, para imponerse como sistema, eliminaba virtualmente todas las

determinaciones cualitativas a las que se refería, incurrió en una contradicción irreconciliable con la objetividad, a la cual hacía violencia pretendiendo concebirla”.

Las herramientas de esta traición a lo real, de esta abstracción del mundo, son dos doctrinas tardomedievales que apartan al sujeto de conocimiento de su objeto, el escotismo y el nominalismo. Ambas son doctrinas de impronta teológica voluntarista, que se asientan, como es bien sabido, en la voluntad libérrima de Dios, pero que se proyectan en lo jurídico-político de modos muy diferentes. La primera interpone entre el sujeto y el objeto una forma, convertida en objeto independiente de discurso, que caracteriza al inmenso despliegue del periodo clásico; la segunda reduce el objeto a puro lenguaje, imputación de tipo lingüístico sin fundamento *in re*, disolviendo lo social en una multitud de sujetos discretos, dotados de iguales derechos, a quienes nada cruza transversalmente y donde es imposible postular la existencia de una comunidad, un bien común, unos ideales de vida buena. El escotismo, históricamente triunfante (no en vano es, como dice De Muralt, una auténtica estructura de pensamiento, lo que no puede ser el nominalismo), no hizo sino conjurar ese riesgo mediante estructuras formalizadas y legitimadoras (nación, Estado, voluntad general, contrato social...), agrupando las individualidades en cuerpos políticos jurídicamente neutralizados, funcionales al sistema.

La gran virtud de este texto es la precisa descripción del modo en que ambas doctrinas engarzan con los modelos jurídico-políticos, siempre dentro de la categoría general de *lo posible* frente a *lo actual*, en sentido aristotélico. Esa casi infinita posibilidad se materializa en sucesivas formas que operan una auténtica neutralización de lo político. Muñoz de Baena las denomina *metonimias de la neutralización*, y expone cinco: el iusnaturalismo formalizado de Pufendorf (siglo XVII); la ontologización hegeliana del Estado y su administración; la neutralización juricista de la política por los iuspublicistas alemanes (ambas del XIX); la evacuación

del sujeto jurídico acometida por el formalismo de Kelsen y la evacuación del sujeto, en general, en la visión sistémica de Luhmann (ambas del XX).

La formación alemana del profesor Muñoz de Baena ha convertido al segundo bloque en el más interesante, pues en él se rastrea, a través de la problemática relación entre los llamados *derechos públicos subjetivos* y el Estado contemporáneo, la secuencia teórica (Gerber, Laband, Jellinek) mediante la cual el Estado pasa de persona moral a persona jurídica *stricto sensu* y el poder se convierte en algo a la vez absoluto -porque absorbe cualquier foro, cualquier normatividad autónoma- y limitado -pero limitado desde sí mismo, como podemos ver en la célebre *Selbstbeschränkung* de Jellinek, que es enfocada desde la *potentia ordinata dei* ockhamiana. En este replanteamiento en líneas teológico-medievales de las teorías modernas de lo político y lo jurídico, no deja de sorprender la precisión con que la célebre polémica Schmitt-Kelsen se reconstruye a sus auténticos términos, los de una discusión entre voluntaristas en la que el alemán le reprocha, con razón, al austriaco no ser coherentemente voluntarista. Igualmente, se pone en solfa el eje formalistas-antiformalistas

El resultado, sostiene el autor, es inexorable: el sujeto jurídico-político de la Modernidad aparece casi como el rostro de arena que describió Foucault, como una imagen fugaz hecha de imputaciones jurídicas, que conoce breves instantes de gloria (la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano es acaso el principal) antes de integrarse en el Estado, ya como súbdito, ya como ciudadano. La actual disolución de lo político en el nominalismo radical postmoderno (postfundacionalismo, postestructuralismo) no se aparta de esta secuencia típica de la Modernidad; de hecho, no hace sino exacerbarla, ya sin pretensión de conseguir una neutralización de lo político mediante estructuras jurídicas. La Modernidad, que comenzó con el nominalismo radical de Hobbes, ha vuelto a él, ya sin interés por invocar principio ordenador *ad hoc* alguno; el Estado y el sujeto (dos formas igualmente construidas de la subjetividad moderna) han dado paso al sistema, que desde Luhmann prescinde ya

de cualquier coartada humanista. De ahí que oposiciones como subjetivismo y estatalismo deban reconstruirse a una escala basal, para mostrar que ambas son simplemente dos modos de articular el mismo mal, que avanza a través de la historia neutralizando la misma libertad que invoca: la abstracción del mundo, el auténtico *mal autoinmune de la Modernidad*. La instauración de la equivocidad total (que el autor examina a través del mundo postmoral, de la imposibilidad de articular un ideal de justicia desde la izquierda política). Nada lo resume mejor que la frase del *Doktor Faustus* de Mann con que comienza el libro: “La libertad se inclina siempre a una retirada, aprende muy de prisa a conocerse en el cautiverio, se realiza doblegándose al orden, a la ley, a la constricción, al sistema; se realiza sin dejar por ello de ser la libertad”.

JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA
Departamento de Filosofía jurídica
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Jesús María NAVALPOTRO SÁNCHEZ-PEINADO. *El Derecho Internacional Moderno y América*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018, 303 pp. ISBN: 978-994-210-424-3.

La obra de Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado, *El Derecho Internacional Moderno y América*, publicado por Corporación de Estudios (Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador) en el año 2018, ofrece un estudio que llena el vacío hasta ahora vigente por parte de la historiografía jurídica respecto al estudio del Derecho Internacional, observado desde un prisma histórico implicado con la realidad del Nuevo Mundo. Dicha laguna ha permanecido en el tiempo en buena medida por la dificultad que entraña observar un tema en principio clásico de muy amplio recorrido, como lo es la aproximación histórica al Derecho Internacional, verificado desde la complejidad de su evolución a la luz del Nuevo Mundo, así como a través de su reflejo en las relaciones entre los distintos pueblos y comunidades políticas que lo conformaban.

La visión histórico-política de conjunto que ofrece la obra, el conocimiento profundo de la doctrina ágilmente sintetizada, la familiaridad en el manejo de una ingente cantidad de fuentes, algunas de ellas inéditas traídas ahora a la luz, así como el aparato crítico de selecta elección, hacen de la obra un lugar de referencia, tanto para aquellos interesados en un conocimiento del Derecho Internacional desde su percepción y desarrollo histórico en América, como para aquellos que quieran comprender los acontecimientos políticos más trascendentales que han condicionado la azarosa por bélica construcción política de los Estados en Europa. Y es que la obra ofrece una aproximación general de la evolución histórica e institucional del sistema del Derecho de Gentes medieval en su camino hacia el Derecho de Gentes moderno, esencialmente evidenciado a través del abandono de las doctrinas inspiradas en el Derecho Común.

De la exposición y estructura en que se desarrolla la obra se deduce la dilatada experiencia investigadora y docente del autor, el cual sin olvidarse del carácter técnico en el tono literario y sin descender a

definiciones elementales logra una obra que en su conjunto resulta de ágil lectura y eficaz comprensión. El autor buceará en su investigación por tres aspectos que se presentan esenciales a la hora de construir el armazón del conocimiento histórico jurídico como lo son la doctrina, las instituciones y las fuentes en primer término. A todo ello, hay que añadir lo que resulta más complicado de elaborar y exponer de forma sencilla en una obra de esta envergadura como lo es su adecuada contextualización histórica. Complejidad que entraña el tema especialmente por su enjundia histórica como por la prolífica cantidad de fuentes y doctrina que su elaboración conlleva, que el autor armoniza ofreciendo una visión de conjunto que representa un aspecto especialmente enriquecedor y tal vez la más destacada contribución de la obra. Dicho resultado sólo es posible como la respuesta a un conocimiento profundo de las dos ramas del saber en que se desarrolla la obra: la histórico-jurídica y el Derecho Internacional entendido éste desde el punto de vista histórico y por tanto cambiante.

La obra se estructura a través de tres capítulos que responden a tres bloques temáticos bien diferenciados. Ello lo desarrolla tras un previo estudio introductorio que el Dr. Rubén Méndez Reátegui ofrece con contenido sintetizador en torno a las intenciones de la obra en su conjunto, el cual facilita en gran medida una aproximación preliminar a la misma.

Un primer capítulo que responde al primero de los tres bloques temáticos lo destina al paso del Derecho de la *Res Publica Christiana* a la sociedad de Estados. Resultan estas primeras páginas especialmente esclarecedoras en cuanto al objeto e intención del autor a la hora de ofrecer una sólida base histórico-jurídico doctrinal de la que partir a la hora de comprender la obra en su conjunto. Para ello, partirá de las constantes históricas en las prácticas e instituciones del Derecho de Gentes, así como de sus novedades ofreciendo un sincero recorrido bibliográfico de la doctrina de mayor utilidad al respecto. Esto hará más comprensible el desarrollo de un Derecho de Gentes moderno en el contexto complejo de la realidad de predominio emergente y belicoso inca o azteca en

confrontación con un mundo occidental que, si bien no desechaba la guerra, anhelaba ya una unidad que encontraba en el Derecho y en la religión sus principales factores de cohesión. Regala el autor en estas primeras páginas un recorrido histórico del emergente Estado, que se erige como el nuevo protagonista en el “gran teatro de las naciones” evocado por el cardenal Richelieu en el cual otros “entes” medievales tales como las órdenes militares, los señores feudales o las propias ciudades han perdido su antiguo papel preponderante. Ello lo hace el Dr. Navalpotro a través de la elaboración del recorrido que se produce en la Edad Moderna a través del cual el Estado, en palabras del autor, termina por encarnar “la organización del poder en lo que había constituido en la Edad Media la *Cristiandad*”, el cual además “ostenta por antonomasia la exclusividad del poder público” (p. 4). Aprovecha además el autor para evidenciar y sensibilizar en torno al dramático recurso de la guerra, que cobrará un acusado carácter internacional ahora, con una frecuencia inusitada hasta entonces, para cuya explicación deja el autor abierta la posible relación entre la difusión de dicho recurso con la nueva concepción que del poder se va consolidando. Opera asimismo en este tránsito una alteración de la práctica y de las instituciones, fruto de las novedades y pervivencias de las mismas en las relaciones entre los incipientes Estados de la que el autor también dará cuenta. El descubrimiento del Nuevo Mundo traerá anejo un replanteamiento de la “guerra justa” así como del legítimo uso de la fuerza de lo cual se ocupará el autor en esa parte de la obra. Ello, además, denunciando la falta de una clara definición del estatuto de neutralidad y como contrapeso el desarrollo de una diplomacia permanente, su eficacia y profesionalización. De tal modo que la diplomacia en este periodo se erige como uno de los principales caminos de paz entre los Estados. No se olvida en este apartado el autor del peligro turco, de los Tratados que evidenciaron su declive así como de las incipientes prácticas humanitarias en el contexto de la lucha contra el turco, si bien éstas existieron a resultas de un probable interés político. Tampoco se olvidará de ofrecer una elocuente descripción del profundo cambio que el Nuevo

Mundo trajo a la visión que del mundo se tenía con anterioridad a su descubrimiento que se traduciría en un cambio también profundo del Derecho. Asimismo, recogerá el autor un estudio de las relaciones entre los pueblos de la América, previa a su apertura al mundo, destacando especialmente el recurso a antiguos mecanismos diplomáticos de cierto éxito, cuya evidencia detalla con prolijidad. Finalmente, acogerá la obra un extenso estudio en torno a la Escuela de Salamanca, conocida como la “Segunda Escolástica”, así como a su reflejo en la construcción, en su sentido amplio, de América. Para ello el autor ofrece una selecta síntesis de sus principales planteamientos partiendo de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Fernando Vázquez de Menchaca, Domingo de Soto, Alonso de la Veracruz, Luis de Molina y Baltasar de Ayala. Ello con la intención de evidenciar además que los planteamientos y soluciones propuestos por la Segunda Escolástica terminarían por fermentar no sólo en la intelectualidad de las Monarquías Católicas, sino también en el norte de la Europa desvinculada del catolicismo donde se desarrollaría el ius-naturalismo racionalista. Ofrecerá además un recorrido en torno al efecto del descubrimiento del Nuevo Mundo en la “conformación de una nueva teoría del Derecho de Gentes” pasando por su efecto en las propuestas de Alberico Gentili, Hugo Grocio, Thomas Hobbes y Ricardo Zouch. Cerrará esta primera parte de la obra con el nuevo orden creado entre los Estados a partir de la Paz de Westfalia. Orden éste basado en el equilibrio de fuerzas y en las propuestas de una paz perpetua a través de los planteamientos de Guillermo Godofredo Leibinz, William Penn, del abate de Saint-Pierre, Carlos-Ireneo Castel, Pedro Antonio Gargás o Manuel Kant.

Un segundo capítulo lo destina a los documentos jurídicos que versando sobre América participan en la transformación del Derecho de Gentes, aludiendo principalmente a los acuerdos entre las potencias y las bulas pontificias que si bien inicialmente tendrían un papel determinante terminarían por entrar en declive. Ofrece una sistemática que responde al orden geográfico, de modo que primero acometerá la tarea del

análisis y comentario de los documentos internacionales relativos a África sobre los que se estructura la expansión portuguesa y castellana con la evolución o mutación del título con el que justificarían su expansión y presencia. Seguidamente abordará el estudio de los documentos internacionales sobre América, para finalmente ofrecer un estudio en torno a los Tratados Europeos que la afectaban. En total, casi una treintena de documentos internacionales entre Tratados y Bulas Pontificias que analiza de forma sistemática, aclarando y contextualizando su contenido.

El tercer capítulo lo dedica al estudio del debate en torno a la guerra en Indias en el seno del Derecho Natural y de Gentes. Dedicar a este tema la tercera parte de la obra por entenderse trata de uno de los temas más sugerentes en el contexto del descubrimiento del Nuevo Mundo y su incorporación a la Corona española. Ello lo hará aclarando a este respecto la doctrina Aristotélica de la guerra para ofrecer un recorrido desde Cicerón hasta Schmitt pasando por San Agustín, Santo Tomás de Aquino, Nicolás de Cusa o el Papa Inocencio IV. Ofrece igualmente un recorrido en torno al debate en torno al “requerimiento” y los “justos títulos” de Vitoria así como en torno a la controversia de 1550 y su efecto y expresión normativa.

Dedicar un apartado final a exponer sus conclusiones, en las que cabe destacar la afirmación por la que sostiene que la doctrina en torno a la “guerra justa” fue en buena medida el motor por el que se produjo un verdadero “avance doctrinal”, por el cual todos los pueblos puedan relacionarse bajo los parámetros que ofrecen la justicia y la paz: “La labor final la constituirá el desarrollo doctrinal de los Derechos Humanos”, (p. 213).

La relación bibliográfica que ofrece el autor evidencia una equilibrada y armónica selección entre las obras más tradicionales versadas en esta temática, como representan la obra de Antonio Truyol y Serra, *Historia del Derecho Internacional Público*, publicada por Tecnos en

Madrid en 1998, la de Alfonso de García-Gallo, «El Derecho Común ante el nuevo mundo», publicada en la *Revista de Estudios Políticos*, 80 (marzo-abril, 1955) en sus páginas 133-152 con la más reciente bibliografía representada, por ejemplo, por la obra de Luis Suárez de 2010, *Europa de las cinco naciones*, publicada por Ariel en Madrid, o la obra de Charles Henry Alexandrowicz, editada por David Armitage y Jennifer Pitts en 2017, *The Law of Nations in Global History* publicada por *Oxford University Press*, por tan solo citar algunas de las distinguidas referencias.

Finalmente, un Apéndice Documental cierra la investigación a través de una relación de ocho de los más importantes documentos de las disposiciones jurídicas consultadas, los cuales recoge íntegros y ordenados de forma cronológica. Facilita con ello la consulta directa de las mismas al lector.

Cabe destacar finalmente, aunque se deduce de lo ya apuntado, que la ingente documentación manejada por el autor evidenciable en las numerosas fuentes que utiliza, su metódica ordenación y su armónica contextualización histórica en el entramado de los complejos avatares políticos propios del momento estudiado repercute directamente en el valor de la obra en su conjunto.

GABRIELA COBO DEL ROSAL PÉREZ
Área de Historia del Derecho
Departamento de (...) Ciencias Histórico-Jurídicas
y Humanísticas y Lenguas Modernas
Universidad Rey Juan Carlos

José María RUIZ MORENO. *Cuestiones actuales sobre los procesos de capacidad y filiación en la LEC*. Vol. 1. *Los procesos civiles especiales*. Coordinado por J. Banacloche Palao (Colección 20 años LEC 2000). Madrid: La Ley – Wolters Kluwer, 2019, 302 pp. ISBN: 978-84-9020-918-9

En el presente trabajo, el profesor Ruiz Moreno realiza un estudio detallado y riguroso acerca de la problemática que suscita una parte de los llamados procesos de familia, en concreto: capacidad y filiación, que –como dice el autor– “constituyen instrumentos de protección jurisdiccional de la personalidad y que se fundamentan en un claro interés público, por lo que predominan en ellos principios procesales y reglas que son netamente distintas de las que se aplican en el resto de procesos regulados en la LEC”.

El Dr. Ruiz Moreno, en la primera parte de la monografía, expone la transición actual de los procesos sobre capacidad; al respecto, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (cuyo instrumento de ratificación se firma el 23 de noviembre de 2007 y se publica en el BOE de 21 de abril de 2008) impone a España la obligación (aún no cumplida) de reformar de la legislación civil y procesal en esta materia. El autor da cumplida cuenta de tal Convención, analiza sus distintas disposiciones y la interpretación que hace del mismo la relevante STS (1ª) de 29 de abril de 2009.

Con una sistemática referencia a la mejor doctrina y jurisprudencia en los últimos años, el autor aborda, asimismo, los elementos subjetivos de los procesos de capacidad. En relación con la competencia internacional son muy atinados sus comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (3ª) de 23 de octubre de 2013, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de mayo de 2012, los artículos de la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria y los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial atinentes a tal competencia internacional, reformados por la LO 7/2015. También comenta la doctrina del Tribunal

Supremo sobre la inaplicación de la *perpetuatio iurisdictionis* y pérdida de competencia territorial en el caso de cambio de residencia del “presunto incapaz” a fin facilitar que el juez realice personalmente el reconocimiento o exploración del mismo. Además de la peculiaridad de la intervención del Ministerio Fiscal, repasa pormenorizadamente las cuestiones que derivan de la legitimación activa y pasiva para la declaración de la incapacidad o de la prodigalidad y para la reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la capacidad modificada judicialmente).

Analiza las especialidades de este tipo de procesos (tramitación procedimental; objeto; pruebas y audiencias preceptivas; sentencia, recursos; medidas cautelares), mereciendo destacarse las consideraciones sobre las consecuencias derivadas de confundir incapacidad para realizar actos de disposición patrimonial y prodigalidad o sobre los efectos de la sentencia recurrida y la necesidad de proteger a la persona que todavía no ha visto modificada judicialmente su capacidad por sentencia firme. Asimismo, estudia con detalle el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, dando cumplida referencia a las sentencias del Tribunal Constitucional y a la Circular de la Fiscalía General del Estado.

En la segunda parte de la monografía, el autor se ocupa del “proceso para obtener un pronunciamiento jurisdiccional sobre la determinación jurídica de la paternidad, maternidad y filiación, en aquellos casos en que no es posible obtener una inscripción o una modificación mediante los procedimientos registrales”. La estructura es la siguiente; el capítulo I plantea, tras sentar que “el principio de la verdad biológica no puede operar de forma idéntica en todos los supuestos en que se ejerciten acciones de filiación, sobre todo teniendo en cuenta que cuando se impugna la filiación el legislador establece mayores restricciones en la investigación de la paternidad y maternidad que cuando se reclama”, la naturaleza jurídica de los procesos de filiación y el contenido y carácter constitutivo de las acciones de filiación; el capítulo II explica los elementos subjetivos de este tipo de procesos: la jurisdicción y competencia; la nueva posición

del Ministerio Fiscal y la nulidad o no de actuaciones en caso de ausencia del mismo; la legitimación activa, es decir, los titulares de las distintas acciones de reclamación o de impugnación de la filiación, que va desmenuzando a la luz de recientes pronunciamientos judiciales sin pasar por alto los diferentes problemas (interés superior del menor, conflicto de intereses con la consiguiente necesidad de nombrar un defensor judicial al menor, etc.); y la legitimación pasiva. Finalmente, el capítulo III versa sobre las distintas especialidades de los procesos de filiación: procedimiento; singularidades en materia de alegación: el control de la aportación de un principio de prueba como requisito de admisibilidad de la demanda caracterizado por la abundante casuística y por ser objeto de interpretación flexible en la jurisprudencia; medidas cautelares (donde se detiene en la naturaleza, situación jurídica cautelable, distintos presupuestos para su adopción, efectos y procedimiento); materia probatoria (donde aborda la naturaleza pericial, objeto y momento de las pruebas biológicas y las consecuencias de la negativa injustificada a su sometimiento respecto de la que existen profusos pronunciamientos que rechazan la vulneración de derechos fundamentales como causa de justificación) y la eficacia de la sentencia de filiación.

El análisis detallado de todos los aspectos que aborda en la obra va acompañado de una cuidada selección de jurisprudencia que atinadamente comenta y de una abundante cita de la bibliografía existente al respecto.

Recuérdese que ya el autor publicó, dentro de la colección de la editorial La Ley con motivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, la monografía *El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*, lo que revela su condición de es especialista que plasmó en sus 232 páginas.

En definitiva, estamos ante un estudio imprescindible para el profesional del Derecho que pretenda conocer de forma exhaustiva y clara los aspectos característicos de los procesos de modificación de la capacidad y de los procesos de filiación y ante una valiosísima contribución al Derecho

procesal de familia en este ámbito que no deja de cobrar importancia en la práctica cada vez más frecuente de nuestros tribunales.

Finalmente, hay que apuntar que la monografía se integra en el magnífico Tomo intitulado *Los procesos especiales*, que engloba también otras tres magníficas obras de prestigiosos procesalistas, a saber: “Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja” de Pilar Peiteado Mariscal, “La regulación del proceso monitorio y su aplicación por los tribunales” de Javier López Sánchez y “Problemas actuales del juicio cambiario” de José Bonet Navarro. Este tomo relativo a los procesos especiales se enmarca en un ambicioso proyecto constituido por otros 4 que albergan en total 22 monografías a cargo de destacados especialistas de la ciencia procesal, bajo la magistral coordinación del Dr. Banacloche Palao, dando un completo repaso a todos los aspectos de la LEC cuando se va a cumplir el vigésimo aniversario de su publicación.

GREGORIO SERRANO HOYO
Área de Derecho Procesal
Departamento de Derecho Público
Universidad de Extremadura

Ignacio SÁNCHEZ AMOR. *Extremadura germinal: instituciones, partidos y políticas públicas en la Transición*. Vol. 1. *El Tablero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, 989 pp. ISBN: 978-84-16349-70-8

“Extremadura germinal”, de Ignacio Sánchez Amor, constituye una *rara avis* por lo prolijo de un estudio que roza las mil páginas y que retrata con detalle la Extremadura de la Transición a la democracia, sus instituciones embrionarias, partidos y políticas públicas principales. La obra nos ofrece un tablero de personajes, movimientos, tácticas y siglas que fueron dando vida, ya desde los estertores del franquismo, a una pretensión de autogobierno que conduciría al Estatuto de Autonomía. Frente a la manida sentencia de que tales deseos sólo se daban en Cataluña o País Vasco, el libro demuestra que Extremadura mostraba “una sorprendente conciencia regional en lo relativo a reivindicar autogobierno; pero, eso sí, sin traducirlo en un deseo de articulación política mediante un partido regionalista”. En vez de blandir una supuesta identidad anclada en la historia mítica (Viriato, Yuste, conquistadores) o en efluvios telúricos hoy tan a la moda, los deseos democráticos de autogobierno se fundamentaron en la reivindicación de sustanciales cambios y mejoras socioeconómicas. La región apenas había salido a mediados de los setenta de condiciones que rozaban el subdesarrollo y presentaba, en términos comparados con el resto de territorios españoles, unas desigualdades muy acentuadas que condenaban a buena parte de su población, eminentemente rural, a la pobreza o la emigración. Por ello, como se desarrolla en la obra que aquí recensamos y se demuestra a partir de las primeras encuestas que se realizaron, importó más en un inicio la renta y no tanto “la gesta”, más el “alrededor” y menos el pasado. Un voluntarismo democrático éste que impregna a todo el proceso de Transición hacia la autonomía en una Comunidad consciente de su singularidad económica y social, y que puede observarse a través de la abundante documentación y bibliografía que el autor utiliza a lo largo del libro.

La obra se estructura en seis partes, en las que se van analizando progresivamente la articulación política de los partidos ante las elecciones generales de junio de 1977, las primeras democráticas; la pervivencia de una arquitectura institucional aún anclada en el franquismo, sobre todo en torno a las Diputaciones Provinciales y algunos ayuntamientos destacados; las políticas públicas llevadas a cabo durante el periodo, con hincapié en la problemática social; la cuestión de Portugal y la necesidad de articular relaciones con el país vecino superando las tradicionales suspicacias; y, por último, el papel que fueron cobrando paulatinamente los nuevos actores sociales, como los sindicatos o el movimiento vecinal, en medio de una etapa convulsa en lo político y en lo laboral, cuyo epítome fue la asunción prácticamente unánime de una nueva bandera para la región.

En cuanto a los partidos políticos, el que más atención recibe por parte de Sánchez Amor es la hoy casi olvidada Acción Regional Extremeña (AREX), formación de carácter pretendidamente regionalista que aunaba en su interior sectores conservadores pero democráticos y altos cargos nítidamente franquistas que, ante el ocaso del régimen, fueron poco a poco adoptando posiciones reformistas. No es de extrañar, por ello, que esta especie de UCD extremeña terminara disolviéndose en la gran familia del partido de Suárez. Al comienzo de la aventura política de AREX, sin embargo, su líder y principal impulsor, Sánchez de León, se mostraba públicamente partidario de guardar la independencia de la Acción frente al centralismo madrileño, intentando convertir así a las siglas en una auténtica bandera regionalista que defendiera los intereses de Extremadura por encima de los juegos cortesianos de la capital. La estrecha vinculación de Sánchez de León con la élite tardofranquista, y en especial con el entorno de Suárez, terminó por acercar a la AREX a UCD y al propio promotor al Consejo de Ministros, pues el pragmático político extremeño, sin duda el personaje que mejor analiza el autor, llegaría a ser Ministro de Sanidad durante la Transición. Y es que, en aquellos años, como una y otra vez se trasluce del estudio de los sucesivos actores que

se van sucediendo en la obra, primó en algunos sectores el más puro pragmatismo, sobre todo en los que estaban estrechamente incardinados en las estructuras franquistas de poder.

A la izquierda y a la derecha de AREX-UCD se fueron conformando en Extremadura los partidos nacionales con algunas singularidades, pero siempre partiendo de la inexistencia de condicionamientos democráticos mínimos en una región que comenzaba a desprenderse del polvo autoritario. Sánchez Amor lleva a cabo un detenido examen de todos los partidos y formaciones de la época, que constituían una sopa de letras a veces inextricable para los propios actores políticos, y que el autor intenta desmenuzar con relativo acierto dada la dificultad de la tarea. A la izquierda, el Partido Socialista Popular y el PSOE fueron poco a poco creciendo con la conquista de las libertades fundamentales, hasta que el segundo, gracias al ímpetu centrípeto de Felipe González, terminó por absorber al primero y por convertirse en el partido extremeño hegemónico. Algo que quizá se debería haber destacado más, aunque se indique, es la desviación de los partidos de izquierda en Extremadura, incluido el minoritario PCE, en torno a la problemática cuestión de la memoria histórica de la región. Estos partidos, en plena Transición y separándose de la estrategia de moderación a nivel nacional, no dudaron en reiteradas ocasiones en reivindicar el legado de la II República y en recordar el rastro de represión del franquismo, que fue especialmente intensa en la provincia de Badajoz. A pesar de la poca presencia inicial de estos partidos en el territorio, sus posturas fueron a veces abiertamente más radicales que las de las tácticas de sus cúpulas nacionales, llamando también poderosamente la atención algunas intervenciones del que luego sería Presidente de la Junta durante más de veinte años, Juan Carlos Rodríguez Ibarra, y cuyos primeros pasos en la política socialista y regional comienzan a atisbarse en la obra. El PCE, que generalmente se centraba en los ambientes obreros, universitarios y en los movimientos vecinales, fue forzosamente minoritario en Extremadura por la ausencia de realidades destacables en tales ámbitos, aunque su estrategia de distensión fue posibilitando una

progresiva recomposición. A la derecha de AREX-UCD, por su parte, los partidos se aglutinaban en una sopa de letras bastante difusa, que alrededor del término Falange rozaba el esperpento, y cuya formación más significativa, la Alianza Popular de Fraga Iribarne, aglutinaba a altos cargos franquistas que mantenían, en puridad, su pátina de afección al régimen.

Los resultados de las primeras elecciones generales democráticas en junio de 1977 constituyeron un éxito para la coalición de AREX-UCD y un respaldo para el Partido Socialista, quedando fuera de cualquier representación tanto la AP de Fraga como el PCE o el PSP. Sánchez de León fue el único procurador de las Cortes franquistas que en Extremadura se convirtió en Diputado del nuevo Congreso que daría vida, finalmente, a la Constitución de 1978, en la que también participó un por entonces joven Ibarra. Contra todas las declaraciones previas, y a pesar de la flagrante contradicción con sus pretensiones de independencia, el partido “regionalista” de AREX, que se auto-atribuiría el éxito de Suárez en Extremadura, se disolvió casi inmediatamente después en la UCD del Presidente. El regionalismo de estos posibilistas procedentes del régimen lo sintetiza el autor en esa “visión exagerada de las posibilidades endógenas y la opinión recientemente crítica con un centralismo que, paradójicamente, había sido santo y seña de las políticas domésticas del dictador”.

El libro aborda figuras hoy un tanto olvidadas, como la del alcalde franquista de Cáceres Díaz de Bustamente que apenas vivía en Cáceres, y que le sirven al autor para ilustrar el prototipo de político dependiente del régimen y vinculado a la supervivencia del mismo. O la de Felipe Camisón, exponente del pragmatismo tardofranquista que intentó tremolar la bandera del cacereñismo irredentista. Porque, y aquí reside una de las más interesantes virtualidades de la contribución de Sánchez Amor, el localismo y la rivalidad entre las dos provincias de Extremadura fueron una constante tanto a finales del franquismo como en los inicios de la democracia. Un foco de tensiones permanente, alimentado por los recelos entre las dos diputaciones franquistas, y que tuvo su corolario en la

cuestión de la localización de la Universidad. Badajoz, con su Diputación al frente, era partidaria de que toda la futura Universidad de Extremadura tuviera su sede en la ciudad fronteriza, debido a su mayor peso demográfico y económico. Cáceres, por el contrario, defendía una distribución paritaria entre ambas provincias al margen de esos criterios económicos, e hizo de tal demanda un motivo de confrontación que escaló niveles políticos preocupantes, aun a pesar de darse todo ello en los años anteriores a la muerte del dictador y bajo las estructuras autoritarias de poder. La disputa sería finalmente solucionada de manera salomónica por el Gobierno central, que ordenó repartir las facultades siguiendo con matices la propuesta cacereña, y dotando de una Universidad propia y única, no dividida, al conjunto de la región. Para que el lector pueda percibir, después de tantos años, hasta qué punto llegó la tensión, Sánchez Amor recuerda que cuando fue aprobada dicha decisión por el Gobierno, en 1973, las campanas de la capital cacereña repicaron al unísono en señal de celebración.

La biprovincialidad fue una fuente de disputas parecidas de manera constante, hasta el punto de que algún destacado miembro de la intelectualidad extremeña, como el placentino Pedro de Lorenzo, llegó a defender la creación de dos provincias más en Extremadura para reducir el tamaño de las existentes, con capitales en Plasencia y Mérida. Pero de tales conflictos y preocupaciones surgió también la lección de la necesidad de tener una voz única y potente frente a los poderes centrales si se quería, ya en plena Transición, iniciar y ahondar el camino de la autonomía. El lema de una “Extremadura una” se fue haciendo cada vez más popular, y a pesar de malogradas iniciativas unanimistas, como la impulsada por la prensa local de la “Asamblea de Extremadura”, se terminó imponiendo la transversalidad de un consenso en los intereses superiores de la región sobre los particularismos y localismos que la lastraban. De esa conciencia surgiría, de hecho, la Asamblea de Parlamentarios, semilla de la autonomía y fuente del primer Estatuto extremeño.

El libro, acto seguido, comienza a analizar los intentos de cambio en las anquilosadas estructuras económicas del territorio, intentos que se canalizaron a través de la acción sindical o de la creación de comisiones y sociedades específicas de desarrollo económico, muchas de ellas participadas por el renovado papel que fueron cobrando las Cajas de Ahorro provinciales. Los movimientos sociales eran todavía en la Transición muy incipientes, pero ya podemos vislumbrar en la obra los atisbos de reivindicaciones incluso ecologistas en el rechazo a la deforestación de la dehesa. Y, por supuesto, cobra especial relevancia en la obra el movimiento antinuclear, que condensó la voluntad de autogobierno fundada en la conciencia del subdesarrollo histórico y las relaciones de dependencia de la futura comunidad frente a los poderes, económicos y políticos, centrales. Como es sabido, a la instalación de dos reactores nucleares en la localidad cacereña de Almaraz se intentó sumar otra central en la pance de Valdecaballeros, ante lo que el pueblo extremeño y los partidos que poco a poco iban conformándose comenzaron una campaña de protestas y manifestaciones que terminaría, finalmente, con la paralización de esa segunda central. Más que motivos ecologistas se blandía la falta de necesidad de más producción de energía en Extremadura, nada deficitaria al respecto, y la sensación de agravio por ser considerada una región de depósito de aquellas industrias o focos de contaminación que otros territorios no deseaban. Una de las marchas más numerosas que se concertaron por entonces en Extremadura se celebró, precisamente, un 14 de agosto, la traumática fecha en la que se habían producido décadas atrás los masivos fusilamientos franquistas en Badajoz. Ejemplo, una vez más, de la pretensión originaria en los ímpetus democráticos extremeños de recuperar una memoria democrática sepultada bajo la represión y el silencio.

En cuanto a las problemáticas específicamente laborales, Sánchez Amor se centra en los dos grandes conflictos de tal naturaleza que se dieron en la Transición: la huelga de la construcción, que tuvo particular resonancia en la provincia de Cáceres; y las protestas de la fábrica de la

DITER en Zafra ante los planes de deslocalización de la empresa. Hemos de tener en cuenta, como correctamente hace el libro, que la economía de Extremadura era esencialmente rural, y que las pocas industrias se concentraban sobre todo en las ciudades. El desempleo era altísimo y estaba estrechamente vinculado a la estacionalidad de los trabajos agrícolas y a la ausencia de infraestructuras y comunicaciones eficientes, cuya mejor muestra era el lamentable estado de la famosa Nacional 630, la Ruta de la Plata. Carácter eminentemente agrícola que condenaba al atraso a amplias zonas de la región, incluido el cultural. Destaca en este sentido Sánchez Amor cómo en la época, incluso durante los estertores del franquismo, las autoridades centrales se negaban a autorizar la creación de Casas de Cultura en los municipios extremeños por reunir caracteres “eminentemente rurales y agrícolas”.

No es de extrañar, pues, que las pretensiones de autonomía que superaran los recelos localistas se fundaran desde el principio en la voluntad de cambiar las estructuras socioeconómicas de una región que comenzaba a ser consciente de su desigual trato. De ahí que el símbolo verdaderamente germinal de la Extremadura autonómica, su bandera, se difundiera casi espontáneamente a partir del verano de 1977 sin que se la intentara dotar, oficialmente, de significado historicista o identitario. La bandera tricolor, verde, blanca y negra, se creó de manera opaca en el contexto del Partido Socialista Popular de Martín Rodríguez de Contreras y Galache, pero ni ellos mismos ni el conjunto de la ciudadanía extremeña intentaron atribuir su invención, pura y simple, a ningún padre o “creador”. La enseña fue pronto aceptada por todos, a pesar de su casi desconocido origen (que la obra, por fin, desentraña), y prácticamente nadie pareció preocuparse por la discrecionalidad en la elección de los colores. La bandera comenzaría a ondear en las manifestaciones antinucleares, en las reivindicaciones obreras y en los movimientos sociales y partidos políticos que iniciaban su andadura democrática, y es quizá el mejor símbolo de la verdadera naturaleza del autogobierno extremeño que, como reza el Preámbulo de su Estatuto, es tal “porque queremos

serlo los extremeños de hoy, sus ciudadanos, con independencia de lo que pensarán o sintieran nuestros antepasados”.

“Extremadura germinal”, de Ignacio Sánchez Amor, es pues una obra imprescindible no sólo en el estudio de los orígenes de la Comunidad Autónoma, sino para todos aquellos que quieran acercarse a la realidad actual de Extremadura, pues nos ofrece los mimbres a partir de los cuales puede seguir ahondándose en la tarea que los extremeños encomendaron a la función principal de su autogobierno: la de mejorar sustancialmente las condiciones sociales y materiales de la región para abandonar el secular atraso económico que padece.

GABRIEL MORENO GONZÁLEZ
Área de Derecho Constitucional
Departamento de Derecho Público
Universidad de Extremadura

**CRÓNICA DE LA
FACULTAD DE DERECHO**



**JORNADAS SOBRE *GEOPOLÍTICA EN EL ESPACIO MEDITERRÁNEO*. IV JORNADAS DE SEGURIDAD Y DEFENSA
(Áreas de Historia del Derecho y de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales)**

**CONFERENCE ON GEOPOLITICS IN THE MEDITERRANEAN
AREA. IV CONFERENCE ON SECURITY AND DEFENCE
(Areas of History of Law and International Public Law and
International Relations)**

ELISA DÍAZ ÁLVAREZ

PRESENTACIÓN Y ESTRUCTURA

Durante los días 12 y 13 de febrero de 2019, se han celebrado en la ciudad de Cáceres las IV Jornadas de Seguridad y Defensa sobre geopolítica en el espacio mediterráneo. Organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura y por la Subdelegación de Defensa en Cáceres, estas Jornadas han abordado, desde una perspectiva académica, las nuevas amenazas y retos para la seguridad y defensa que ha suscitado el fenómeno de la globalización, tanto para España como para Europa. La planificación y ejecución de las Jornadas ha sido llevada a cabo por el Subdelegado de Defensa en Cáceres, D. Enrique Martín Bernardi, y por los Profesores de la Universidad de Extremadura, D. Sixto Sánchez-Lauro y D. Juan Manuel Rodríguez Barrigón.

Las Jornadas se dividieron en tres bloques: el análisis histórico del espacio mediterráneo desde el posicionamiento español, la seguridad nacional y el papel de las Fuerzas Armadas en la mencionada zona y la situación geopolítica internacional actual. Durante la sesión de tarde del día 12 de febrero tuvo lugar el acto de apertura en la Facultad de Derecho, donde diversas autoridades civiles y militares expusieron la importancia de la Política de Seguridad Común de la Unión Europea y destacaron la ubicación geográfica de España en cuanto a su proyección geopolítica.

La ponencia inaugural, titulada *La Estrategia de Seguridad Nacional en el Mediterráneo*, fue realizada por D. Francisco José Dacoba CerViño, General de Brigada y Director del Instituto Español de Estudios Estratégicos. Su estudio de la seguridad en áreas geográficas y temáticas fue completado posteriormente por una mesa redonda que trató el acercamiento histórico a las dos orillas del Mediterráneo occidental. En este espacio, intervinieron tres especialistas en Historia del Derecho e Historia Moderna: D. Sixto Sánchez-Lauro y D. Miguel Rodríguez Cancho, que desempeñan sus labores docentes en la Universidad de Extremadura, y D. Carlos Domínguez Nafría, Catedrático de la Universidad San Pablo CEU de Madrid. Impartieron tres conferencias siguiendo la cronología histórica europea, explicando el dominio musulmán en el Medioevo, la Monarquía Hispánica en la orilla opuesta en la Edad Moderna y la situación de España y el Norte de África durante los siglos XIX y XX.

El evento continuó el día 13 de febrero en la Subdelegación de Defensa en Cáceres. La sesión de mañana se inició con la ponencia del Coronel de Infantería, D. Juan Salafranca Álvarez, que amplió las explicaciones de la tarde anterior disertando sobre las Fuerzas Armadas españolas en los territorios africanos. Su repaso acerca de la situación de los Ejércitos desde su creación en el siglo XV fue culminado por la charla del Teniente Coronel del Ejército de Tierra D. Javier Betolaza Méndez, que expuso la contribución actual de las Fuerzas Armadas a la seguridad y estabilidad del Mediterráneo y el Norte de África, centrándose en las distintas operaciones de España en el exterior.

En la tarde del mismo día se retomaron las Jornadas con otras dos ponencias. La primera, sobre las consideraciones en torno a la seguridad respecto de las migraciones en el contexto mediterráneo, fue impartida por D. Juan Manuel Rodríguez Barrigón, profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Extremadura. Su argumentación puso de relieve las causas de los movimientos migratorios y sintetizó los aspectos principales de la Estrategia Global de Seguridad de la Unión Europea de 2016. La última sesión la cerró el General de Brigada y Doctor en Derecho, D. Federico Carrero Plaza, que realizó una interesante y detallada presentación sobre los acuerdos euro-mediterráneos y la condición de España como puente entre países y culturas.

CONCLUSIONES GENERALES

Tal y como establece la Estrategia de Seguridad y Defensa del año 2017, España tiene identidad europea, atlántica y mediterránea. En torno a este último aspecto se construye la Historia de los pueblos hispánicos, que en sus aguas despertaron del letargo prehistórico para recibir la influencia de culturas tan importantes en la Antigüedad como la fenicia, la griega, la cartaginesa o la romana. Posteriormente, la invasión musulmana agregó un nuevo capítulo a esta andadura, dando un giro de ciento ochenta grados a las estructuras romano-godas e instaurando con el tiempo el Califato de Córdoba, símbolo del esplendor y del poder andalusí.

Con el advenimiento de los Reyes Católicos regresaría la preocupación hispánica por la otra orilla en un momento en que la aparición del Estado moderno condicionaba el ámbito geopolítico. El Mediterráneo se convirtió entonces en un lugar híbrido de confines inestables donde coexistían la paz y la guerra, donde el encuentro entre el Islam y el Occidente era continuo e inevitable. Semejante polarización condujo a la Monarquía Hispánica a replantear la frontera africana de Castilla, una

cuestión eclipsada en ocasiones por las recién adquiridas posesiones americanas. Finalmente, fue la crisis de la política mediterránea suscitada a raíz de la Paz de Utrecht la que llevaría a los Borbones a aplicar una política exterior nacional de relaciones diplomáticas y comerciales con los otomanos en el siglo XVIII.

No obstante, a la etapa moderna siguieron tiempos tristes. España perdió gran parte de sus territorios extrapeninsulares durante los siglos XIX y XX, apartándose también de los grandes conflictos bélicos y de la política colonialista de sus vecinos europeos. Con todo, la inercia histórica de amistad con Marruecos propició la creación de un Protectorado que perpetuó la huella española en la otra orilla.

Así, desde la creación de los ejércitos permanentes en el siglo XV, los diferentes cuerpos militares españoles han completado la conquista de América y tomado los territorios del Norte de África. Sin embargo, han sabido adaptarse a los tiempos y a la nueva etapa que se abrió con la promulgación de la Constitución Española de 1978.

Con esta trayectoria como telón de fondo, el actual mundo globalizado se enfrenta a nuevas amenazas y retos para la seguridad. Los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 acabaron con la ensoñación de paz perpetua que prosiguió a un convulso siglo XX, por lo que se otorgó mayor relevancia a la parte militar del concepto transversal de seguridad. Como eje de movimientos estratégicos de interés global, el Mediterráneo se ha convertido en un espacio donde confluyen diferentes Estados y actores internacionales. España, por su parte, ve condicionada su seguridad nacional por la situación del Norte de África, que en los últimos tiempos ha sido un foco de conflicto debido a la inmigración irregular, el narcotráfico y el terrorismo yihadista.

Las operaciones de España en el exterior, siete en el año 2012, se han triplicado para cubrir los cuatro puntos cardinales. Nuestro país lidera hoy algunas misiones de Naciones Unidas y participa en otras de la Unión Europea, la OTAN y, por supuesto, del Mediterráneo. En este

espacio se desarrollan operaciones permanentes y en el exterior, aunque igualmente se llevan a cabo labores de asesoramiento, formación y adiestramiento.

Otra cuestión de especial interés son los movimientos migratorios, fuertemente ligados a la seguridad y a la demografía. La Estrategia Global de Seguridad de la Unión Europea de 2016 puso de manifiesto la necesidad de repoblar grandes áreas europeas, así como los problemas que existen en un mundo que cambia permanentemente y donde miles de personas se desplazan como consecuencia de los conflictos que tienen lugar en el Mediterráneo, pero también por las catástrofes acontecidas en muchas otras partes. Por tanto, la respuesta frente a la inmigración irregular solo puede ser colectiva, dado que afecta a la estructura de la propia sociedad. Europa pretende abordar esta tesitura mediante normas, aunque lo cierto es que la solución depende en gran medida de la acción particular de los Estados miembros, que han de respetar tales disposiciones para que esta coyuntura no derribe los pilares de nuestra civilización.

Por otra parte, el centro político mundial se está desplazando a los países asiáticos. A pesar de que la competencia entre Estados poderosos es un fenómeno inevitable, impedir el enfrentamiento entre los mismos es posible. No obstante, la globalización ha supuesto para ellos una cierta pérdida de control y una interdependencia política, económica y comercial, lo cual ha provocado que el Mediterráneo sea cada vez menos una frontera y cada vez más un espacio común. De esta forma, el orden socioeconómico mundial se encuentra en riesgo de fragmentación, algo que solamente puede solucionarse a través de la cooperación y de la geopolítica.

Al hilo de esta explicación, conviene recordar cómo ya en la Antigüedad los versos de Homero describían un concepto de Occidente ligado al espacio geográfico del mar Mediterráneo, que no solo es un símbolo de unión cultural e intelectual, sino también una patria. Como Ulises, miles

de personas atraviesan cada día sus aguas en busca de la idea de Ítaca que hoy encarnan las democracias occidentales. Ante esta situación tan dramática, es preciso destacar la importancia de celebrar Jornadas como estas, que han permitido al público entender la configuración del espacio mediterráneo y su problemática dejando espacio al análisis crítico y a la reflexión sobre el futuro.



**JORNADA SOBRE LA LEY DE GARANTÍA DE LA AUTONOMÍA MUNICIPAL DESDE LA PERSPECTIVA FINANCIERA
(Área de Derecho Financiero y Tributario)**

**CONFERENCE ON THE LAW GUARANTEEING MUNICIPAL
AUTONOMY FROM A FINANCIAL PERSPECTIVE
(Area of Financial and Tax Law)**

ELENA MANZANO SILVA

Bajo la dirección de las profesoras de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Extremadura, Dra. Elena Manzano Silva y Dra. Fátima Pablos Mateos, se celebró el día 2 de mayo de 2019, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la UEx, la Jornada sobre *La ley de garantía de la autonomía municipal desde la perspectiva financiera*. La jornada tuvo por objeto el examen de la Ley 3/2019, de 22 de enero, de garantía de la autonomía municipal de Extremadura dentro de nuestro marco constitucional.

Con la promulgación de la Constitución española el 29 de diciembre de 1978 se instaura un nuevo régimen político al que va aparejada una novedosa organización territorial. El centralismo administrativo característico del sistema inmediatamente precedente va a verse superado con la creación de las Comunidades Autónomas, como nivel de gobierno intermedio entre la Administración del Estado y la de las Entidades Locales. Este nuevo organigrama queda reflejado en el artículo 137 del texto

constitucional, cuando indica que “el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan”, entidades que “gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.

En este contexto, resulta sumamente importante una adecuada distribución del poder tributario entre los distintos niveles de gobierno, con la que se delimite un espacio fiscal propio para cada entidad que encuentre fundamento en manifestaciones concretas y perfectamente diferenciadas de capacidad económica; más aún, cuando, a día de hoy, junto al Estado y a las distintas Comunidades Autónomas, concurren un total de 13.089 Entidades Locales territoriales.

Los municipios —además de ser los más numerosos, con un total de 8.131— son los que prestan mayores servicios y competencias a la ciudadanía, lo que se traduce en la disposición de la mayor partida de ingresos y gastos del ámbito local. El artículo 140 de la Constitución española garantiza la autonomía de los municipios, confiriéndoles personalidad jurídica plena, lo que, en atención a lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, puede traducirse en la atribución del «derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes».

La asunción de las competencias y de los asuntos encomendados de manera autónoma requiere que el ente titular de las mismas disponga de recursos suficientes con los que financiar los gastos derivados de su prestación. Por esta razón, la vertiente financiera constituye —si no la principal— una de las principales manifestaciones de la propia autonomía. Así parece entenderlo el constituyente cuando, tras proclamar la autonomía local, recoge en el artículo 142 la necesaria «disposición de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la Ley atribuye a las corporaciones respectivas», para lo que «se nutrirán fundamentalmente

de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas».

El análisis de la norma objeto de esta Jornada académico-científica, con la que nuestra Comunidad Autónoma cumple con lo dispuesto en el precepto que acabamos de reproducir nos ha permitido profundizar en el efectivo ejercicio de la autonomía de los municipios extremeños, reflejado, principalmente, en la creación de un Fondo de Participación en sus propios ingresos. Para el examen de la norma, contamos con destacados profesores de Derecho Financiero y Tributario, el Dr. Isaac Merino Jara y el Dr. Clemente Checa González, que, partiendo del examen constitucional del principio de autonomía, descendieron a su específico desarrollo en la Ley autonómica.

El desarrollo teórico de las disposiciones relativas a la vertiente financiera se completó con la visión en la tramitación de la norma de D. Saturnino López Marroyo, Diputado del Partido Popular en la Asamblea de Extremadura y Portavoz de Administración local; y con la aplicación práctica de la misma, a cargo de D. Alfredo Aguilera Alcántara, Presidente de la Mancomunidad Tajo-Salor desde el 2011 hasta el 2015.

Ambos hicieron especial hincapié en la necesidad de que el efectivo ejercicio de la autonomía no solamente requiere de recursos económicos que garanticen su viabilidad, sino también de libertad en la toma de decisiones, cuestión inherente al propio concepto de autonomía. Esa libertad en la toma de decisiones debe tener un objetivo claro, que no es otro que el de permitir atender adecuadamente las necesidades particulares que tenga cada municipio. Por todo ello, nos centramos en la configuración del principal instrumento que contiene la norma, un fondo de carácter incondicionado con el que se pretende garantizar la libre disposición de los recursos, sin condicionamientos indebidos que obstruyan el libre ejercicio de la autonomía municipal en la vertiente del gasto.

Las propuestas en torno a la futura reforma del sistema de financiación local, formuladas por el Dr. Juan Calvo Vérguez, pusieron el broche

final a esta Jornada que, como se ha indicado, traen causa del cumplimiento del deber constitucional de garantizar recursos suficientes a la Administración local; la Administración -no lo olvidemos- más cercana a los ciudadanos y que, en aplicación del principio de subsidiariedad, atiende con mayor eficacia las necesidades que éstos le plantean.



**JORNADAS SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL E
INDUSTRIAL: *DERECHOS MORALES DE LOS CREADORES.*
CARACTERÍSTICAS, ÁMBITO Y LÍMITES
(Área de Derecho Mercantil)**

**CONFERENCE ON INTELLECTUAL AND INDUSTRIAL
PROPERTY: MORAL RIGHTS OF CREATORS.
CHARACTERISTICS, SCOPE AND LIMITS
(*Commercial Law Area*).**

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA

Bajo el patrocinio de la Asociación Internacional para el Estudio del Derecho de Autor (ASEDA) y la Entidad de Gestión de los Derechos de Autor de Artistas e Intérpretes (AISGE), los días 10 y 11 de mayo de 2019 se celebraron en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, en Cáceres, unas Jornadas sobre la Propiedad Intelectual e Industrial, bajo el título *DERECHOS MORALES DE LOS CREADORES. CARACTERÍSTICAS, ÁMBITO Y LÍMITES*.

Las Jornadas estuvieron dirigidas por *Carlos Rogel Vide*, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, y *José Antonio Vega Vega*, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Extremadura. Participaron catedráticos y profesores titulares de Universidad de las Áreas de Derecho Civil y Mercantil de España, Cuba y Méjico, todos ellos expertos en la materia.

El objetivo principal de las Jornadas era una análisis crítico-dogmático de la relevancia de los derechos que tiene el creador de bienes inmateriales, sean de naturaleza intelectual o industrial, en los que se integran, además de los derechos de explotación, diferentes facultades de índole moral o ideal.

En la producción intelectual, lo usual suele ser que una obra del ingenio se cree, además de por interés económico, para la propia realización personal del autor, sin perjuicio del resultado indirecto de su contribución al acervo cultural de la sociedad. La producción industrial, aunque pertenece también a la categoría de bien inmaterial, está integrada por facultades que participan de la naturaleza moral en menor medida, pues prácticamente solo puede calificarse como tal derecho la facultad del creador de ser mencionado como inventor en las patentes.

Esta primera apreciación nos lleva a colegir ciertas diferencias entre la creación intelectual y la creación industrial. Las obras llamadas del ingenio, con fondo artístico, literario o científico, se caracterizan por su “estaticidad”. Esto es, se conciben como aptas para ser disfrutadas de forma contemplativa o sin acción por parte del destinatario; en otras palabras, vienen a colmar necesidades psicológicas, ideales o culturales. Por su parte, la dinamicidad de los resultados de las obras de los inventores tiene un sentido más práctico o industrial, lo que se traduce en la satisfacción de necesidades materiales o técnicas de la humanidad.

Las ponencias, pues, se dirigieron a perfilar los derechos morales que surgen de todas las obras del intelecto, tengan un fin contemplativo o más bien práctico. Junto a la temporalidad, existen otros caracteres que sirvan para delimitar el ámbito y contenido de actuación de los titulares. Entre ellos, la irrenunciabilidad e inalienabilidad de determinadas facultades; el derecho a la no divulgación de la obra, sea por el propio autor o por sus causahabientes; la modificación y transformación en relación con la exigencia de integridad; el derecho de arrepentimiento o facultad

de retirar la obra del comercio por cambio de convicciones intelectuales; el acceso al ejemplar raro o único, entre otros.

Las Jornadas fueron inauguradas por don Sixto Sánchez-Lauro, vicedecano de la Facultad de Derecho, en sustitución del señor decano, don Alfonso Cardenal, y de la vicedecana y profesora de Derecho Mercantil, doña María Antonia Arroyo, ausentes ambos por obligaciones académicas fuera de Extremadura. Las Jornadas discurrieron muy animadas y se suscitaron vivos e interesantes debates sobre temas controvertidos de interés científico. Una inolvidable visita a la parte antigua de la ciudad cacereña guiada y explicada por el experto mencionado señor vicedecano, puso un digno colofón a la reunión.

Las ponencias han sido recogidas en una obra monográfica con el mismo título, que vio la luz a finales del año 2019, en la Colección de Propiedad Intelectual de la Editorial Reus, de Madrid.

PONENCIAS DEBATIDAS Y PUBLICADAS

1. Características de los derechos morales de los autores; irrenunciabilidad e inalienabilidad. Derechos morales y derechos de la personalidad. Semejanzas y diferencias. Perpetuidad y temporalidad de unos y otros. *Caridad Valdés Díaz, Catedrática de Derecho Civil. Universidad de La Habana.*

2. Derecho de divulgación del artista plástico y derecho de exposición pública del propietario del original de la obra: su conciliación y otras cuestiones de interés al hilo del artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual. *Margarita Castilla Barea, Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Cádiz.*

3. Derecho de los causahabientes a la no divulgación de la obra y vulneración, mediante su ejercicio, del derecho de acceso a la cultura. El

artículo 44 de la Constitución y el artículo 40 LPI. *José Antonio Vega Vega, Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Extremadura.*

4. Aspectos esenciales del derecho a la integridad de la obra y su posible colisión con otros derechos. Posibilidad de modificación de la obra, incluso en contra de la voluntad del autor de la misma. Retirada de la obra del lugar en que esté expuesta. *Eduardo Serrano Gómez, Profesor Titular de Derecho Civil (Acreditado como Catedrático). Universidad Complutense de Madrid.*

5. El llamado derecho de arrepentimiento de los autores y sus requisitos. Retirada de la obra del mercado. Necesidad de indemnizar a los cesionarios. Nueva publicación de la obra y derechos preferentes de los cesionarios dichos. *Carlos Rogel Vide, Catedrático de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid.*

6. El acceso al ejemplar único o raro de la obra como pretendido derecho moral. Ejercicio del acceso y posibles daños causados al poseedor. *Andrés Domínguez Luelmo, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valladolid.*

7. Integridad y transformación de obras que se encuentran en el dominio público. En torno a su apropiación en exclusiva por terceros. *Susana Navas Navarro, Catedrática de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Barcelona.*

8. Singularidades de los derechos morales en relación con los artistas intérpretes o ejecutantes: El artículo 113 LPI. *Concepción Saiz García, Profesora Titular del Derecho Civil. Universidad de Valencia.*



**CONGRESO INTERNACIONAL. VI PROCESSULUS:
ENCUENTRO DE JÓVENES INVESTIGADORES
EN DERECHO PROCESAL
(Área de Derecho Procesal)**

**INTERNATIONAL CONGRESS. VI PROCESSULUS: MEETING
OF YOUNG RESEARCHERS IN PROCEDURAL LAW
(Area of Procedural Law)**

JESÚS CONDE FUENTES

Bajo la dirección del del Dr. Jesús Conde Fuentes, Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, se celebró el Congreso Internacional *VI Processulus: Encuentro de jóvenes investigadores en Derecho Procesal* durante los días 16 y 17 de mayo de 2019. Dicho Congreso se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (Cáceres), consolidándose como un encuentro científico anual de jóvenes investigadores en Derecho Procesal. *Processulus* ha sumado en cada edición una mayor y más variada participación de jóvenes procesalistas, creciendo como foro de encuentro y debate jurídico. En esta VI edición hemos contado, por vez primera, con el patrocinio de la Fundación Manuel Serra Domínguez¹, sin la cual

¹ Ayuda concedida en el marco de la IV Convocatoria de Ayudas para la financiación de actividades propias de la Fundación Manuel Serra Domínguez, mediante resolución del Patronato de la Fundación, en su reunión de 8 de octubre de 2018.

no hubiera sido posible celebrar el encuentro y, menos aún, publicar los resultados del encuentro en una obra colectiva.

En esta VI edición hemos asumido la Dirección Académica de la actividad, mientras que en la Secretaría Académica hemos contado con la inestimable colaboración de la Profesora Paloma Arrabal Platero, de la Universidad Miguel Hernández. En el comité organizador hemos contado con la coordinación del Profesor Pablo García Molina, de la Universidad de Cádiz, y con el resto de los organizadores de las cinco ediciones anteriores del *Processulus*. De cara a la adecuada selección y aceptación de trabajos que se presentaron en el Congreso, se creó un Comité Científico presidido por el Profesor Gregorio Serrano Hoyo, de la Universidad de Extremadura. En este sentido, se estableció una fecha límite para el envío de los resúmenes o *abstracts* a la dirección de correo del Congreso (processulus@gmail.com); siendo esta fecha el 8 de abril de 2019. Toda la información sobre los requisitos formales y de fondo de los resúmenes, así como otra información relevante del Congreso, ha estado disponible en un espacio web creado al efecto para los asistentes y comunicantes al Congreso. Una vez recopilados los trabajos enviados, han sido seleccionados y dispuestos en cada una de las 5 mesas con las que ha contado el Congreso², elaborándose entonces el Programa definitivo. Tanto los asistentes como los comunicantes han estado informados permanentemente sobre los aspectos fundamentales del Congreso: organización, acreditaciones, celebración de las mesas, almuerzos y cenas.

En cuanto a los padrinos y madrinas de cada una de las mesas del Congreso hemos contado con procesalistas de reconocido prestigio; a saber: María Félix Tena Aragón, Magistrada y Presidenta de la Audiencia Provincial de Cáceres; Vicente Pérez Daudí, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona; Fernando Gascón Inchausti, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid; Nicolás Rodríguez García, Catedrático de Derecho Procesal de la

² Disponible en: https://eventos.unex.es/29295/detail/vi-processulus_-encuentro-de-jovenes-investigadores-en-derecho-procesal.html

Universidad de Salamanca; y Helena Soletto Muñoz, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid. Igualmente, hemos contado con la inestimable ayuda de la Profesora Teresa Armenta Deu, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Girona, que ha coordinado varias mesas.

Los jóvenes investigadores que han participado en el *VI Processulus* proceden de universidades nacionales (A Coruña, Cantabria, Santiago de Compostela, Granada, Sevilla, Pablo de Olavide, Almería, Carlos III de Madrid, Complutense de Madrid, Miguel Hernández, Alicante, Cádiz, Salamanca, Girona y Barcelona) e internacionales (Universidade do Porto).

La temática principal de la VI edición del *Processulus* ha sido LA JUSTICIA DIGITAL EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO; una temática de candente actualidad con incidencias en el proceso civil, en el proceso penal, en la cooperación procesal internacional y en los medios alternativos de resolución de conflictos. Por lo tanto, en el *VI Processulus* se ha debatido y reflexionado sobre temas tan relevantes como la protección de datos de carácter personal en la Administración de Justicia, de inteligencia artificial, del expediente judicial electrónico, de la subasta electrónica, de la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso penal (prueba penal electrónica, videoconferencia, compliance digital etc.), de cooperación judicial internacional (obtención transfronteriza de prueba penal electrónica, ciberseguridad etc.), de la resolución en línea de litigios en penal electrónica, ciberseguridad etc.), así como de la resolución en línea de litigios en materia de consumo. En definitiva, se ha abordado la situación actual y las perspectivas de futuro de las numerosas implicaciones de la Justicia Digital en España y la Unión Europea.

El Congreso se ha organizado en torno a cinco mesas de comunicaciones, donde el padrino o madrina han expuesto una conferencia sobre los aspectos generales de cada mesa y, a continuación, los comunicantes

han analizado una serie de temáticas concretas relacionadas con la mesa en cuestión. De esta forma, la disposición en mesas ha sido la siguiente:

MESA 1: LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LA ERA DIGITAL, amadrinada por María Félix Tena Aragón y donde se defendieron públicamente un total de 7 comunicaciones.

MESA 2: LA JUSTICIA CIVIL ANTE LOS RETOS DE LAS TIC, apadrinada por Vicente Pérez Daudí y donde se defendieron públicamente un total de 7 comunicaciones.

MESA 3: LA JUSTICIA PENAL ANTE LOS RETOS DE LAS TIC, apadrinada por Fernando Gascón Inchausti y donde se defendieron públicamente un total de 7 comunicaciones.

MESA 4: COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL Y TIC, apadrinada por Nicolás Rodríguez García y donde se defendieron públicamente un total de 6 comunicaciones.

MESA 5: RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS, amadrinada por Helena Soletto Muñoz y donde se defendieron públicamente un total de 6 comunicaciones.

Como colofón, se impartieron dos conferencias de clausura. La primera de ellas, a cargo de Isabel Collado Castaño, Secretaria de Gobierno del TSJ de Extremadura, versó sobre la implantación de la Justicia Digital en las oficinas judiciales de Extremadura. La segunda conferencia, a cargo de Antonio Roncero Águila, Decano del Ilustre Colegio de Procuradores de Cáceres, tuvo que ver con las disfunciones que presenta el expediente judicial electrónico desde el punto de vista del Procurador de los Tribunales.

Antes de que el Congreso se clausurase, durante la tarde del viernes 17 de mayo de 2019, se entregó el Premio a la mejor comunicación por parte de *Processulus: Asociación de Jóvenes Investigadores en Derecho Procesal*. Hemos de indicar que es el *Processulus* donde se convoca este premio, habiendo recaído en la persona de Ana Rodríguez Álvarez,

Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela, con la comunicación titulada “*Sin palabras 🗨️: Los emojis como prueba en el proceso 🏛️*”; haciéndole entrega del correspondiente certificado que la acredita como ganadora. Por último, en calidad de Director Académico de la VI edición del *Processulus*, el Dr. Conde Fuentes declaró clausurado el encuentro dando las gracias a todos los participantes, colaboradores y, especialmente, a la Fundación Manuel Serra Domínguez. Del mismo modo, se anunció que la VII edición se celebrará en la Universidad Miguel Hernández de Elche, a cargo de la Profesora Paloma Arrabal Platero, durante el año 2020.

Sin duda alguna, *Processulus* se ha superado en cada edición en cuanto al número de asistentes y de comunicantes. Más concretamente, asistieron un total de 64 personas, entre los que se encontraban los propios comunicantes, alumnos del Grado en Derecho, del Máster en Abogacía, así como distintos profesionales del mundo del Derecho (jueces, magistrados, abogados etc.). Del mismo modo, la VI edición del *Processulus* se ha superado en cuanto a comunicaciones presentadas y defendidas públicamente, con un total de 33 comunicaciones distribuidas entre las 5 mesas del Congreso.

Una vez celebrado el Congreso, enviamos a los comunicantes y a los padrinos y madrinas las normas de estilo de cara a publicar los resultados del Congreso en una obra colectiva, fijándose como fecha para la entrega de los trabajos el mes de julio de 2019. Siguiendo la trayectoria de las cinco ediciones anteriores y, dado el rigor científico del *Processulus* como encuentro de jóvenes investigadores en Derecho Procesal, consideramos necesaria la publicación de los resultados del Congreso como medio de transmisión del conocimiento y de transferencia de resultados a la sociedad. De esta forma, conseguimos el compromiso formal de la Editorial Jurídica Atelier para que publicase los resultados del VI *Processulus* en una obra colectiva que lleva por nombre “*LA JUSTICIA DIGITAL EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO*”, y que vio la luz a finales del mes de

noviembre 2019. En este cometido es justo reconocer, al igual que en el de la organización del evento, la ayuda económica concedida por la Fundación Manuel Serra Domínguez pues, insistimos, sin su patrocinio no hubiera sido posible la publicación en una obra colectiva de los resultados del *VI Processulus*.

Por último, hemos de señalar que el Congreso ha sido un éxito rotundo en todos los sentidos, consolidándose como encuentro de referencia entre los jóvenes procesalistas de nuestro país y de otros países de nuestro entorno. Basta con observar los datos de asistentes y comunicantes, así como el eco que se han hecho diversos medios de comunicación sobre el *VI Processulus*³. Teniendo en cuenta el patrocinio de la Fundación Manuel Serra Domínguez, hemos de indicar que la referencia a su mecenazgo se ha hecho constar, expresamente, en todas las actividades relacionadas con el Congreso: publicidad del evento, programa del Congreso, certificados de participación y de asistencia, así como en la obra colectiva que verá la luz durante el presente año 2019; habiéndose utilizado el logo de la Fundación. A tal fin, una vez se publique la obra colectiva resultante del *VI Processulus*, enviaremos varios ejemplares a la Fundación Manuel Serra Domínguez a la cual, agradecemos una vez más, su inestimable colaboración.

3 Entre otras, pueden consultarse las siguiente noticias disponibles en internet: http://nosolomericida.es/web/index.php?option=com_content&view=article&id=68391:el-vi-encuentro-de-jovenes-investigadores-en-derecho-procesal-esta-dedicado-a-la-justicia-digital&catid=55:extremadura&Itemid=84; https://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/caceres/jornada-derecho-procesal- uex_1158413.html; <https://www.elperiodico.com/es/sucesos-y-tribunales/20190519/son-los-emojis-pruebas-juicio-7462796> [consultadas el 24 de julio de 2019].



**SEMINARIO HISPANO-LUSO: INTRODUCCIÓN A LA
HISTORIA Y AL DERECHO PÚBLICO DE PORTUGAL
(Áreas de Historia del Derecho y de Derecho Administrativo
y Departamento de Historia)**

***SPANISH-PORTUGUESE SEMINAR: INTRODUCTION TO
THE HISTORY AND PUBLIC LAW OF PORTUGAL
(Areas of History of Law and Administrative Law
and History Department)***

ELISA DÍAZ ÁLVAREZ

Durante los días 3 y 4 de octubre de 2019, el Aula Polivalente de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Extremadura, en Cáceres, acogió el Primer Seminario Hispano-Luso sobre la *Historia y el Derecho Público de Portugal*. Este Seminario, constituido por las Áreas de Historia del Derecho y de Derecho Administrativo y por el Departamento de Historia de la Universidad de Extremadura, fue organizado por la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste. Estuvo estructurado en cuatro conferencias y otros tantos coloquios, con intervenciones complementarias del profesorado asistente. El objetivo principal era el fomento de la movilidad de universitarios a partir del conocimiento de la problemática transfronteriza, así como la sensibilización cultural ante la realidad iushistórica portuguesa, su actual constitucionalidad e instituciones y sus fundamentos históricos.

Las dos ponencias de la primera jornada estuvieron dirigidas a explicar la Historia del país vecino entre el siglo XI y la actualidad. Esta ambiciosa labor de síntesis fue llevada a cabo por Dña. Manuela Mendonça, Doctora en Historia Moderna y Contemporánea y Presidenta de la Academia Portuguesa de Historia, y D. Fernando Martins, profesor de Historia Contemporánea de la Universidad de Évora.

La Dra. Mendonça trazó una panorámica histórica de Portugal, cuyo devenir estuvo siempre ligado al de otros reinos ibéricos. La Profesora partió, en su exposición, de la formación del Condado Portucalense, tras el otorgamiento de las tierras emplazadas al sur de Galicia por parte de Alfonso VI de León a Enrique de Borgoña en el año 1096. Pero el hijo que el conde tendría con Teresa de León, Alfonso Enríquez, terminó por asumir el gobierno del Condado Portucalense tras vencer a su madre en un largo enfrentamiento que culminó en la Batalla de São Mamede. Estos hechos iniciaron el camino hacia la independencia, que se tornaría definitiva con la Paz de Zamora, firmada entre Alfonso I y su primo Alfonso VII de León en 1143 y refrendada por la Bula *Manifestis Probatum* del Papa Alejandro III, en 1179.

Desde ese momento, el Reino de Portugal atravesó por un proceso lleno de altibajos hasta su transformación en un Estado Moderno. Durante el ciclo de reconquista se produjo la expansión territorial hacia el sur y se ocupó Santarém y Lisboa a mediados del siglo XII (1147). Destacó en este período el rey Sancho I, que fue el artífice de una importante política de concesiones para la repoblación de tierras. Una vez sentadas las bases de la consolidación económica y demográfica, Alfonso II reforzó el poder de la monarquía a través de una reforma fiscal que afectó a los señoríos y a las propiedades de la Iglesia, con la cual hubo de reconciliarse su sucesor Sancho II. Con este rey, la reconquista avanzó hasta el Algarve. Mas el ciclo de reconquista se cerró con Alfonso III, que no solo gestionó la pacificación del reino, sino también la conquista del último reducto musulmán, dominando Faro. Ya en el siglo XIV, la proliferación del comercio en el Mediterráneo y el Atlántico norte fomentó la

expansión del comercio luso bajo el mandato de Dionisio I, que igualmente se enfrentó con el reino vecino, asentándose la frontera portuguesa en 1297, con el Tratado de Alcañices.

Idéntica política de organización del reino fue continuada por sus sucesores. Posteriormente, en 1383, tras la muerte de D. Fernando, las huestes castellanas hicieron peligrar la independencia del Reino de Portugal, que se revalidó tras la victoria en la Batalla de la Aljubarrota de 1385 por parte de Juan, Maestre de Avís, aclamado como João I. Así, se instauró la dinastía de la Casa de Avís y se abrió una nueva etapa de exploraciones y descubrimientos, iniciada con la conquista de Ceuta, en 1415. Gracias al desarrollo de la construcción naval y de las técnicas de navegación, lideradas por el infante Henrique, El Navegante, la expansión marítima avanzó por el Atlántico Sur, doblándose el Cabo de Buena Esperanza en 1498, encontrándose así el deseado camino marítimo hacia la India. En esta fase se produjo igualmente una diversificación de las relaciones familiares. Todavía, el buen entendimiento con los castellanos sería recuperado, siendo reforzado con dos matrimonios: el de Isabel de Portugal y Juan II de Castilla y el de Juana de Portugal con Enrique IV de Castilla. Sin embargo, al fallecimiento de este último devino una guerra civil por la sucesión al trono entre su supuesta hija Juana – en Castilla apodada La Beltraneja y en Portugal conocida como Excelente Señora – y su hermana paterna Isabel, teniendo al rey de Portugal, Alfonso V, como defensor de los intereses de Juana. La disputa se saldó en 1479 con la firma del Tratado de Alcáçovas, en virtud del cual los Reyes Católicos renunciaron al trono portugués y Alfonso V hizo lo propio con el castellano. Además, se repartieron las posesiones del Atlántico, de manera que Castilla asumió el control sobre las islas Canarias y Portugal sobre Cabo Verde, Guinea y los archipiélagos de Madeira y Azores. Con todo, tal distribución hubo de ser alterada a raíz de la llegada de Colón a tierras americanas en 1492. El rey Juan II mostró su desacuerdo con los términos establecidos en la Bula *Inter Coetera* del Papa Borgia, Alejandro VI, por lo que la negociación se reabrió en el Tratado de Tordesillas de 1494.

La línea divisoria entre los territorios de ambos reinos se trazó a trescientas setenta leguas al oeste de las islas Cabo Verde, de manera que una buena parte del futuro Brasil quedaría posteriormente bajo dominio luso. Durante el reinado de su sucesor Manuel I, que prosiguió la expansión ultramarina, Vasco de Gama encontró una ruta hacia la India por el Atlántico y Pedro Álvares Cabral llegó al Brasil.

Posteriormente, la muerte sin descendencia de Sebastián I propició la unión ibérica después de varios intentos. La Casa de Austria asumió entonces la Corona portuguesa, que pasó a las manos de Felipe II de España y I de Portugal. Esta pérdida de independencia durante parte de los siglos XVI y XVII llegó a su fin en 1640 con la aclamación de Juan IV como rey, siendo reconocida su soberanía por el Tratado de Lisboa de 1668. Con él, se inauguró la dinastía de Braganza, que amplió la ocupación del Brasil, fuente de piedras preciosas y oro. En los albores del fin del Antiguo Régimen, los lusos tuvieron que lidiar con la invasión de las tropas napoleónicas, que llegaron a Lisboa en 1807, lo cual hizo que el rey se trasladara a Brasil. Portugal fue entonces gobernado desde Brasil, manteniendo siempre la soberanía regia, contando con el apoyo de Inglaterra. Después de superada esta primera invasión, habría dos más -en 1809 y 1810-, ambas neutralizadas por las fuerzas portuguesas e inglesas.

A partir de 1820 se inicia la etapa liberal, que determinaría el regreso del rey a Lisboa. Esta situación propició la aprobación de una Constitución y la independencia de Brasil dos años después. Esto, sumado a la crisis de la monarquía, sumió al Estado en una profunda crisis. A partir de entonces, la Corona comenzó a debilitarse como consecuencia de los conflictos y luchas partidistas. Además, el Estado se vio afectado por la crisis colonial por la que atravesó África a finales del siglo XIX, con lo que hubo de poner en marcha varias campañas militares para recuperar las posesiones en África. En este contexto, los republicanos, radicalizados por la recesión del país, acabaron con la vida del rey Carlos I y del príncipe Luis Felipe de Braganza. Manuel II no fue capaz de frenar el

avance de este poderoso movimiento y la República fue proclamada en el año 1910, relegando al monarca al exilio en el Reino Unido.

El Profesor de la Universidad de Évora, el Dr. Fernando Martins, enlazó en su exposición de la tarde del día 3 con el inicio de la República, trazando un análisis panorámico de la historia portuguesa hasta el momento presente. Para el Dr. Martins, el régimen republicano tampoco logró remediar la crisis. Los problemas sociales, la corrupción y las tensiones con la Iglesia Católica debido a las políticas laicas se multiplicaron con la participación lusa en la I Guerra Mundial, que disparó la inflación. Este ambiente de inestabilidad desembocó en el golpe de Estado de 1926, que dio paso a la dictadura militar del General Carmona tras el fracaso de Gomes da Costa. Nació así el *Estado Novo*, un sistema autoritario, corporativista, antiliberal y de marcado carácter conservador. Pero el gobierno siguió mostrando una profunda preocupación por el estado crítico de las finanzas del país, por lo que acudió a un prestigioso profesor de economía llamado António de Oliveira Salazar, que fue adquiriendo peso político hasta su nombramiento como Primer Ministro en 1932.

Considerado como un salvador de la patria, este personaje dio forma y consolidó el *Estado Novo*, otorgando amplios poderes al Ejecutivo y rigiéndose por la máxima "Dios, Patria y Familia". A lo largo de cuarenta y ocho años, el Salazarismo sufrió diversas modificaciones y alteraciones. Algunos de los acontecimientos más importantes fueron la aprobación de la Constitución de 1933 y el ingreso en la OTAN y la ONU en 1949 y 1955, respectivamente. La dictadura más longeva de Europa llegó a su fin en 1974, a raíz del golpe de Estado perpetrado por una coalición de izquierdas formada por miembros del Ejército portugués. Este acontecimiento, conocido como la "Revolución de los Claveles", por las flores que los soldados pusieron en los cañones de sus armas como símbolo de que no estaban dispuestos a dispararlas, fue el inicio de un nuevo período en la Historia portuguesa. Un año después, el 25 de abril de 1975, se celebraron las primeras elecciones democráticas y de los comicios surgiría la

Constitución de 1976, que actualmente sigue vigente, aunque ha sido revisada en varias ocasiones.

La segunda jornada del Seminario Hispano-Luso estuvo dedicada al Derecho Público. D. José Lucas Cardoso, profesor de Derecho Público de la Universidad Lusíada y del Instituto Politécnico de Lisboa, impartió dos conferencias destinadas a introducir el Derecho Constitucional y Administrativo de Portugal. Su explicación partió de los inicios de la senda constitucional en el año 1822, con la aprobación de la primera ley fundamental del país vecino. Su trayectoria fue muy similar a la española, pues a los efímeros períodos de vigencia de este primer texto siguieron otros de corte liberal y republicano. La Constitución portuguesa actual, redactada en 1976 tras la Revolución de los Claveles, es el resultado de un compromiso entre los militares y los diferentes partidos políticos. Así, por un período transitorio, fijado en cuatro años en los términos del II Pacto MFA/Partidos Políticos, los órganos elegidos democráticamente hubieron de convivir con el Consejo de la Revolución, de manera que Portugal se convirtió en “una democracia a la sombra de las espadas”. Esto hizo que el Consejo asumiera las funciones legislativas y ejecutivas en materia militar, y por eso el Ministro de Defensa era una plaza meramente nominal, aunque tenía competencia para bloquear algunas decisiones del Presidente de la República y hacer el control de constitucionalidad de las leyes.. No obstante, en noviembre de 1975, en los términos del mismo II Pacto, los partidos políticos consiguieron que fuera asesorado por una comisión de juristas, lo cual sería el origen del Tribunal Constitucional.

Desde entonces, la Constitución portuguesa de 1976 ha sido revisada hasta en siete ocasiones, siendo las reformas de mayor calado las de 1982, 1989 y 1997. Compuesta por doscientos noventa y seis artículos, comienza con un Preámbulo donde la Asamblea Constituyente proclama la decisión del pueblo de defender la independencia nacional, garantizar los Derechos Fundamentales de los ciudadanos, establecer los principios básicos de la democracia, asegurar la primacía del Estado de derecho democrático con vista a la construcción de una sociedad libre, justa y

solidaria. Como Estado democrático, cuenta con un Presidente de la República elegido por el Parlamento y con un Primer Ministro nombrado por aquél, tras consultar con los partidos que poseen representación en la Cámara y teniendo en cuenta los resultados electorales. Los restantes miembros del Gobierno son igualmente designados por el Presidente de la República, pero a propuesta del Primer Ministro. Aun así, una de las competencias de la Asamblea de la República es votar mociones de confianza y de censura al Gobierno. El Jefe del mismo no necesita tampoco una mayoría absoluta para obtener la confianza de la Cámara; tan solo que no haya una mayoría absoluta expresa contraria, por lo que se deduce que la Constitución se muestra favorable a la conformación de gobiernos minoritarios.

Asimismo, compete al Presidente de la República la disolución de la Asamblea, oídos los partidos representados en ella y el Consejo de Estado. Pero esto es solamente posible cuando hayan transcurrido seis meses de legislatura, un rasgo heredado de la antigua Monarquía Constitucional, donde el plazo era de tres meses. En dicho régimen, el monarca tenía un poder moderador y era Jefe de los poderes ejecutivo y legislativo. A partir de 1976, el poder ejecutivo se confió a un gabinete y el Presidente de la República se eligió para moderar los distintos poderes del Estado. Podrá, además, dimitir el Gobierno para asegurar el funcionamiento de las instituciones democráticas. Otra de sus competencias es la promulgación y recusación de todos los actos legislativos. Con todo, su veto a la ley no es definitivo, pues ha de enviarlo al Parlamento para que se realice una segunda votación donde se requiere mayoría absoluta. Luego, el veto es meramente suspensivo. Finalmente, tiene competencia para nombrar jefes militares y presidentes de los gobiernos regionales, aunque habiendo escuchado previamente a los partidos que componen la Asamblea Regional.

Por otra parte, la Constitución de 1976 prevé dos órganos legislativos ordinarios: el Parlamento y el Gobierno y todas las materias de interés público podrán ser objeto de regulación por acto legislativo. De hecho,

como apuntó el ponente, el Gobierno portugués es seguramente el que posee la competencia legislativa más extensa de Europa. Le compete exclusivamente la gestión de su propia organización y funcionamiento, mientras que el Parlamento tiene una serie de materias reservadas, tales como la aprobación de las modificaciones de la Constitución y las leyes en las materias que el legislador constituyente calificó como más sensibles en el marco del Estado de Derecho Democrático, como los Estatutos de las Regiones Autónomas, los regímenes jurídicos de las elecciones y referendos, del Tribunal Constitucional, de la defensa nacional, del estado de sitio y de emergencia, de la ciudadanía portuguesa, del estado y capacidad de las personas, de los derechos, libertades e garantías, de los crímenes, penas, medidas de seguridad e ilícitos de mera ordenación social y además sobre todos los asuntos mencionados en los artículos 164.º y 165.º de la Constitución. Las demás materias quedan incorporadas en la competencia concurrente entre el Parlamento y el Gobierno y a diferencia de lo que sucede en España, ambas normas tienen el mismo valor y fuerza jurídica, con lo cual en caso de concurrencia se aplica el principio de *lex posterior derogat anterior*. Además, el Parlamento es titular de una potestad de control sobre los decretos-leyes aprobados por el Gobierno, pudiéndolos modificar o hacer cesar su vigencia, y aun de otras competencias políticas como el otorgamiento de amnistías, la aprobación de las grandes opciones de los planos económicos y sociales y el presupuesto general del Estado, de los tratados de participación en organizaciones internacionales, de amistad, de paz, de defensa, de rectificación de fronteras y de los respectivos asuntos militares, de velar por el cumplimiento del texto constitucional y de autorizar al Jefe de Estado a declarar el estado de sitio y de emergencia.

Es preciso señalar que, como consecuencia de la amplia competencia legislativa de la que el Gobierno es titular, la Administración portuguesa no está subordinada al Parlamento excepto en las materias de los artículos 164.º y 165.º de la Constitución. El 199.º estipula que “el Gobierno, en el ejercicio de sus funciones administrativas: elabora y ejecuta los

planes tomando como base las leyes de las grandes opciones, hace ejecutar los Presupuestos Generales del Estado, dicta los reglamentos necesarios para la recta ejecución de las leyes, dirige los servicios y la actividad de la Administración Directa del Estado, civil y militar, supervisa la Administración Indirecta y ejerce la tutela sobre esta y sobre la Administración Autónoma, realiza todos los actos exigidos por la ley en lo que se refiere a los funcionarios y agentes del Estado y de otras personas colectivas de carácter público, defiende la legalidad democrática y realiza todos los actos y adopta las medidas necesarias para el fomento del desarrollo económico-social y la satisfacción de las necesidades colectivas”.

Además de los órganos legislativos concurrentes, existen dos Regiones Autónomas – los archipiélagos de Madeira y Azores –, que por su carácter ultraperiférico y por su histórica identidad gozan de esta consideración. Sin embargo, en el territorio que forma parte del continente no hay descentralización política, solo administrativa. Las Regiones Autónomas, por su parte, son titulares de autonomía política, legislativa y administrativa, pero no judicial. Estas regiones tienen órganos de gobierno propios, que son la Asamblea Legislativa de la Región Autónoma, elegida por los ciudadanos residentes, y el Gobierno regional, designado por el Jefe del Estado, siguiendo criterios similares a los que se han expuesto más arriba para el ámbito nacional. Cuentan con un Representante de la República que ejerce el control sobre la actividad de los órganos regionales. Al igual que en España, Madeira y Azores están dotadas de estatutos político-administrativos elaborados por la Asambleas Legislativas de la Región Autónoma y enviados para su discusión y aprobación a la Asamblea de la República. Cuando esta última rechaza el proyecto o introduce modificaciones, ha de remitirlo a la respectiva asamblea legislativa de la Región Autónoma para que lo examine y emita un dictamen. Una vez redactado, la Asamblea de la República procede a la discusión y decisión final.

El artículo 227 regula las competencias que otorgan los citados estatutos, entre las cuales se encuentran las siguientes: legislar en las

materias enunciadas en el Estatuto político-administrativo de la Región que no estén reservadas a la competencia propia de los órganos de soberanía; legislar, con autorización de la Asamblea de la República, en materias de interés específico para las regiones que no estén reservadas a la competencia propia de los órganos de soberanía; desarrollar, en función del interés específico de las regiones, las leyes de bases en materias no reservadas a la competencia de la Asamblea de la República; reglamentar la legislación regional y las leyes generales emanadas de los órganos de soberanía que no reserven a éstos la respectiva potestad reglamentaria; ejercer la iniciativa estatutaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 226; ejercer poder ejecutivo propio y administrar su patrimonio y disponer de él y celebrar los actos y contratos en los que tengan interés. Sobre esto, importa mencionar que los asuntos incorporados en la autonomía legislativa de la región, en el marco de la propia legislación regional. El Derecho nacional se aplica tan solo a título suplementario.

Esta articulación territorial se completa con otra de las cuestiones que el Profesor Cardoso trató en su extensa ponencia: las regiones administrativas. Conforme a lo dispuesto en la Constitución, son creadas simultáneamente por una ley que define sus respectivos poderes y la composición, competencia y funcionamiento de sus órganos, pudiendo establecer diferencias en cuanto al régimen aplicable a cada una. Regidas por una Asamblea Regional y una Junta Regional, les corresponde la dirección de servicios públicos y tareas de coordinación y apoyo a la acción de los municipios, aunque respetando su autonomía y sin limitar sus poderes.

A la luz de todos estos datos e informaciones, se puede concluir que España y Portugal no solo han compartido un pasado histórico, cultural e institucional, sino que poseen un futuro común desde su incorporación a la Unión Europea y a la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Por ello, resulta necesario fomentar el conocimiento mutuo y el entendimiento entre los pueblos peninsulares a través de espacios como el Primer Seminario Hispano-Luso celebrado en Cáceres. Basados en este

objetivo, la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, atenta siempre a la realidad extremeña y euro-iberoamericana, asumió este proyecto para que pudiera ver la luz y auspició este Seminario ya que se incardinaba en uno de sus fines fundacionales de “contribuir al impulso y consolidación de los vínculos existentes entre Extremadura, Europa e Iberoamérica bajo los principios de respeto por la respectiva identidad, mutuo beneficio y solidaridad”.

Este Seminario ha pretendido, por medio del análisis y el debate, dar a conocer la actual estructura político-administrativa portuguesa y la importancia de sus raíces y evolución histórica.



**JORNADAS DE ACERCAMIENTO AL
CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL
(Área de Derecho Constitucional)**

***CONFERENCES ON THE APPROACH TO SPANISH
CONSTITUTIONALISM
(Area of Constitutional Law)***

GABRIEL MORENO GONZÁLEZ

El 17 de octubre fue presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura el documental “*Un Tribunal para la Constitución*”. En el acto de presentación intervinieron Yolanda García Seco, Delegada del Gobierno en Extremadura, Pablo Pérez-Tremps, Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional, Miguel Beltrán de Felipe, director del documental proyectado presentado y proyectado, y profesores del Área de Derecho Constitucional, Marcos Criado de Diego y Gabriel Moreno González. La obra se basa en una serie de entrevistas a los magistrados y protagonistas del primer Tribunal Constitucional español, donde destacan las entrevistas a Díez Picazo y a Rubio Llorente, ya fallecidos.

Sobre el documental se ha realizado, en colaboración con el Colegio de Registradores de España, un libro muy completo en el que se recogen dichos testimonios y que fue depositado en la Biblioteca de nuestra Facultad. En el acto se presentó tanto el libro como el documental; éste fue proyectado en el Salón de Grados, antes de que se celebrara un animado

coloquio entre los intervinientes sobre el papel que ha desempeñado el más alto tribunal de garantías en la reciente historia de nuestra consolidación democrática. El debate concluyó con una loa a la labor del Tribunal Constitucional, sobre todo en lo tocante a la consolidación que ha impulsado sobre los derechos fundamentales y a la definición gradual que ha realizado de la descentralización territorial. No obstante, se apuntaron algunos claroscuros, como la práctica inviabilidad actual del recurso de amparo, tras la reforma de 2007, o el débil papel que ha desempeñado en la defensa y garantía de los derechos sociales frente a una interpretación economicista, neoliberal, de la Constitución.

Al día siguiente, 18 de octubre, Gabriel Moreno González, profesor del Área de Derecho Constitucional, impartió la conferencia “*Muñoz-Torrero, mártir extremeño del liberalismo*”, en la localidad de Valencia de Alcántara y como parte de las actividades programadas por el Área para acercar la Universidad de Extremadura a las zonas rurales. El acto fue un éxito de público, que pudo conocer de primera mano la vida, obra y trayectoria de este sacerdote extremeño universal que llegó a ser Rector de la Universidad de Salamanca, diputado liberal en las Cortes de Cádiz y Presidente de las mismas, en las que desempeñó un papel muy destacado. Como consecuencia de su actividad política, sufrió prisión y destierro, y terminaría muriendo en condiciones infames en una prisión portuguesa durante su exilio.

La conferencia terminó con un alegato, asumido por los asistentes, para recuperar y ensalzar la memoria de este ilustre extremeño, hoy prácticamente olvidada, tal y como ocurre con otros tantos liberales españoles. Y es que al ser Muñoz-Torrero, uno de los principales artífices de la soberanía nacional en el texto de Cádiz y al mismo tiempo un sacerdote defensor del catolicismo, tuvo que sufrir ataques desde los sectores conservadores y liberales por su especial posición intermedia. Precisamente es esa moderación, ese talante de concordia, lo que más se reivindicó en la conferencia tanto por el ponente como por las intervenciones del público.



**CURSO INTERNACIONAL DE OTOÑO: *DERECHOS HUMANOS Y SINIESTRALIDAD VIAL A ESCALA GLOCAL*
(Área de Derecho Penal)**

**INTERNATIONAL AUTUMN COURSE: *HUMAN RIGHTS AND ROAD ACCIDENTS ON A GLOCAL SCALE*
(Area of Criminal Law)**

JORDI ORTIZ GARCÍA

El Curso Internacional de Otoño: *Derechos Humanos y Siniestralidad Vial a escala glocal* se celebró en la ciudad suiza de Ginebra entre los días 28 y 31 de octubre de 2019, bajo la dirección académica del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho. Este curso formó parte de la XX Edición de Curso de Verano/Otoño Internacional de la Universidad de Extremadura. Un foro de conocimiento en la que la participación, debate y reflexión de universitarios, profesionales y público permiten un intercambio de ideas, tan importante y necesario en un entorno de control y distribución de la información en el que vivimos hoy.

Este Curso Internacional de Otoño tuvo como objetivos: conocer la realidad socio-vial en España y Extremadura en el marco de la Unión Europea y de Naciones Unidas; identificar necesidades y prioridades en la planificación de actividades de Educación Vial como principal herramienta preventiva de posibles siniestros viales; analizar los diferentes factores de riesgos en el ciclo de la vida humana (infancia, juventud,

adulterez y vejez) para orientar las intervenciones políticas, sociales, educativas y jurídicas en materia de seguridad vial; introducir la seguridad vial como elemento del aprendizaje a lo largo de la vida desde la responsabilidad social compartida por la ciudadanía en general; y crear actitudes de prevención mediante el empleo de herramientas de auto-protección que ayuden a la eliminación de riesgos en la siniestralidad vial.

Este curso contó con la colaboración de numerosas entidades públicas y privadas de nuestra región y fuera de ésta. Entre las entidades colaboradoras, debemos destacar a la Academia de Seguridad Pública de Extremadura. Una institución que viene colaborando con el Área de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura desde el año 2015, con programas formativos para agentes de la policía local de Extremadura. Esta colaboración permitió que una veintena de alumnos y alumnas de la Universidad de Extremadura pudieran recibir formación específica en materia de derechos humanos y seguridad vial en un contexto internacional, como es la Sede de Naciones Unidas en Ginebra.

Con respecto a la justificación de la temática del curso, no debemos olvidar que la siniestralidad vial es un grave problema de seguridad y salud pública. Y como indicó el profesor Cambero Rivero: “...La siniestralidad vial es un problema de seguridad y salud pública, siendo responsables de algo más del 2% de las muertes que se producen globalmente. En la actualidad, son la undécima causa de muerte en el mundo, pero se estima que en el año 2020 será la tercera. Cada año mueren en el mundo 1,2 millones de personas en accidentes de tráfico, entre conductores, peatones, ciclistas, motociclistas y usuarios del transporte público; un tercio de esas muertes corresponden a jóvenes menores de 25 años...”

Además, en el año 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos,

sin dejar a nadie atrás. La Agenda cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que incluyen desde la eliminación de la pobreza hasta el combate al cambio climático, la educación, la igualdad de la mujer, la defensa del medio ambiente o el diseño de nuestras ciudades. Entre los ODS relacionados con la salud están el garantizar una vida sana y promover el bienestar para todos en todas las edades, así como el reducir a la mitad el número de muertes y lesiones causadas por accidentes de tráfico en el mundo.

En cuanto a la programación del Curso, junto a la dirección del profesorado del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho, debemos destacar la codirección del profesor de sociología de la Universidad de Extremadura D. Santiago Cambero Rivero, sin cuya colaboración no hubiera sido posible el desarrollo de este Curso. El diseño multidisciplinar del programa permitió la participación de profesorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura de diferentes Áreas temáticas, junto con expertos nacionales e internacionales que mostraron distintas perspectivas a la problemática de la seguridad vial y los derechos humanos.

Además, en colaboración con OIDEL -Entidad colaboradora de la gestión del curso en Ginebra-, se elaboró un programa con dos bloques muy diferenciados: un primer bloque de conferencias y un segundo bloque de visitas a instituciones de Naciones Unidas y asistencia a sesiones de comités internacionales. En cuanto al primer bloque, se abordaron diferentes temáticas, entre las que destacaron: cuestiones jurídicas, educativas, sociológicas y de género, tanto en el marco de los derechos humanos, como de la seguridad vial. Respecto del segundo bloque, destacar la visita al Palacio de Naciones Unidas, El Museo de la Cruz Roja; la Biblioteca de Naciones Unidas o el seguimiento de la CEDAW. También se realizó una visita guiada a la ciudad de Ginebra y excursiones a poblaciones próximas a dicha ciudad suiza.

En definitiva, un curso que despertó un enorme interés mediático, siendo el único Curso de Verano/Otoño Internacional de la Universidad de Extremadura celebrado fuera de nuestras fronteras.



**JORNADAS SOBRE LA INQUISICIÓN ESPAÑOLA:
EL TRIBUNAL INQUISITORIAL DE LLERENA Y SU
JURISDICCIÓN EN EXTREMADURA
(Área de Historia del Derecho)**

**CONFERENCE ON THE SPANISH INQUISITION:
THE INQUISITORIAL COURT OF LLERENA AND ITS
JURISDICTION IN EXTREMADURA
(Area of History of Law)**

ELISA DÍAZ ÁLVAREZ

Durante los días 14 y 15 de noviembre de 2019 se celebraron en el Salón de Actos del Colegio Notarial de Extremadura unas Jornadas dedicadas al Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición española, centrándose específicamente el Tribunal de Llerena y su jurisdicción en Extremadura. En la organización intervinieron la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, el Colegio Notarial de Extremadura, la Fundación Notariado, el Departamento de Historia del Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y el Instituto de Historia de la Intolerancia, que contaron con la colaboración del Ayuntamiento de Llerena, el Centro Asociado de la UNED en Mérida, la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, el Grupo de Investigación Extremadura y América, el Instituto de Historia y Ciencias Eclesiásticas y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Extremadura. A lo largo de las dos sesiones, diversos especialistas en la materia impartieron

dieciséis ponencias, siendo los moderadores el Decano del Colegio Notarial de Extremadura, D. Ignacio Ferrer Cazorla, la Expresidenta del Consejo Consultivo autonómico, Dña. Rosa Elena Muñoz Blanco, la Notaria de Torrejuncillo, Dña. María Pilar Sousa Riobó, y el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, D. Alfonso Cardenal Murillo.

La conferencia inaugural, que introdujo los orígenes de la Inquisición en España y el Tribunal de Llerena, estuvo a cargo de D. José Antonio Escudero López, director del Instituto de Historia de la Intolerancia e ilustre miembro dentro de la comunidad científica por su extensa trayectoria y abrumador número de trabajos publicados. Su ponencia comenzó con una pregunta que, por lo general, hoy sigue resultando difícil responder: ¿a qué nos referimos al hablar de la Inquisición? Lo habitual es que el término se identifique con la llamada Inquisición moderna o española, pero lo cierto es que en la Edad Media hubo otra de carácter pontificio que estaba a cargo de los dominicos. Fundada en el siglo XIII, esta Inquisición medieval se extendió por Francia, Italia y Alemania, desde donde pasó a otros territorios europeos como Hungría. Su presencia en la Península Ibérica se debió a las demandas del Papa Gregorio IX, que instó al arzobispo de Tarragona a que nombrara una serie de inquisidores en la Corona de Aragón. El primer tribunal se constituyó en Lérida, a la vez que el Santo Oficio persistía en Roma. Con el paso de los siglos, evolucionó hasta ser rebautizada como Congregación para la Doctrina de la Fe, un órgano colegiado de la Santa Sede que ha llegado hasta nuestros días.

De manera análoga, la Inquisición española partía de la premisa de que la herejía era, en palabras de Santa Teresa de Jesús, “una mala noche en una mala posada”; por tanto, los heterodoxos habían de ser convertidos por su propio bien, el del Estado y el de la comunidad política. Sin embargo, se diferenciaba de la institución pontificia en la participación del poder civil para lograr dichos fines. Por esta razón ha sido muy discutida su naturaleza jurídica: unos consideran que tenía carácter

eclesiástico porque perseguía la heterodoxia y era fundada por el Papa mediante una bula; otros, en cambio, defienden su condición estatal debido a que estaba mediatizada por el poder real. A este respecto, el Profesor Escudero señaló una particularidad poco comentada y que reside en el hecho paradójico de que la Inquisición española era creada por el Papa a través de una bula, pero suprimida por los monarcas mediante decreto.

En cualquier caso, se ha mantenido la creencia errónea de que la Inquisición española fue introducida durante el mandato de los Reyes Católicos con la bula emitida por Sixto IV en 1478. Lo cierto es que hubo dos ensayos en 1451 y 1462 como consecuencia del problema de las derivaciones judaicas. El primer foco de persecución de los falsos conversos se generó en Andalucía en 1391 y el segundo en Toledo en 1449. En este último año hubo una revolución dirigida por Marcos de Mazarambroz y Pero Sarmiento, autor de un texto llamado *Sentencia Estatuto* en el que, entre otras cosas, se prohibía a los conversos practicar oficios y participar en la vida civil. El rey Juan II y su valido Álvaro de Luna protegieron inicialmente a los perjudicados, pero después cambiaron su parecer y se posicionaron a favor de los revolucionarios. El mismo giro copernicano se produjo en Roma, donde Nicolás V dio tres bulas en septiembre de 1449 para excomulgar a los líderes rebeldes, rechazar la distinción entre cristianos nuevos y viejos por ser contraria a la doctrina de Cristo y anular las sentencias de provisión de oficios. Dos meses después, convertido en un furibundo anticonverso, absolvió a los revolucionarios y promulgó la bula *Cum sicut ad nostrum*, que introdujo la Inquisición en Castilla. No obstante, el Pontífice volvió a hacer gala de su carácter tornadizo y la derogó nueve a los nueve días de su publicación para sustituirla por la bula *Considerantes ab intimis*. Así, habría que esperar poco más de una década para que Enrique IV solicitara de nuevo a Pío II la implantación del tribunal en Castilla en 1462. La bula *Dum fidei catholicae* fue enviada a la península, pero su rastro se perdió debido, quizás, a su

interceptación y ocultamiento por los conversos, de manera que no llegó a entrar en vigor.

La falta de tramitación de este documento pontificio pudo tener causa, asimismo, en otra circunstancia singular. El Profesor Escudero se refirió telegráficamente a una tercera Inquisición de carácter episcopal que fue proyectada por jerónimos y franciscanos durante el reinado de Enrique IV y que operó en el distrito de Toledo en el bienio 1461-1462. De rasgos similares a la que había actuado en Francia contra los albigeneses, fue dirigida por el fraile Oropesa y tuvo un éxito notable.

Ya en 1477, los Reyes Católicos realizaron un viaje a Andalucía, uno de los epicentros del conflicto religioso. Allí decidieron enviar dos agentes a Roma para solicitar al Papa una bula que instituyera la Inquisición. Se ha barajado la hipótesis de que los monarcas tomaron esta determinación bajo el influjo de una tercera persona, posiblemente el Cardenal Mendoza o Tomás de Torquemada; sin embargo, el ponente descartó la posibilidad de un intermediario apuntando que había una especie de sentir común para terminar con el problema de los falsos conversos mediante un remedio extraordinario. En consecuencia, el 1 de noviembre del año siguiente, Sixto IV promulgó la famosa bula *Exigit sinceræ devotionis affectus*, en virtud de la cual se fundó la Inquisición española o moderna. Su contenido no solo condenaba la herejía, sino que autorizaba a los reyes a designar tres inquisidores que se ocuparan de perseguir a los conversos. El nombramiento no se produjo hasta 1480, fecha en la cual estos tres frailes desconocidos interpellaron a las autoridades andaluzas para poner a los herejes en manos del Santo Oficio. Pero, tras la primera redada y celebración de un auto de fe, tuvo lugar un fenómeno que seguramente afectara a Llerena: la huida y dispersión de los conversos por la geografía peninsular. Como resultado, se crearon nuevos tribunales inquisitoriales de carácter ambulante en otros puntos del territorio.

Lo que resulta tremendamente extraño es que los Reyes Católicos tardaran dos años en nombrar a los inquisidores cuando existía una necesidad acuciante de atajar la herejía. Según el Profesor Escudero, poco partidario de las interpretaciones exóticas que se han hecho de este asunto, es posible que el documento pontificio fuera realmente elaborado en 1480 y que se fechara dos años antes, puesto que era una práctica frecuente en la época. Además, la operación prosiguió cuando Fernando el Católico, desoyendo las negativas del Papa, decidió implantar la Inquisición moderna en Aragón, por lo que su presencia se extendió a toda la Monarquía Universal.

En cuanto al Tribunal de Llerena, el director del Instituto de Historia de la Intolerancia reflexionó acerca de las dificultades que entraña la investigación por la falta de distinción entre tribunales ambulantes y fijos. Hizo alusión al hallazgo de un documento que data de 1462 en el que se mencionan “judíos ensabanados”, lo cual resulta curioso si se tiene en cuenta que la Inquisición no se implantó en Castilla hasta 1480. El ponente finalizó su intervención refiriéndose nuevamente a la Inquisición episcopal de Oropesa, que por haber funcionado entre 1461 y 1462 pudo haber llevado este proceso.

Más detalles sobre el Tribunal llerenense ofreció el profesor de la Universidad San Pablo CEU D. Carlos Pérez Fernández-Turégano, que trató su organización, gobierno interior y funcionamiento entre 1780 y 1820. Trabajando la documentación del Archivo Histórico Nacional, afirmó haber reparado especialmente en los sucesos que tuvieron lugar durante las últimas décadas de su trayectoria: las acusaciones de corrupción entre los propios integrantes, las luchas intestinas, las penurias económicas, los enfrentamientos para la realización de las pruebas de limpieza de sangre y el reiterado incumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo. Para explicar este ambiente de hostilidad, partió del organigrama del Tribunal, que puede conocerse en la actualidad gracias a las “ayudas de costa ordinaria” devengadas por la intervención en las distintas causas de los señores inquisidores y demás miembros. Dado que

gran parte de ellos eran beneficiarios de estas ayudas, se enviaban numerosas relaciones al Consejo de la Suprema Inquisición. Una de las más esclarecedoras data de 1805 y está firmada por quien después sería presidente de aquel órgano, Raimundo Etenar y Salinas. En su *Informe reservado sobre los actuales ministros titulares del Tribunal de la Inquisición de Llerena* enumeraba los miembros de la plantilla inquisitorial: dos inquisidores, un fiscal, un alguacil, un secretario primero, un secretario segundo, un secretario tercero, un receptor, un contador, un abogado del Gran Fisco, el procurador del Fisco, dos secretarios de secuestros, el nuncio, el alcaide, el teniente de alcalde de presos, un médico, el portero de cámara, el depositario de presos y dos capellanes. Además, se daba la circunstancia de que había una gran cantidad de pretendientes que optaban a cubrir las plazas vacantes por fallecimiento a pesar del sueldo escaso y de que el Consejo acostumbraba a denegar las ayudas de costa.

También es muy destacable otra relación que fue elaborada en 1794 por el Inquisidor Manuel Sánchez Velasco. En ella hacía un repaso de las personas que conformaban el Tribunal y de su empleo, así como de sus caracteres personales y de cómo actuaban al frente de sus responsabilidades. Así describía a uno de dichos miembros: “Joaquín Gallardo, abogado del Real Fisco, no es de continua asistencia y solamente asiste cuando se le avisa para alguna Junta de Hacienda u otro negocio particular. Desempeña bien lo que es de su cargo, y lo pasa decentemente con lo que gana en su bufete y el producto de una finca de viñas y olivas que goza por su mujer, por lo que no se le contempla necesitado”. Se atendía, por tanto, a sus circunstancias personales y económicas por si era susceptible de recibir alguna ayuda de costa extraordinaria. Al final de esta larguísima relación, Sánchez Velasco retrataba la situación del Tribunal en aquellos años: “No le es fácil al Tribunal corregir ningún desorden, a la vista de los obstáculos que presenta una forma de gobierno ocasionada a parcialidades y discordias, pues siendo muchos a mandar con igual jurisdicción y acaso de genios opuestos y contrarias ideas, se hace muy

difícultosa la reunión y conformidad de ánimos para la recta administración de justicia”.

Con independencia de las cualidades y defectos personales de los miembros del Tribunal, el Profesor Pérez Fernández-Turégano se aventuró a calificar la realidad institucional llerenense como decadente. Fundamentó su idea en las palabras que los propios inquisidores empleaban en sus escritos, leyendo un fragmento del inicio del texto dirigido a la Suprema por Álvaro Valcárcel, Antonio Entero y Agustín de Ceballos en 1773: “A la vista de la notoria decadencia de este tribunal causada por el mal suceso de los encuentros pasados, que constan a Vuestra Alteza, y por la inadvertencia o descuido de muchos de nuestros colegas en la observancia del ceremonial que a costa de mucho celo y trabajo se adquirió y tanto se nos recomienda en repetidas cartas acordadas...”. En principio, podría pensarse que la causa del declive residía en las rencillas internas o en el incumplimiento del ceremonial; no obstante, el ponente refirió que lo más determinante fue la pérdida de respeto al Tribunal por parte de sus miembros tanto en el ámbito privado como en la esfera pública. Claro ejemplo de ello fue la petición que el Inquisidor General Rubín de Ceballos hizo a Sánchez Velasco en 1790 para que vigilara a su colega Francisco Rodríguez de Carasa, denunciado por el teniente de alcalde de cárceles secretas por una agresión física. Posteriormente, en 1801, Juan Pacheco y Rodas, notario de la Inquisición de Llerena, denunció al nuncio Francisco Texeiro por convivir con una mujer y no asistir a misa diaria.

Precisamente, uno de los hechos que lastró el funcionamiento de la sede llerenense fue el incumplimiento de obligaciones inherentes al cargo, como la asistencia a las reuniones. De hecho, ausentes se aprovechaban de la defectuosa redacción de algunas cartas acordadas que preveían el descuento de parte del sueldo cuando las reuniones se producían fuera de la ciudad. La indisciplina llegó hasta tal punto que Rodríguez de Carasa y Sánchez Velasco se vieron obligados a escribir al Consejo proponiendo que el portero apuntara las faltas en un cuaderno para que se

realizaran las rebajas correspondientes. Pero ni siquiera la durísima contestación del Inquisidor General logró que modificaran su comportamiento.

A pesar de este desbaratamiento, el Tribunal de Llerena continuó funcionando, pues así lo prueban las causas de fe abiertas en aquellos años y los constantes nombramientos con arreglo al procedimiento legalmente establecido. El ponente hizo referencia a los trabajos del especialista en Inquisición Fermín Mayorga, que considera que a finales del siglo XVIII y principios del XIX, el Santo Oficio de esta ciudad no era ya ese eficaz instrumento de control de los moriscos, luteranos, judaizantes y herejes. Aparentemente, sus actuaciones estaban más encaminadas a la censura de libros prohibidos, aunque del análisis pormenorizado de las causas de fe se extrae que los delitos más perseguidos fueron el de proposiciones y similares, que constituían una quinta parte de los procesos.

Después de esta visión de conjunto del Tribunal de Llerena, en la sesión de la tarde del día 14 se abordaron otras facetas. De los funcionarios inquisitoriales se ocupó Dña. Consuelo Juanto Jiménez, que desempeña labores docentes en la Universidad Nacional de Educación a Distancia y es miembro del Instituto de Historia de la Intolerancia. Coincidiendo con el Profesor Escudero, reiteró la idea de que la Inquisición fue una institución extremadamente bien organizada, ordenada y dispuesta. En la cúspide de la pirámide inquisitorial se encontraban el Inquisidor General y el Consejo de la Suprema, mientras que la base era ocupada por los tribunales de las distintas localidades y territorios. Inicialmente, la estructura era sencilla, pero tras la intervención de Fray Tomás de Torquemada fue ganando complejidad. En términos generales, se puede establecer una distinción entre funcionarios remunerados y sin sueldo. A la primera categoría pertenecían el Inquisidor, el promotor fiscal, los notarios, el secretario, el receptor de confiscaciones, el nuncio, el médico y algunos subalternos como el alguacil, los porteros o los carceleros; en el segundo tipo son especialmente reseñables los comisarios y familiares de

la Inquisición. Asimismo, la conferenciante subrayó cómo las cartas a las cúpulas de los tribunales locales reflejan la doble finalidad de los mismos: la homogeneidad geográfica o un espacio uniforme articulado en distritos, y la homogeneidad social, dado que el Derecho inquisitorial igualaba a todas las personas, independientemente de los privilegios individuales o sociales.

Efectivamente, en el Santo Oficio los problemas concernientes a la geografía y el espacio eran una fuente constante de preocupaciones. El distrito al que pertenecía cada tribunal solía coincidir con la jurisdicción eclesiástica y, más concretamente, con el Obispado. El de Llerena formaba parte de los veintitrés tribunales itinerantes iniciales, ya que apareció en la fase expansiva, que comenzó en 1478 y terminó en 1485. En un primer momento, los inquisidores de Extremadura se ubicaron en Guadalupe, pero las fuentes revelan que en 1488 la jurisdicción se extendía ya por buena parte de la región. La documentación referida a la sede llerenense ha permitido saber que en 1499 se trasladaron a Plasencia, ejerciendo su control sobre este Obispado y los de Badajoz, Coria y León. En 1512, Guadalupe quedó anexionada al Tribunal de Toledo, siendo este el momento en que se configuró definitivamente el mapa de los distritos inquisitoriales.

Según la Profesora Juanto, se desconoce la fecha exacta en que Llerena se erigió como sede fija de los inquisidores y capital del Tribunal, aunque hasta 1524 no perdió su carácter itinerante. En cualquier caso, desde la segunda mitad del siglo XVI actuó con cierta independencia respecto de la división administrativa y política del Estado y de las demarcaciones eclesiásticas. La fuente principal para su conocimiento es la documentación del Archivo Histórico Nacional, que incluye cartas y expedientes, legajos de competencias, despachos expedidos por la Suprema, libros y, sobre todo, registros de las visitas de los Inquisidores. Estos últimos han sido fundamentales para reconstruir la estructura, los procedimientos y los quehaceres diarios del Tribunal llerenense. En concreto, la ponente se centró en un fondo documental que contemplaba tres

visitas: la de 1565 del Inquisidor de Córdoba, la de 1584 del Doctor Bernardo de Olmedilla y la de 1585 del Inquisidor Apostólico de Sevilla. Los expedientes de los visitadores estaban encaminados a fiscalizar y controlar a los oficiales y funcionarios del Tribunal para dar cuenta de ello a la Suprema, siendo la problemática muy rica y variada.

Para su labor investigadora ha sido igualmente importante la documentación de la Biblioteca Nacional de España, especialmente un manuscrito relativo a los pretendientes a oficios en Llerena, que contiene información de interés para el conocimiento de los funcionarios sin sueldo. Uno de ellos era el calificador, experto en teología que determinaba si los hechos o dichos objeto de acusación eran materia de herejía, con lo que de él depende de que el Tribunal continuara el proceso; el consultor, por su parte, ayudaba a los inquisidores en calidad de jurista. Con respecto a los Familiares de la Inquisición, eran colaboradores laicos que recibían inmunidades y privilegios por su trabajo, que consistía en informar de las denuncias y detener a los herejes y acusados. En Llerena su número era excesivo y su crecimiento descontrolado, pero con la llegada de los Borbones al trono el cargo dejó de ser tan codiciado como consecuencia de la menguante influencia de la Inquisición. Con todo, la Profesora Juanto explicó que el principal problema del Tribunal de Llerena era de carácter procesal, puesto que todo el aparato cometía irregularidades en el ejercicio de sus funciones. Así sucedía con los propios Familiares, que en ocasiones intervenían para parar los encarcelamientos.

Sobre el estatuto jurídico de estos Familiares de la Inquisición o Crucesignados de Llerena habló D. Rodolfo Orantos Martín, miembro de la Academia Tiberina Già Pontificia de Roma. El origen de la relación entre los Crucesignados y la Inquisición se remonta a las órdenes ecuestres o de caballería de la Edad Media, que participaron en la cruzada convocada por el Papa Urbano II en el año 1095 para reconquistar los Santos Lugares y en la eliminación de la herejía albigense. En el seno de los dominicos surgió una nueva organización caballeresca de carácter seglar llamada *De Christi Militi* que se especializó en la protección y defensa de

los inquisidores. En España fue refundada como Cofradía de San Pedro Mártir y servía a la Corona.

Desde el punto de vista jurídico, los Familiares se regían por normas pontificias y reales que les concedían inmunidades y privilegios, especialmente el uso de las armas, la inmunidad respecto a la jurisdicción secular y exenciones fiscales. Tales concesiones aparecieron por vez primera en una Real Cédula de 15 de marzo de 1488 emitida en la Corona de Aragón y fueron conformando un bloque normativo compacto que se mantuvo hasta el siglo XIX con Fernando VII. En este proceso jugó un papel especialmente relevante el Rey Católico, ya que durante su reinado tuvo lugar la transición del estatuto medieval de los Familiares a la Edad Moderna. Para ello se aprobaron una serie de disposiciones en Aragón entre 1486 y 1488, en Castilla entre 1505 y 1512 y en Navarra entre 1512 y 1515. En ellas se establecía que los Familiares debían ser casados, cristianos viejos y pacíficos, se les autorizaba a portar armas, se protegían sus bienes y se mandaba que solo pudieran ser detenidos en caso de flagrante delito. A esto se sumaba la protección a los miembros de su familia, la inviolabilidad de su vivienda, la licencia para testificar solo ante sus propios tribunales, la extensión del privilegio a sus parientes y criados, la posibilidad de no acudir a la guerra, el acceso a la jerarquía eclesiástica y la absolución de crímenes y excesos. Todos fueron confirmados mediante bulas emitidas por la Santa Sede. Partiendo de esta base, el Dr. Orantos delimitó cuatro etapas en la trayectoria del estatuto jurídico de los Crucesignados: la primera (1518-1542) incluía la conformación del estatuto moderno, la segunda (1545-1679) sirvió para detallar este último y regular las inmunidades y privilegios, la tercera (1768-1799) constituyó un proceso regresivo debido a la promulgación de Reales Cédulas que limitaron las competencias de la Inquisición y la cuarta (1808-1835), en consonancia con los continuos cambios políticos del XIX, fue muy convulsa y terminó con la abolición del Santo Oficio.

Tras la Concordia de 1553, en Castilla el número de Familiares se repartió entre las ciudades en función de su importancia y número de

habitantes. Particularmente, en Llerena se daba la circunstancia de que nunca se alcanzaba el número máximo permitido, que eran veinticinco, a causa de que era de difícil acceso y estaba lejos de los núcleos importantes. Además, los Crucesignados se agrupaban en varias categorías: el Capitán de Familiares, el supernumerario, el provisional y los expectantes. Tenían que ser varones, mayores de veinticinco años, vecinos del lugar, casados, gozar de reputación social, ejercer un oficio o profesión respetable, no ser extranjeros y pertenecer a la nobleza en los casos de Aragón, Murcia, Córdoba, Jaén, Granada y Sevilla. El procedimiento para optar al cargo era muy similar al de los caballeros de las órdenes ecuestres. Se presentaba la solicitud, se comprobaban las condiciones, se llamaba a los testigos, se realizaban pruebas de admisión y de limpieza de sangre, se aprobaba el auto, se concedía el beneficio y se prestaba el juramento. La condición se perdía por suspensión si había duda en el mantenimiento de la fe católica o la limpieza de sangre, por revocación cuando había un matrimonio sin licencia de la Inquisición o por renuncia si el Familiar cambiaba de domicilio. Con respecto a sus funciones, se fueron desarrollando para que la figura adquiriera sentido, aunque fundamentalmente se dedicaban a las denuncias, a prestar su ayuda en edictos y autos de fe, a la información de la limpieza de sangre y, durante la Guerra de la Independencia, a calmar al pueblo.

La Congregación de San Pedro Mártir, que tuvo una fuerte presencia en Italia y España, fue una organización de corte caballeresco en la que participaron los cuadros medios y superiores de la Inquisición. Ejerció una notable influencia en el siglo XVIII, por lo que Fernando VII, sin cambiar su naturaleza jurídica, convirtió esta orden religiosa en una orden de caballería –adquiriendo la condición de Orden Dinástica y Familiar de la Real Casa– mediante una Circular del Consejo Real de 17 de mayo de 1815. En ese año estaba compuesta por tres mil personas de enorme prestigio militar y profesional. No obstante, los únicos vestigios vivos de los Familiares que han pervivido hasta el día de hoy en el ámbito

eclesiástico y diocesano son la Hermandad de San Pedro Mártir de Verona en Córdoba y la Cofradía de San Pedro Mártir de Verona en Palencia.

Por otra parte, D. Juan Francisco Baltar Rodríguez, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Zaragoza, impartió una conferencia titulada “Los primeros pasos del Santo Oficio de la Inquisición en Extremadura: de Guadalupe a Llerena”. Para introducir el tema, indicó que la Inquisición fue promovida por los Reyes Católicos –que ya habían intervenido en la organización de los nuevos territorios y reformado la Iglesia, las órdenes religiosas y el clero secular– para realizar sus pretensiones políticas y alcanzar uno de los fines del Estado: la unificación religiosa, un propósito inmune a las barreras jurídicas que existían en las Coronas de Castilla y Aragón.

Aunque los fondos documentales son escasos debido a la destrucción durante las guerras y revoluciones y al mal estado de conservación, se ha comprobado que desde el siglo XIX los archiveros han considerado la sede del Santo Oficio de Guadalupe junto a otros tribunales territoriales a pesar de su naturaleza ambulante. Su actuación se circunscribe al período 1484-1485, con un epílogo en 1488. A partir de entonces, el Tribunal de Toledo se encargó de los procesados y reclamó el traslado de los fondos que había en la localidad extremeña. Al igual que el resto de tribunales inquisitoriales, su objetivo principal fueron los falsos conversos o cristianos bautizados que seguían practicando los ritos judaicos, pero en el siglo XVI los procesos también afectaron a los moriscos e incluso a cristianos viejos que habían faltado a la moral o a la doctrina de la Iglesia. En opinión del Profesor Baltar, es probable que Guadalupe fuera elegida como sede del tribunal por su condición de fundación jerónima, dado que se trataba de una orden muy vinculada a los monarcas. La profunda espiritualidad y piedad que caracterizaba a estos religiosos impedía que hubiera un control excesivo por parte de la jerarquía, por lo que se convirtió en un refugio para el gran número de conversos que habitaba la localidad desde el siglo XIV.

El 26 de diciembre de 1484 comenzó la andadura del Tribunal, siendo inquisidores Nuño de Arévalo, Francisco Sánchez de la Fuente y Pedro Sánchez de la Calanda. La clave en los tres, que eran personas expertas en leyes, es que eran personas de confianza del rey Fernando. Arévalo había sido un personaje importante en las cortes de Juan II de Aragón y Enrique IV de Castilla, e ingresó en el Santo Oficio con la edad perfecta, desempeñando los cargos de inquisidor en Guadalupe y de prior en Yuste. Sánchez de la Fuente también había participado en asuntos políticos, siendo embajador ante la corte de Carlos VIII para reclamar el Rosellón y la Cerdaña. Seguramente sus actuaciones más reseñables fueron su colaboración con Tomás de Torquemada y su presencia en la Junta de Sevilla de 1473, donde se dio forma a la futura Inquisición. Finalmente, Sánchez de la Calanda se convirtió en inquisidor profesional a su paso por varias sedes, pues también estuvo en Valencia y Cartagena. Este tribunal actuaba sobre los habitantes de la puebla de Guadalupe, pero había otro que operaba de forma interna en la comunidad jerónima. Este último lo integraban el citado Nuño de Arévalo, Gonzalo de Toro y Juan de San Esteban. Su cometido fue la depuración de la orden a lo largo del tiempo y la imposición del estatuto de limpieza de sangre.

Como conclusión, el Profesor Baltar apuntó que la verdadera importancia del Tribunal de Guadalupe residía en la propaganda, ya que en los autos de fe se ofrecía una imagen de ejemplaridad ante el pueblo que se iba transmitiendo por toda la geografía.

Siguiendo estos últimos planteamientos, Dña. Beatriz Badorrey Martín, profesora en la Universidad Nacional de Educación a Distancia y directora del Centro Asociado de Mérida, disertó sobre la imagen y el poder en el Tribunal de Llerena. Al hilo de las palabras del Profesor Escudero, confirmó que la Inquisición española tenía un carácter especial porque la red de tribunales que la integraban dependía del Consejo de la Suprema, uno de los quince Consejos que conformaban el gobierno de la Monarquía Hispánica. A esta circunstancia se unía el hecho de que era el rey quien nombraba a los inquisidores, lo cual se tradujo en una

estatalización de la institución. Como uno de tantos organismos de poder, el Santo Oficio se esmeró en exhibir su autoridad ante la sociedad, siendo el medio más efectivo las grandes celebraciones públicas civiles y religiosas. En el Antiguo Régimen, las fiestas ocupaban más de la tercera parte del año y cumplían una triple finalidad: funcionaban como válvula de escape contra las penurias de la población, contribuían al enaltecimiento de la fe y servían como instrumento político, pues mostraban a cada uno el lugar que ocupaba en el escalafón social. Como bien apuntaba la ponente, el estudio de estas manifestaciones permite conocer aspectos políticos e institucionales de la sociedad, como el papel de la Inquisición.

Lo que resulta llamativo es que el Santo Oficio, que ocupaba un lugar privilegiado en las procesiones y autos de fe, estuviera presente en las fiestas de toros, sobre todo a raíz de una polémica que hubo en el siglo XIV en la que se puso en entredicho la licitud de estos eventos. Una parte de la Iglesia consideraba que eran ilícitos porque se ponía en juego la vida de los hombres sin una causa justa y cuestionaba la asistencia del clero regular y secular a espectáculos profanos. El 1 de noviembre de 1567, el Papa Pío V promulgó la bula *De salutis gregis dominici*, que excomulgó automáticamente a los príncipes cristianos y autoridades civiles o religiosas que permitieran la celebración de corridas de toros en sus lugares de jurisdicción. Además, prohibió a los militares participar en las mismas, llegando a negarles sepultura eclesiástica si fallecían en ellas. La recepción del documento pontificio en España causó un revuelo enorme y su aplicación fue muy complicada. Tanto los clérigos como los organizadores de las villas y ciudades se negaron a poner en práctica su contenido. Ante esta negativa, Clemente VIII promulgó otro texto en 1596 derogando la bula y volviendo a permitir estos espectáculos. La justificación de la decisión fue el fin social que cumplían, dado que servían de adiestramiento a los militares y no suponían un riesgo para los toreros, que eran profesionales. No obstante, no levantó las prohibiciones concernientes a los religiosos, que desoyeron lo dispuesto y continuaron asistiendo a los festejos.

El problema se agudizó debido a que la Inquisición, como instrumento político, quería hacer ostentación de su poder desde los balcones que previamente pagaban. Esta presencia no pasó inadvertida a las autoridades religiosas, especialmente a raíz de una corrida de toros celebrada en Madrid a la que acudieron el Nuncio del Papa y el Inquisidor General. En 1680, Inocencio XI escribió un nuevo breve que envió a la corte española para pedir a los eclesiásticos que dejaran de acudir a las celebraciones taurinas y que tomaran las medidas necesarias para que no hubiera muertos ni heridos en las mismas. Pero, una vez más, sus directrices fueron ignoradas en todo el territorio. Un ejemplo fue Llerena, donde se vivió un período de esplendor en el siglo XVI como consecuencia del incremento de la población y de la remodelación urbana. Su plaza mayor fue reformada morfológicamente y depuró su sentido funcional, convirtiéndose en el centro de la vida pública y de las festividades (autos sacramentales, comedias, concursos de justas, juegos de cañas y corridas de toros). Las autoridades civiles y religiosas también pugnaban por ocupar lugares preferentes, lo cual dio lugar a varios conflictos que fueron resueltos por el Consejo de la Suprema y el Consejo de Órdenes.

En este punto, la Profesora Badorrey hizo alusión a los protocolos que se redactaron para intentar situar a cada uno en el lugar que le correspondía. Por el *Libro de razón* de Llerena, una recopilación de documentos elaborada en 1667 por el escribano Cristóbal de Aguilar, se sabe que el Santo Oficio se instalaba en los siete primeros arcos de los corredores altos de la Iglesia de la Granada. Esto era una prueba del enorme poder que poseía la Inquisición, pero también de que no era ajena a las luchas de poder que afectaban al resto de instituciones.

Otro de los aspectos cotidianos en que se refleja la evolución del Tribunal de Llerena es la correspondencia, un asunto que fue tratado por D. David González Corchado, investigador de la Historia Postal y miembro de la Real Academia Hispánica de Filatelia e Historia Postal. Hasta mediados del siglo XX, las cartas eran el único medio para realizar comunicaciones a distancia, de manera que era preciso optimizar las pocas

herramientas de que se disponía. Las casas de posta del Imperio Persa fueron el origen de unos correos que siglos después empleó la Inquisición con óptimos resultados. Y es que, como manifestó el ponente, era indispensable que las comunicaciones –tanto misivas como edictos, libros prohibidos, testimonios, expedientes, sumarios o probanzas– entre los miembros de su estructura piramidal fueran ágiles para que el aparato funcionara correctamente.

En España, los primeros correos reales o “mandaderos” datan del reinado de Alfonso X el Sabio, introduciéndose posteriormente en la Corona de Aragón. Por la documentación se conoce que el rey Pedro IV disponía de treinta o cuarenta personas que desempeñaban esta función y que recibían un salario variable en función de la distancia que recorrieran. Una figura fundamental en el ámbito postal fue Francisco de Tassis, Correo Mayor de Felipe el Hermoso que instauró una dinastía que duró doscientos años y que se dedicó a crear una red de postas por la Península Ibérica y Europa. Luego el correo oficial estaba al servicio de los sectores más pudientes y del monarca. Los estratos menos afortunados se veían obligados a entregar sus cartas a estos funcionarios en una valija extraoficial cuando pregonaban el destino al que se les iba a despachar por las ciudades. Como contrapartida, los correos recibían un “porte” o sobresuelo de la persona que recibía la comunicación. Además, existían mensajeros privados o “propios”, que no estaban dentro de la estructura postal y concertaban el dinero que cobrarían por su trabajo con el particular que los contratara. Los monjes, prelados, arrieros y mercaderes también acostumbraban a llevar la correspondencia, siendo esta otra forma tácita de comunicación. Por su parte, las *Instrucciones del Oficio de la Santa Inquisición* de Tomás de Torquemada contemplaban la figura del nuncio, un mensajero altamente remunerado que realizaba los avisos y recados y practicaba las notificaciones por requerimiento de los inquisidores. Era un cargo muy secundario que desempeñó un importante papel.

Hacia 1576 se crearon las estafetas, que eran establecimientos de relevo donde las cartas tenían una fecha cierta de salida y podían ser depositadas por cualquiera que pudiera pagar el servicio. Su llegada a Extremadura se produjo con la estancia de Felipe II en Badajoz, lo cual benefició al Tribunal de Llerena. Pero a mediados del XVII hubo litigios entre los Correos Mayores y la Inquisición como consecuencia de los privilegios y exenciones de los que esta última disfrutaba. Ya en 1716, los Borbones incorporaron la Corona en la estructura postal e instituyeron en derecho de franquicia del Santo Oficio, eximiendo del abono de los portes al Consejo de la Suprema, al Inquisidor General, al fiscal del Consejo y a los comisarios. La franquicia y muchos de los privilegios terminaron en 1799 cuando el Ministro ilustrado Mariano Luis de Urquijo, siguiendo las recomendaciones de Francia, así lo instituyó en la Gaceta de Madrid.

El programa del día 15 de noviembre comenzó con la conferencia impartida por D. Dionisio Antonio Perona Tomás, profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, que se centró en las noticias sobre el personal del Tribunal de Llerena entre 1640 y 1820. Definió la Inquisición como una institución poliédrica porque ofrece muchas caras y se puede estudiar desde múltiples puntos de vista. El Consejo de la Suprema, que estaba a la cabeza de la jerarquía, era un órgano pluripersonal integrado por consejeros que previamente habían ejercido como inquisidores de distrito. De esto se desprende que, dentro de la red de tribunales de la institución, unos señalaban el inicio de la carrera de los inquisidores, como Cuenca o Llerena, mientras que otros eran una vía de ascenso a las altas esferas, como Valladolid o Toledo.

Para desarrollar su trabajo sobre la sede llerenense, el Profesor Perona hizo varias divisiones temporales. Hasta 1640, pasaron por allí varios inquisidores de gran proyección: António Matos de Noronha, colaborador del Archiduque Alberto de Austria y presidente del Consejo de la Inquisición de Portugal; Francisco Soto de Salazar, Inquisidor en Córdoba y Sevilla, Comisario General de Cruzada y obispo de Salamanca; y

Tomás de Leciñana, visitador del Tribunal de Córdoba. Algunos lograron ser obispos sin desempeñar un cargo en el Consejo, como Martín Carrillo de Alderete, que realizó una visita en Llerena. Normalmente eran licenciados o doctores en cánones, pero no por las grandes universidades de la época. Entre 1640 y 1670, la documentación ha permitido seguir la carrera completa de algunos personajes como Bartolomé de Ocampo y Mata, que fue juez de bienes confiscados en Toledo y obispo de Plasencia, o Pedro Juan Majares de Heredia, fiscal en Murcia y Logroño e inquisidor en varias ciudades andaluzas. El ponente aclaró en este momento que la carrera en el Santo Oficio solía empezar con el cargo de promotor fiscal, que no habilitaba para votar las causas. Por ello, la pretensión de estos hombres solía ser alcanzar el puesto de inquisidor o de inquisidor fiscal, con el que podían participar en la votación y seguir desempeñando su ocupación primigenia. Menos información existe sobre otros fiscales inquisidores que pasaron igualmente por Llerena, como Juan Abad, que se dedicó a ello entre 1656 y 1657 o Alonso Montenegro, que hizo lo propio entre 1562 y 1564. Un alto porcentaje de esta categoría tenía el título de doctor y había estado en Salamanca para alcanzar el grado de bachiller en cánones.

En la tercera etapa, que comprende el período 1671-1699, solo llegó al Consejo Alonso María de Noboa Bolaños, que fue fiscal en Logroño, Córdoba, Valladolid, Toledo y Llerena. Lo mismo sucedió con Alonso Gil de Santa Cruz, el único caso hallado por el Profesor Perona en torno al año 1705. Ya en la quinta etapa (1731-1770), fueron dos los inquisidores que obtuvieron un puesto en la Suprema: el santiaguista Baltasar de Loaisa, que pasó por el Santo Oficio de Canarias, y Lorenzo Calvo de la Cantera, fiscal en Valladolid y del Consejo. La última periodización, que abarca la fase 1771-1820, culminaron su carrera Ignacio de Aróstegui, Cándido Toribio de Alarilla y Pedro de Orbe Larreátegui, que estuvieron en tribunales de toda la Península Ibérica.

Otro cargo muy relevante dentro del Santo Oficio fue el de Alguacil Mayor, reservado a civiles cuyo cometido era aumentar el prestigio social

de la institución en el distrito. Fue el caso de D. Alonso Zapata de la Fuente, que al casarse con Catalina de Rocas, adquirió el oficio de su padre, el Capitán Diego de Rocas. Entre los receptores, que eran los que controlaban los dineros, despuntó Juan Gómez Escudero, que había sido Familiar de la Inquisición y sirvió muchos años sin título después de la muerte de su antecesor. Por último, resulta curioso el caso de Diego de Chaves, que compró el oficio de contador por tres o cuatro vidas.

A continuación, las jornadas abordaron cuestiones relativas a los delitos juzgados por la Inquisición. El Cronista Oficial de Llerena, D. Luis José Garraín Villa, realizó una exposición sobre los conversos de los siglos XV y XVI en dicha localidad. Estas conversiones de judíos al cristianismo eran miradas con recelo por la Iglesia, pues sabía que muchos seguían practicando su religión en la clandestinidad. A pesar de todo, se integraron en la sociedad de la época y ocuparon cargos de gran importancia en la Administración y la nobleza. Con respecto a la actuación del Santo Oficio en Llerena, el cronista secundó lo dicho el día anterior por el Profesor Escudero. Trajo a colación la obra *Aparato bibliográfico para una Historia de Extremadura*, escrita por Vicente Barrantes en 1875, donde se recoge un informe de limpieza de sangre relacionado con un auto de fe celebrado en 1567, años antes de que se fundara la Inquisición moderna. En él se menciona que el proceso fue visto por la Cámara del Secreto de la Inquisición, por lo que podría entenderse que ya entonces había un tribunal operativo. No obstante, el único rastro de la institución que ha pervivido es un escudo perteneciente al retablo del antiguo Convento de Santo Domingo, que actualmente es el Convento de Santa Clara.

Como se había señalado en otras conferencias, los apremios que los Reyes Católicos recibieron para obtener la bula fundacional de la Inquisición iban encaminados a luchar contra los falsos conversos. En aquel momento Llerena tenía la relevancia necesaria para que se instalara el Santo Oficio, puesto que a finales del siglo XV era la tercera ciudad de la región en número de familias conversas y la segunda más poblada.

Precisamente, D. Luis Garraín puso el acento en un Edicto de Gracia expuesto en los lugares públicos de la localidad y firmado el 8 de agosto de 1488 para acusar a aquel sector de ser sospechoso de herejía. También habló de las cuatro sedes del Tribunal. La primera fue el Palacio Episcopal, residencia de los obispos de la Orden de San Marcos de León cuando realizaban las visitas, desde donde se trasladaron a la Casa Maestral debido a las presiones. Este edificio era propiedad de Fernando de Aragón y, como decidió emplearlo para fines recaudatorios, la Inquisición hubo de instalarse en la casa de Rodrigo de Cárdenas, casado con la hija del Licenciado Zapata. Y en la casa de este último, recordado por su labor como consejero de los Reyes Católicos, permanecerían desde 1472.

La tesis del ponente se sustenta en un documento encontrado en el Archivo General de Simancas que establece las más de quinientas personas que fueron habilitadas por los inquisidores de la Provincia de León en la baja Extremadura y las cuantías que a cada uno fueron impuestas en penitencia. Entre ellas, había ciento veinticinco familias censadas en Llerena. Uno de los personajes que aparecen en el documento es el tesorero de la Mesa Maestral Hernando de León, que fue procesado por judaizante y cuyos bienes –como la Capilla de San Juan de la Iglesia Mayor de la Granada– fueron confiscados. También están incluidos Francisco de Peñaranda, médico judío que ocultó la Biblioteca de Barcarrota, y el propio Licenciado Zapata, a pesar de su prestigio como jurista y de haber sido testigo en el otorgamiento de Isabel la Católica. Incluso está presente Pedro Cieza de León, célebre cronista e historiador del mundo andino que escribió la *Crónica del Perú*.

Finalmente, D. Luis Garraín hizo una mención al pintor Francisco de Zurbarán, que estuvo muy ligado a la comunidad judeoconversas de Llerena. Se intuye que su madre procedía de una familia judía de Monesterio y, además, contrajo varios matrimonios con mujeres que compartían esta ascendencia.

Del análisis del delito de blasfemia se ocupó D. Manuel Santana Molina, Catedrático de Historia del Derecho en la Universidad de Alicante. Sorprendentemente, este delito-pecado tiene hoy una importancia sustantiva en cuanto que se han producido una serie de acontecimientos – como los movimientos migratorios, el terrorismo por razones religiosas o el enfrentamiento entre civilizaciones– que lo han vuelto a colocar sobre el tablero. Citando a André Malraux, el ponente coincidía en que “el siglo XXI es un siglo religioso”, pues las identidades religiosas han vuelto a adquirir un enorme protagonismo en un momento en que la neutralidad laica del Estado de Derecho liberal no cuenta con los elementos necesarios para resolver el problema. Además, las manifestaciones del llamado “discurso del odio” han resucitado los debates acerca del alcance del derecho a la libertad de expresión y sus límites.

Ortega y Gasset pensaba que el mundo de las ideas y de las creencias es el marco de referencia sobre el que cada persona da una respuesta a su angustia existencial. Por tanto, cuando alguien abraza una creencia, esta pasa a formar parte de su personalidad, identidad, subjetividad y susceptibilidad. Uno de los ataques a esta sensibilidad es la blasfemia, que hoy puede adoptar formas muy diversas. Hasta ahora había sido poco estudiada y solo se mencionaba en referencias normativas que no profundizaban en sus verdaderas implicaciones, seguramente porque presenta grandes dificultades de conceptualización. Por consiguiente, la única forma de delimitar la blasfemia es comprobar su evolución a lo largo del tiempo, ya que los hechos adquieren su sentido cuando se observan en todo su recorrido histórico.

Los primeros cristianos entendían la blasfemia como una injuria contra Dios, la Virgen o los Santos. Los teólogos daban una importancia capital a la palabra, que al estar destinada a glorificar a Dios, invertía su función cuando se empleaba en su perjuicio. Había, en definitiva, una intromisión de lo profano en lo sagrado. Aunque el Concilio de Calcedonia dictaminó que los blasfemos debían ser apartados de la comunidad cristiana, lo cierto es que las fuentes altomedievales revelan que no

sufrían persecución alguna. En la práctica, esta injuria se consideraba un pecado de la mesa más que una falta grave, y ni siquiera figuraba en la Regla de San Benito. La situación cambió a raíz de las transformaciones sociales que el desarrollo urbano y comercial produjo en la Baja Edad Media. Se abandonaron las ideas teocéntricas en favor de la vida individual y proliferó el lenguaje blasfemo. Entonces los teólogos se vieron en la necesidad de hacer una reflexión moral para definir el término de manera técnica. Por ejemplo, San Agustín la definió como la palabra que niega o usurpa los atributos de Dios o le arroga cosas que no tiene. Luego era un delito de infidelidad que atacaba al corazón de la religión cristiana y, por tanto, susceptible de ser calificado de herejía. Asimismo, se introdujo un matiz: la necesaria adhesión de la voluntad del que profería la blasfemia a lo que decía, es decir, la intencionalidad. Si esto no se daba, había una mera perversión del uso de la palabra, un perjurio o maldición. Con todo, la idea de blasfemia herética de los teólogos era a menudo desfigurada por “elementos ensombrecedores” o atenuantes como la borrachera, la ira o la disputa.

Posteriormente, en el ambiente de reforma y contrarreforma de la Edad Moderna, la blasfemia continuó expandiéndose masivamente. La historiografía actual ha ofrecido visiones diversas para explicar este fenómeno: algunos autores opinan que se blasfemaba porque la sociedad era profundamente religiosa; otros consideran que era un mecanismo de autoafirmación de la masculinidad o incluso un síntoma de ateísmo. No obstante, el Profesor Santana Molina descarta esta última hipótesis porque no existía un cuerpo doctrinal definido como para que las personas decidieran adherirse a propuestas ateas. En ese contexto de proliferación, la Iglesia pasó a considerar la blasfemia como lenguaje del diablo en base a las doctrinas de teólogos como Juan de Rojas o Francisco Peña e inquisidores como Tomás de Torquemada. También se pronunciaron los teólogos-juristas como Domingo de Soto y Francisco Suárez, que la entendían como algo peor que el homicidio y como un error pertinaz en materia de fe, respectivamente.

El marco teológico descrito estaba respaldado por un escenario político en el que los Reyes Católicos utilizaron el Santo Oficio para lograr la cohesión interna y la unidad religiosa. Sin embargo, la Iglesia seguía encontrándose con dificultades para reconocer y aplicar la blasfemia, de manera que se construyó una figura jurídica nueva: el delito de herejía, en virtud del cual se invertían las atenuantes bajomedievales. Las “circunstancias ensombrecedoras” se tornaron en una forma de alumbrar y acusar a los blasfemos. Recibían esta calificación quienes, en opinión del denunciante, tenían un comportamiento que real o aparentemente atentaba contra los dogmas y símbolos de la ortodoxia cristiana. Fue una herramienta para señalar a los protestantes, clérigos de mala vida, judíos, turcos o a cualquiera cuyo comportamiento se pudiera ver como una conducta contraria a la ética moral. Desde esta perspectiva, Inquisición e Iglesia adoptaron dos posturas: la persecución de los blasfemos y la predicación para que la gente comprendiera qué elementos configuraban el delito. Tras la celebración del Concilio de Trento, el Santo Oficio utilizó el delito de herejía como un mecanismo de investigación de los cristianos viejos. La segunda mitad del siglo XVI fue el momento álgido de la lucha contra la desviación, aunque en el XVIII hubo un repunte como consecuencia de la Ilustración. En Llerena, los procesos por herejía fueron muy numerosos, especialmente en las zonas rurales, donde la necesidad de ejemplarizar e intimidar era mayor que en las ciudades. El contenido del delito puede clasificarse en dos grupos: el de los fornicarios, que eran palabras referidas a que el acceso carnal fuera del matrimonio no era pecado, y las injurias contra Dios, los sacramentos, la Iglesia, las indulgencias, las bulas y los clérigos.

A partir del siglo XVIII, la blasfemia cayó prácticamente en el olvido, siendo Francia el país más avanzado en quitar el papel social de quienes incurrían en dicho delito. Desde entonces se ha ido apartando de la actividad socio-jurídica, en gran medida por el proceso de descristianización. Sin embargo, en los catecismos liberales siguió apareciendo como

concepto profano, que, a diferencia de lo que ocurría en la Antigüedad, fue un espacio invadido por lo sagrado.

Un segundo delito de gran trascendencia para el Tribunal de Llerena fue la bigamia, tema central de la conferencia de Dña. María Teresa Manescau Martín, especialista en la materia y profesora de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de La Laguna. En primer lugar, comentó que los orígenes de la cuestión se remontan al siglo XI, pues en ese momento la Iglesia comenzó a realizar afirmaciones sobre la monogamia y la prohibición de las relaciones prematrimoniales. El mensaje fue calando durante las centurias posteriores hasta que en el siglo XV el Arzobispo de Toledo, por entonces Alfonso Carrillo, convocó un sínodo para debatir sobre las uniones matrimoniales y condenar aquellas que fueran clandestinas, esto es, celebradas solo con los contrayentes, sin la presencia de un sacerdote ni de los testigos. Pero el gran cambio llegó con el Concilio de Trento, que dispuso unas normas reguladoras del matrimonio, considerado ya un sacramento indisoluble.

En concreto, la bigamia, contemplada en el Fuero Real, era ya perseguida por los tribunales reales medievales, aunque su persistencia en la Edad Moderna hizo partícipe a la Inquisición. La razón de esta intervención es que el hecho de contraer un segundo matrimonio sin haber roto el vínculo anterior constituía una sospecha de herejía porque atentaba contra la doctrina cristiana. Semejante forma de actuar solía estar motivada por la imposición de la pareja por parte de la familia, la violencia familiar de tipo físico o verbal, la ausencia prolongada de uno de los cónyuges, las penurias, las profesiones, los conflictos bélicos o la emigración. Por lo general, la bigamia era una conducta eminentemente masculina que solía perpetrarse en otra región o incluso en otro Estado, normalmente siendo la persona plenamente consciente de la gravedad y utilizando todo tipo de artimañas para no ser identificada. El *modus operandi* del bígamo empezaba por actuar como soltero en el nuevo lugar para, pasado un tiempo, casarse por segunda vez falsificando su

documentación al adoptar un nombre distinto o valerse del de algún vecino o pariente libre.

Hay un caso del Tribunal de Llerena en el que un hombre llamado Nicolás Sánchez Espinel se había Casado con Carmen Caballero y Berrocal, que ya tenía un marido. Él, que teóricamente sabía de la situación de su mujer, fue acusado de bigamia. A juicio de la Profesora Manescau, de aquí se extraen circunstancias que solían concurrir en las personas que cometían este delito. Al acudir a la parroquia de Carmen Caballero, no se halló la partida del casamiento, lo cual facilitó el engaño y la posibilidad de las segundas nupcias. Además, las declaraciones de los testigos fueron contradictorias, ya que unos afirmaban que Sánchez Espinel era casado y con hijos, mientras que otros dijeron que estaba soltero. Finalmente, sería el cura de la Catedral de Badajoz quien aclararía que era soltero y sin impedimento para casarse. Respecto a las circunstancias de la pareja, el documento recoge que ambos se encontraban en la mayor miseria y que él era propenso a los insultos. Como era habitual en los casos de bigamia, se trataba de una pareja en la que concurrían la pobreza, la violencia y la desesperación. Lo que impulsó a Carmen Caballero a comportarse de esta forma fue el hecho de que su primer marido no la mantenía y había tenido que emigrar. También usó ciertas artimañas para evitar caer ante el Santo Oficio y, cuando la descubrió el Provisor, alegó que era muy desgraciada, que su madre le había dado malos consejos e inducido a casarse con un hombre pobre. El Provisor suspendió el envío del expediente a la Inquisición y conminó a la detenida a regresar con su primer marido. Pronto se advierte que esta mujer sabía que estaba actuando mal y que no se le ponía nada por delante, pues, al contrario de lo que había declarado el marido era una persona con muy buenas referencias que ejercía el oficio de alguacil. A los pocos meses del casamiento, ella lo había abandonado y se había trasladado a Badajoz, falseando su nombre y el de sus padres. Lo que no puede obviar es que era una mujer con hijos y escasos recursos que había utilizado el matrimonio como vía de escape.

Como conclusión, la ponente determinó que la bigamia era un delito que afectaba a personas con pocas posibilidades económicas y de baja extracción social que necesitaban huir de su pasado. Tanto hombres como mujeres esperaban mejorar su forma de vida sin importar lo que habían dejado atrás. Y, aunque el perfil del bigamo era normalmente masculino, la documentación examinada para el caso de Llerena queda patente que también era bastante frecuente en el otro sexo. En cualquier caso, la mayoría actuaba sin error doctrinal y se servía de tretas para pasar desapercibidos. Es probable que muchos casos no fueran descubiertos, pues la delación solía ser casual. De hecho, el papel de los conocidos era decisivo para corroborar las informaciones de los libros de bautismo, matrimonio y fallecimiento, obligatorios en las parroquias a partir del Concilio de Trento.

En cuanto a las relaciones del Santo Oficio con América, D. Luis René Guerrero Galván, Abogado y Maestro en Estudios Novohispanos en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Zacatecas, habló acerca de los testimonios *ad longum* de dos llerenenses implicados en las transgresiones en la Nueva España del siglo XVIII. Para entender el contexto del Santo Oficio en aquel virreinato, agrupó su evolución en tres fases. El primer estadio es el de la Inquisición mendicante, producto de los procesos de evangelización que estas órdenes llevaron a cabo. Fray Toribio de Benavente solicitó a Carlos I la introducción de la institución en el Nuevo Mundo a raíz de los comportamientos de los españoles, que estaban contaminando a los naturales. Su pretensión se realizó mediante la bula *Alias Felicis*, en virtud de la cual los religiosos podían asumir las competencias inquisitoriales siempre que no hubiera un obispo en un área de cincuenta leguas. Sin embargo, los franciscanos se dedicaron a perseguir únicamente a los indios idólatras y a destruir cualquier vestigio de su historia. La segunda fase se corresponde con la Inquisición episcopal. Juan de Zumárraga, primer obispo de la Nueva España, continuó las persecuciones contra los aborígenes, culminando su tarea en una quema multitudinaria. Estos acontecimientos sirvieron, empero, para que el

Santo Oficio se planteara la exclusión de los indios de su jurisdicción. La competencia se atribuyó a la jurisdicción episcopal tras la instauración formal de la Inquisición en 1571, que es el tercer período.

La Inquisición novohispana, al igual que el Tribunal de Llerena, era distrital, y dependía directamente del Consejo de la Suprema. Su radio de acción abarcaba más de tres millones de kilómetros cuadrados, de ahí que se diga que su producción no fue significativa. En efecto, las dimensiones del territorio eran excesivas para tres funcionarios, por lo que pocos procesos fueron completados. En el siglo XVI destacan las últimas grandes quemas de judaizantes como la familia Grijalva; en el XVII los pleitos institucionales entre órdenes mendicantes y clero secular. Contrariamente a lo que se piensa, no se disolvió con la independencia de 1821, sino que se reconvirtió en una Inquisición episcopal que operó como herramienta para perseguir y juzgar a Hidalgo, Morelos y otros sediciosos de la rebelión.

Después de esta introducción, el Profesor Guerrero Galván ilustró la relación entre Llerena y la Nueva España con varias fotografías de la ciudad de Zacatecas, donde la villa de Llerena de San Juan Bautista está hermanada con la extremeña. Se descubrió en 1555 al arribo del Capitán Juan de Tolosa, al que acompañaba un grupo de franciscanos e indígenas aliados. La población que fundaron fue llamada Real de Minas de Sombrerete por la forma de un cerro. Para 1570, la Audiencia de Guadalajara le concedió el título de villa de Llerena, de gran importancia por los fondos mineros. Otra semejanza es la Virgen de Guadalupe, probablemente una creación del siglo XVI inspirada en la que se encuentra en la localidad cacereña.

En el Archivo General de la Nación de México se han conservado numerosos fondos de la Inquisición. Hay veintidós expedientes relativos a Llerena que, curiosamente, son testimonios *ad longum*, a pesar de haber sido prohibidos por una Real Cédula debido a que hacían daño en los juicios. La conclusión que extrajo D. Luis Guerrero fue que en realidad

eran documentos de limpieza de sangre que investigaban la genealogía y que por elegancia procesal recibieron aquella calificación. Hacia 1532, se inició un proceso muy sonado contra Rui Díaz, arriero natural de Llerena, por blasfemo. La implicación del Tribunal extremeño consistió en aportar información sobre la limpieza de sangre. Otro caso fue el del sastre Juan de Villate, procesado en 1539 por haber reprendido a su mujer cuando rezaba. Ya en el 1600, hay dos cartas sobre la calidad de limpieza de linaje de dos hombres que aspiraban a convertirse en Familiares de la Inquisición. En 1764 y 1792 hubo dos testimonios *ad longum* de Antonio Díaz Gamero para solicitar el bachillerato y de Antonio Pérez de Marañón, hijo de un Corregidor natural de Llerena, que pidió ser notario, expurgador y revisor de libros prohibidos.

La sesión de la mañana se cerró con la disertación de D. Francisco Molina Artaloytia, licenciado en Filosofía y profesor de Enseñanza Secundaria y de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. El tema elegido fueron las perspectivas epistemológicas y el estado de la cuestión de lo “innombrable” y lo “maravilloso” en el Santo Tribunal de Llerena. El primer concepto hace referencia al vicio nefando o sodomía, que en términos actuales sería la homosexualidad; el segundo alude a la interpretación en las variaciones de identidad sexual en las personas, que hoy se identificaría con la transexualidad.

El vicio nefando se consideraba un pecado contra la naturaleza, entendida en su doble acepción de *physis* griega o dinámica y de *natura* romana o estática. Cuando pasó a la teología cristiana, se construyó el concepto de sodomía a partir de las interpretaciones aristotélicas, hipocrático-galénicas y la avicénicas del sexo. En todo caso, la sexualidad era una institución social, pues no solo se circunscribía al cuerpo, sino también al lenguaje, de manera que el mismo acto homoerótico no gozaba de igual consideración en el mundo griego que en el romano o el cristiano. Para la Inquisición, la sodomía era simplemente una práctica sexual distinta a las reguladas o normativas. Consistía en el vertimiento de semen fuera del vaso debido, estableciendo Santo Tomás de Aquino varias

categorías: la masturbación, el bestialismo y la penetración anal, aunque con el tiempo solo la última terminó por asociarse al concepto, válido para hombres y mujeres. Haciendo alusión a los trabajos de la investigadora latinoamericana Fernanda Molina, el Profesor Molina Artaloytia comentó que existía una lucha entre los tribunales civiles y eclesiásticos en cuanto a la competencia para conocer de la sodomía, que estaba asociada a la idolatría, la brujería y la herejía. Son especialmente interesantes los penitenciales o instrucciones que los sacerdotes recibían para la confesión, ya que se les recomendaba hacer las preguntas al penitente con sumo cuidado para no darle ideas que desviarán su comportamiento.

Con respecto al hermafroditismo, cabían tres interpretaciones del fenómeno: como *marabilia* cuando se consideraba que Dios, en su infinita potencia, podía crear lo que deseara y así enriquecer su obra; como *malibus* cuando era visto como un presagio de castigo divino o de catástrofe; y como *miraculus* para el caso de las santas o cristianas a las que Dios cambiaba de sexo cuando iban a ser martirizadas o violadas. Algunos de los casos más señalados se dieron en Madrid y Úbeda, donde hubo una monja que fue ordenada sacerdote y otra que regresó al hogar para vivir como un varón y ser el heredero de su padre. En Llerena fue muy sonada la intervención del Tribunal en el asunto del Obispo de Salamina. Era un fraile de vida disoluta que mantuvo relaciones con su paje y fue denunciado por un morisco en calidad de testigo de oído. En el interrogatorio el muchacho confesó, pero lejos de salvarse, fue juzgado por la justicia civil, condenado a garrote y quemado en la hoguera. El clérigo recibió un trato distinto porque por su condición de prelado el caso había de ser conocido por la Inquisición y Roma. Se aceptaron los cargos referentes a su comportamiento libertino, pero no la sodomía, por lo que simplemente se le recluyó en un convento de forma perpetua. Otro asunto de interés fue el de “la clériga”, un religioso de Zafra al que tildaban de mujer a pesar de tener barba e impartir misa. Cuando fue denunciado por sus tratos con mozos, la Inquisición procedió con mucho tiento debido al

escándalo que podía generar el hecho de que se hubiera ordenado sacerdote a una mujer.

Ya en la tarde del viernes, D. Manuel Lázaro Pulido, profesor del Departamento de Filosofía de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, dio una conferencia titulada “Del recogimiento místico al desaliento alumbrado: la pugna entre escolástica y misticismo en Llerena”. Abordó la Inquisición desde otra perspectiva, definiéndola como una institución ligada a un modo de hacer filosofía y teología. En efecto, sus inicios coinciden con la publicación de las *Sentencias* de Pedro Lombardo, que inauguraron la escolástica, mientras que su fin se produjo aproximadamente con la promulgación de la Ley Moyano de 1856, con la que desapareció aquella corriente.

Como fenómeno que proponía una vía de exceso místico, el alumbradismo atravesó por dos momentos clave. El primero fue el año 1525, pues fue descrito por los franciscanos de Toledo como “una vía espiritual recién inventada y escandalosa”. Ahí adquirió sus connotaciones heréticas a raíz de las cuarenta y ocho proposiciones contenidas en el Edicto de Toledo, que fueron redactadas por el Inquisidor General y Arzobispo de Sevilla Alonso Manrique. La segunda fecha fue 1574 por las manifestaciones alumbradas en ciertas villas andaluzas y extremeñas que tuvieron Llerena como sede central. Así lo demuestra la Relación de autos de fe, causas pendientes y procesos criminales de este tribunal, que abarca el período comprendido entre 1575 y 1580. Lo que reflejan ambos casos es la popularidad de que gozaba la interioridad espiritual del humanismo castellano, en sintonía con las tendencias que inundaban una Europa cada vez más cercana a la singularidad. La propuesta ibérica presentaba un humanismo resistente al mundo nuevo de la Modernidad, como un antídoto contra esencialismo universal. En síntesis, lo que defendía era el sujeto personal individual frente al sujeto personal que propugnaban los teólogos de la Escuela de Salamanca. Y además lo hacía en un contexto en el que la Iglesia universal, institucional, mediadora y dogmática se postuló frente a las iglesias nacionales, que eran carismáticas,

sociológicas y hermenéuticas. Por tanto, el alumbradismo, alejado del aliento católico e inmerso en un exacerbado intimismo, se presentó como una amenaza. No obstante, es posible que los miembros de este colectivo no fueran conscientes de la carga filosófico-teológica de sus convicciones ni de las consecuencias humanas, políticas y eclesiales que proyectaban en un tiempo de gran inestabilidad.

En los siglos XV y XVI surgió una pléyade de autores que expresaban vivencias comunes con origen en las tradiciones espirituales y las circunstancias histórico-dogmáticas. Algunos insistían en el antropocentrismo y otros en el teocentrismo, pero todos buscaban la realidad de Dios en el amor, como Fray Luis de Granada y Fray Juan de los Ángeles. Estas consideraciones no tuvieron buena acogida entre los escolásticos, que reaccionaron ante el temor a una posible deriva intimista que provocara la divinización del hombre. La sospecha sobre la mística recogida se acentuó con la censura al Catecismo de Bartolomé Carranza de Miranda, cuyo pensamiento guardaba relación con Francisco de Osuna, según el cual el recogimiento implicaba la búsqueda y cumplimiento de perfecciones, a las que cualquiera podía llegar mediante la oración y la contemplación. Esta universalidad de la perfección no pensada era peligrosa para los teólogos porque, al existir una comunicación directa entre Dios y los fieles, se eliminaba a la Iglesia como intermediaria.

El mensaje del alumbradismo era similar, pero con un matiz que lo distorsionaba y exageraba. A diferencia del recogimiento místico, era un fenómeno experiencial desprovisto de sabiduría teológica y de espíritu eclesial de promoción espiritual. Los alumbrados eran tan intimistas que terminaron convirtiéndose en subjetivistas, confundían la primacía de la oración mental con la exclusividad de la misma, cayendo en el reduccionismo. Como bastaba con esa oración mental para llegar a Dios, no se concedía importancia a los sacramentos. También era suficiente para alcanzar la perfección, un estado que permitía observar y conocer el misterio de la esencia divina sin necesidad de barreras. Su oración era tan

excelsa que no podían ver imágenes y no tenían que acudir a la iglesia, oír sermones o realizar actos de devoción.

El tratamiento de este fenómeno fue completado por D. Sixto Sánchez-Lauro, profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad de Extremadura, que habló del Tribunal de Llerena frente al alumbradismo extremeño. A modo de introducción, explicó que históricamente siempre ha habido personas dentro de la Iglesia que aspiraban a una vida interior cristiana más intensa, ya fuera de forma real o aparente. Por lo general, su número se incrementaba en aquellos momentos en que se demandaba una renovación de la realidad y existía la necesidad de superar un ambiente asfixiante. Sin embargo, algunas de esas manifestaciones eran espurias o de falso misticismo, como sucedía con los alumbrados españoles del siglo XVI. Su pensamiento giraba en torno a la idea de que en la contemplación pura el alma perdía su individualidad y se abismaba en la infinita esencia, alcanzando tal estado de perfección que el pecado dejaba de serlo. Lo cierto es que los orígenes de la heterodoxia alumbradista no hay que buscarlos en la degeneración de la Escuela mística española, sino en el priscilianismo de los últimos tiempos de la Hispania romana, los albigenses del norte de los Pirineos del siglo XIII, los begardos del XIV y los herejes de Durango del XV. Las causas que generaron el fenómeno son comunes a las de otros movimientos espirituales como el humanismo, el franciscanismo, el erasmismo o el platonismo.

La frontera entre la ortodoxia y la heterodoxia, que era difusa en la vida religiosa de la España del XVI, se trazó en el Concilio de Trento. Con todo, el alumbradismo había sido declarado herejía en el Edicto de Toledo de 1525. El foco principal en la primera mitad de la centuria se encontraba en la Meseta Sur y estaba integrado mayoritariamente por gentes de baja clase media y algunos nobles, normalmente descendientes de conversos. Fue un movimiento autodidacta y anárquico que propugnaba la unión con Dios basada en el amor desinteresado, siendo la fe la única vía de salvación. Los personajes más destacados fueron Isabel de la Cruz

y Pedro Ruiz de Alcaraz, condenados en el auto de fe de 1529 junto a otros cinco alumbrados. Posteriormente, tras el descubrimiento del dominico Alonso de la Fuente en 1571, aparecieron otras sectas en Extremadura y Andalucía. Su doctrina era semejante a la castellana, pero tenía implicaciones erótico-religiosas. Los alumbrados extremeños afirmaban que el Mesías debía ser el resultado de la unión de una doncella con los confesores o clérigos, justificando estas acciones en el alivio de las cargas espirituales de las beatas. La figura más importante fue la del sacerdote Cristóbal Chamizo, condenado por la Inquisición a seis años de galeras. A juicio del ponente, es probable que la desviación sexual obedeciera al descontento con el rigor del celibato, que conducía a los religiosos a renegar de la ortodoxia oficial y a reconducir su moral a través del confesionario, cuestionando la validez de los sacramentos.

Cuando Alonso de la Fuente regresó a Fuente del Maestre, su pueblo de Sevilla, comprobó que sus propias sobrinas estaban enloquecidas por la oración mental y las indicaciones del sacerdote solicitante. Alarmado ante esta situación, denunció las mencionadas prácticas ante el Tribunal de Llerena, que ignoró sus demandas por no considerar que existiera herejía. Sin embargo, el clérigo logró informar al Consejo de la Suprema, que ordenó la represión del alumbradismo al primer tribunal. Así, se tomaron represalias en la década de 1570, celebrándose un primer auto de fe en 1576 con veintidós encarcelados y un segundo en 1579 con veinte alumbrados, que puso fin al movimiento en Extremadura. Los castigos más drásticos se les impusieron a los maestros de la secta, de los cuales ninguno fue condenado a la hoguera. Las beatas y viudas recibieron penas más leves como el destierro, los azotes o la prohibición absoluta de tratar con otros alumbrados.

Al margen de esto, el Profesor Sánchez-Lauro puntualizó que las acusaciones por alumbradismo fueron muy frecuentes en la segunda mitad del siglo XVI y acarrearón muchos problemas con la Inquisición. Como consecuencia de las experiencias anteriores y de la intolerancia religiosa, cualquier libro místico escrito en lengua vulgar se miraba con cierto

recelo, como prejuzgando su heterodoxia. Algunos de los afectados más famosos fueron Bartolomé Carranza de Miranda, San Juan de Ávila, San Ignacio de Loyola o Santa Teresa de Jesús.

La conferencia de clausura, “La defensa del Santo Oficio en las Cortes de Cádiz a cargo del Inquisidor de Llerena Francisco María Riesco”, fue realizada por D. Felipe Lorenzana de la Puente, profesor de Educación Secundaria en el Instituto de Enseñanza Secundaria Alba Plata de Fuente de Cantos y Presidente de la Sociedad Extremeña de Historia. Retrotrayéndose al año 1808, expuso que la convocatoria de Cortes era deseada tanto por el rey Fernando VII como por el Consejo de Castilla, las Juntas, los liberales y los franceses, aunque cada uno tenía razones distintas y perseguía sus propios intereses. Sin embargo, no todo lo que sucedió a partir de este hecho era completamente nuevo. Cádiz fue, en gran medida, heredera de algunas tradiciones de la Edad Moderna, como los reglamentos parlamentarios, la manera de votar y de conformar las comisiones, el estatuto y la inviolabilidad de los diputados o la configuración del mapa en distritos electorales. De hecho, se aplicó el modelo de las Cortes de Castilla, que funcionaba como una asamblea sin estamentos donde estaba representada toda la nación. El recurso a la Historia se convirtió entonces en un arma arrojadiza, puesto que los diputados conservadores se amparaban en el pasado para evitar cambios sustanciales y los liberales acudían a la tradición legislativa española para promover las reformas.

Uno de los diputados elegidos en Extremadura fue Francisco María Riesco, nacido en Madrid en 1758. Su padre era el médico de grandes casas nobiliarias y trabajó para la realeza, por lo que procedía de una familia acomodada. Su formación transcurrió en la Universidad de Alcalá de Henares, donde primero obtuvo el título de bachiller en Derecho Canónico y Civil y después el doctorado en Sagrados Cánones. Ejerció como abogado de los Reales Consejos y opositó para distintas canonjías, aunque su destino final fue el Santo Oficio. Su periplo le llevó a Cartagena de Indias, Valladolid y Llerena, siendo Decano del Tribunal de la

Inquisición de Extremadura. Destacó por la publicación de un libro que se considera la última gran obra editada en España en defensa de la institución: *Discurso histórico legal sobre el origen, progreso y utilidad del Santo Oficio de la Inquisición de España*. En el texto, Riesco reivindicaba la necesidad de un tribunal que se había dedicado desde sus orígenes a erradicar la herejía para hacer lo propio con el libertinaje. A su juicio, la Inquisición había nacido como uno de los mecanismos de defensa de la fe que la Iglesia poseía desde los orígenes del mundo. Su misión primigenia era la herejía, pero a raíz de la intervención de los Reyes Católicos se centró en ordenar un territorio donde la diversidad social, religiosa y étnica no tenía cabida. Además, esgrimía la doble naturaleza pontifical y real de los tribunales inquisitoriales para fundamentar la independencia de sus jueces. En esencia, su propósito era convencer a los lectores y diputados de que el Santo Oficio era beneficioso en cuanto que aportaba a la monarquía la cohesión social y la prosperidad. Consideraba que los enemigos a batir eran los herejes, los católicos que habían sido educados en países protestantes y los artífices de la importación de las ideas de la Ilustración y de la Revolución Francesa.

Por elección popular alcanzó la presidencia de la Junta de Gobierno de Llerena al poco de estallar la Guerra de la Independencia, aunque después ocupó la presidencia de la Junta Suprema de Extremadura durante poco más de un año. Según las fuentes, Riesco se refería a esta época como la “Revolución”, y a partir de ahí empezó a manejar conceptos – como la igualdad o la libertad– que hasta entonces le habían provocado un enorme rechazo. Por razón de su cargo, acudió como diputado a las Cortes de Cádiz junto a otros personajes ilustres como Diego Muñoz Torrero. Sus intervenciones estuvieron marcadas por el patriotismo, el historicismo enfocado en la monarquía visigoda, la preocupación por el desarrollo de la guerra y la defensa de la soberanía paccionada, la igualdad, el reformismo moderado y la Constitución. No obstante, su postura cambió cuando el Santo Oficio fue introducido en los debates. Convencido de que podía lograrse un encaje de aquel en el sistema constitucional,

pronto reparó en que su idea no coincidía con los planes de los liberales. En las primeras discusiones logró convencer a los presentes de que la Inquisición seguía existiendo a pesar de que Napoleón la hubiera abolido a finales de 1808, pues los decretos extranjeros no afectaban a los españoles. Después se formó una comisión para aclarar la situación, pero sus trabajos se alargaron y las cuestiones inquisitoriales quedaron relegadas durante los meses en que se elaboró el proyecto constitucional. El dictamen que emitió fue favorable a la continuidad del Santo Oficio, aunque con variaciones.

Su extensísimo discurso, que se leyó el 9 de enero de 1813, apenas tuvo réplicas. Con todo, la asamblea se mostró muy contrariada cuando dividió a los diputados en dos partidos: el partido de Jesucristo crucificado, favorable al Santo Oficio, y un segundo grupo que agrupaba a detractores de toda clase (herejes, napoleónicos, protestantes, etc.). Desde su punto de vista, la institución era indispensable para poner en marcha el proceso de recristianización y perfectamente compatible con la Constitución de 1812. Y, dado que consideraba que la censura era legal y necesaria, el ponente calificó su actitud de antiliberal y totalmente contraria a la Ilustración. El asunto concluyó con la abolición definitiva de la Inquisición, habiendo noventa votos a favor y sesenta en contra. Este fue el punto de inflexión para que la presencia de Riesco se diluyera y no volviera a intervenir en las Cortes.

La última intervención de las jornadas estuvo dedicada a la lectura de las conclusiones, elaboradas por D. Alberto Muro Castillo, profesor de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Sintetizando lo dispuesto hasta el momento, definió la Inquisición como un aparato que respondía a los fines del Estado Moderno: la búsqueda del bien común a través de la defensa de la fe y de la religión utilizando para ello el Derecho y amparándose en el instrumento de la burocracia. Mencionó, asimismo, el gran trabajo de todos los intervinientes, que lograron explicar al público todas las aristas de este objeto de estudio, desde la organización administrativa y jerárquica pasando

por la carrera de los funcionarios, las luchas intestinas, el control que ejercían los visitadores, los distintos delitos contra la fe, la propaganda, los protocolos, la correspondencia, y su trayectoria en Ultramar. En esencia, el Profesor Muro destacó el mérito de mostrar en solo dos días la inmensidad del Antiguo Régimen a través de una institución: el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición.



**III SEMINARIO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN EN
JUVENTUD: JÓVENES Y ODS: MIGRACIONES Y
DESARROLLO SOSTENIBLE
(Área de Derecho Administrativo)**

**3RD INTERNATIONAL YOUTH RESEARCH SEMINAR:
YOUTH AND ODS: MIGRATION AND SUSTAINABLE
DEVELOPMENT
(Área de Derecho Administrativo)**

FLOR ARIAS APARICIO
ENRIQUE HERNÁNDEZ DÍEZ

El Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura ha organizado y desarrollado, junto con el Consejo de la Juventud de Extremadura, el III Seminario Internacional de Investigación en Juventud, centrado en los jóvenes y los objetivos de desarrollo sostenible (ODS). Este Seminario se celebró durante los días 21 y 22 de noviembre de 2019 en la Facultad de Formación del Profesorado de la UEx, en Cáceres.

La realización de este Seminario Internacional, que ya va por su tercera edición, es una iniciativa que persigue fomentar y visibilizar el estudio de cuestiones relacionadas con la juventud. Pretende dar cobertura a una necesidad de investigación sobre los temas que conciernen de un

modo claro a las personas jóvenes y a su papel como actoras estratégicas del desarrollo.

El objetivo que con carácter general se marcó el Comité científico en este tercer Seminario, como en los dos que lo anteceden, no ha sido otro que el fortalecimiento del conocimiento científico sobre la juventud para la mejora de la sociedad en su conjunto. Este Comité científico ha sido claramente multidisciplinar, compuesto por catedráticos, profesores e investigadores procedentes de distintas áreas de conocimiento de las ciencias jurídicas, sociales y humanidades, y a cuyo frente está el Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Extremadura, Vicente Álvarez García.

Este objetivo general se diversifica en concretos objetivos específicos de entre los que caben destacar: facilitar un espacio de encuentro entre profesionales de la investigación en juventud para el desarrollo de sinergias futuras y el aprendizaje compartido, con vocación interdisciplinar; sensibilizar a la población y a las instituciones sobre la importancia de la juventud y del conocimiento sobre la realidad de las personas jóvenes, desde una perspectiva de derechos; ofrecer a las organizaciones juveniles extremeñas y externas una oportunidad concreta para plantear necesidades de I+D+i a perfiles y equipos científicos de reconocido prestigio, facilitando sinergias entre el mundo asociativo y el ámbito académico; y favorecer el intercambio académico capaz de contribuir al perfeccionamiento de políticas públicas efectivas para el desarrollo integral de la juventud.

La temática del Seminario Internacional en esta edición se centró en reflexionar sobre el lugar que ocupa la juventud y el papel que desempeñan los jóvenes en la realización de los objetivos de desarrollo sostenible ODS, unos objetivos planteados desde las Naciones Unidas con el fin de construir un mundo mejor. De los 17 ODS marcados en la *Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible*, uno en concreto dio título al III Seminario: *Jóvenes y ODS: migraciones y desarrollo sostenible*. En torno a estas

dos cuestiones específicas, abordadas desde una perspectiva de juventud, giraron las ponencias magistrales que se impartieron, las comunicaciones que tuvieron lugar y los posters que se presentaron en estos dos días de noviembre.

En particular, todas las contribuciones se agruparon en dos bloques: uno sobre “juventud, movilidad y migraciones”, centrado en la juventud y su movilidad geográfica, como sujeto de las migraciones interiores y exteriores, y su impacto en el desarrollo de los territorios y sus sociedades de origen o destino. Otro bloque sobre “jóvenes y sostenibilidad”, en relación con las personas jóvenes y el desarrollo sostenible, como agentes de movilización social, reivindicativas de políticas sensibles a la sostenibilidad y, lamentablemente, potenciales víctimas inminentes de la falta de medidas climáticas urgentes.

Hasta cuatro conferencias invitadas se impartieron entre los dos días de celebración del III Seminario. La conferencia inaugural, con el título “El protagonismo sociopolítico de los jóvenes: condiciones de posibilidad en un contexto de incertidumbre y precariedad”, fue dictada por Jorge Benedicto, Catedrático de Sociología en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y coordinador de la Red de Estudios sobre Juventud y Sociedad (REJS), así como del Comité de Estudios de Juventud de la Federación Española de Sociología (FES). Jorge Benedicto es uno de los mayores expertos en sociología de la juventud en nuestro país y ha sido director del Informe Juventud en España 2016 (INJUVE).

El jueves 21 de noviembre, la aproximación a la investigación en juventud se abordó desde la Historia y las Ciencias de la Educación. Por la mañana, la investigadora Sandra Souto, Científica Titular en el Instituto de Historia del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), y experta en historia de los movimientos y organizaciones juveniles, dedicó su intervención a “Ser joven en la Historia”. Y por la tarde, Antonio Rodríguez de las Heras, Catedrático de Historia Contemporánea en la

Universidad Carlos III de Madrid (UC3M), Doctor Honoris Causa de la Universidad de Extremadura, experto en el análisis de los efectos de la tecnología en los cambios culturales y educativos, impartió una conferencia magistral sobre “Jóvenes, educación y sociedad digital”.

El viernes 22 de noviembre, las ciencias sociales y políticas fue el prisma a partir del cual se abordó “El contrato generacional, a examen: las condiciones de vida de los jóvenes en Extremadura y España”, conferencia a cargo de Ariane Aumaitre, Investigadora en el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales del Instituto Universitario Europeo de Florencia (EUI), experta en Estado de Bienestar y en políticas públicas con perspectiva intergeneracional. Por su parte, la conferencia impartida por Pablo Simón, Profesor de Ciencia Política en la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M) y especialista en sistema de partidos y sistemas electorales, versó sobre “Jóvenes y participación política”.

Junto a las conferencias magistrales y al taller descrito, esta tercera edición ha servido de marco para la exposición de más de veinticinco comunicaciones académicas y una decena de pósteres, seleccionados por el Comité Científico. El carácter multidisciplinar del evento se podía apreciar en la variedad los enfoques científicos de los estudios presentados: la sociología, las ciencias de la salud, el derecho, la economía, la historia, las ciencias del deporte, la educación, las filologías clásicas y modernas, la educación social, la ingeniería y la historia del arte, entre otras.

El éxito del III Seminario Internacional de Investigación en Juventud se ha debido, un año más, a la variada y numerosa participación de representantes juveniles e investigadores provenientes de casi una veintena de universidades e instituciones científicas españolas y extranjeras. Pero, sin duda, también se debe al trabajo denodado y concienzudo de un Comité Organizador encabezado por Elena Ruiz Cebrián, Presidenta del Consejo de la Juventud de Extremadura.

El éxito del III Seminario Internacional de Investigación en Juventud se ha debido, un año más, a la variada y numerosa participación de

representantes juveniles e investigadores provenientes de casi una veintena de universidades e instituciones científicas españolas y extranjeras. Pero, sin duda, también se debe al trabajo denodado y concienzudo de un Comité Organizador encabezado por Elena Ruiz Cebrián, Presidenta del Consejo de la Juventud de Extremadura.



**JORNADAS INTERNACIONALES SOBRE LA PROTECCIÓN
ECONÓMICA DE LOS CONSUMIDORES EN
EL MARCO DIGITAL
(Área de Derecho Civil)**

**INTERNATIONAL CONFERENCE ON ECONOMIC
PROTECTION OF CONSUMERS IN THE DIGITAL
ENVIRONMENT (*Area of Civil Law*)**

ALEJANDRO PLATERO ALCÓN

El día 26 de noviembre del año 2019, el grupo de investigación GI-DEPA, cuyo director es el profesor Ángel Acedo Penco, realizó unas Jornadas sobre el desarrollo del comercio en la actualidad, basándose en el marco digital como aspecto fundamental en la ejecución del mismo. Las jornadas adquirieron un carácter internacional, con la participación activa de investigadoras de Venezuela y de Portugal, ofreciendo el evento académico una importante visión global como es el comercio electrónico. Las Jornadas también contaron con la visión otorgada por profesionales del mundo judicial, como magistrados y abogados; también estuvieron presentes representantes del mundo notarial, elevando así el nivel heterogéneo y complementario de los ponentes.

En primer lugar, intervino el magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2 de Cáceres, Francisco Matías Lázaro, quien impartió la conferencia “La protección de los consumidores de

servicios de banca en la práctica diaria de los Tribunales”. Durante la misma, el magistrado puso de relieve, con la exposición de multitud de supuestos judiciales, la revolución que la contratación electrónica ha supuesto a los tribunales en los últimos 10 años, prestando especial atención a la contratación bancaria.

En segundo lugar, tuvo lugar la intervención de José M^a Sánchez Simón Pérez, asesor jurídico y económico, especializado en productos bancarios, quien impartió la conferencia “Los peligros para los consumidores en el marco de la banca digital: nuevos aspectos de la banca online y posibles riesgos de exclusión”. En ella, el ponente expuso con brillantez los principales aspectos de la denominada Revolución Digital, deteniéndose en la explicación práctica de la comercialización de productos financieros a través de teléfonos móviles inteligentes.

En tercer lugar, intervino la profesora titular de Derecho Civil del Instituto Politécnico Universitario de Beja (Portugal), Marinez de Oliveira Xavier, quien impartió la conferencia “Consideraciones generales sobre la regulación y protección de los consumidores en Portugal”. Las principales líneas maestras de su exposición versaron sobre las principales medidas adoptadas por Portugal para proteger a los consumidores en diferentes ámbitos, como la salud y el turismo, basándose en algunos casos en el fortalecimiento de los sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Después de una pequeña pausa, intervinieron las investigadoras Mercedes López Tovar, proveniente de la Universidad de Santa María en Caracas y Lourdes Medina Morillo, de la Universidad José María Vargas, también en Caracas. Ambas estudiosas compartieron la ponencia titulada “Comercio electrónico en Venezuela: auge y situación jurídica”. Las investigadoras pusieron de manifiesto la dificultad para ejercer el comercio electrónico en su país, ya que algunos distribuidores no pueden difundirlo en su territorio por cuestiones legales. También expusieron el auge en la creación de normativa relativa al contenido informático que

su país había manifestado en los últimos años, instaurando derechos como el *habeas data*.

En quinto lugar, se produjo la intervención de Alejandro Platero Alcón, profesor ayudante de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura, que impartió la conferencia titulada “El reconocimiento facial como elemento identificador en los nuevos mecanismos de pago de los consumidores”. Durante su intervención, el ponente hizo referencia al régimen jurídico relativo a los datos biométricos, explayándose acerca del sistema de reconocimiento facial, por el que ya se pueden adquirir diferentes bienes y servicios.

En último lugar, intervino el notario Alberto Sáenz de Santa María Vierna, quien impartió la conferencia “El consumidor ante Notario”. Durante su entretenida e ilustrante exposición, el ponente hizo referencia a las salvaguardias que observan los notarios cuando intervienen en los actos notariales los miembros de parte débil de una relación jurídica comercial, es decir, los consumidores. También recalcó el importante deber de imparcialidad que deben guardar los notarios en el desarrollo de su actividad.

En último lugar, intervino el notario Alberto Sáenz de Santa María Vierna, quien impartió la conferencia “El consumidor ante Notario”. Durante su entretenida e ilustrante exposición, el ponente hizo referencia a las salvaguardias que observan los notarios cuando intervienen en los actos notariales los miembros de parte débil de una relación jurídica comercial, es decir, los consumidores. También recalcó el importante deber de imparcialidad que deben guardar los notarios en el desarrollo de su actividad.



JORNADA SOBRE LA BÚSQUEDA DE PERSONAS DESAPARECIDAS Y LA CONSTRUCCIÓN DE PAZ EN COLOMBIA
(Área de Derecho Constitucional)

CONFERENCE ON THE SEARCH FOR MISSING PERSONS
AND THE CONSTRUCTION OF PEACE IN COLOMBIA
(Area of Constitutional Law)

LORENA CHANO REGAÑA

El jueves 12 de diciembre de 2019 tuvo lugar en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (en adelante, UEx) la Jornada titulada *La búsqueda de personas desaparecidas y la construcción de paz en Colombia*, bajo el formato de conferencia con posterior coloquio. La conferencia estuvo a cargo de doña Luz Marina Monzón Cifuentes, Directora de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en Colombia, y del Dr. Julián Chaves Palacios, Profesor de Historia Contemporánea de la UEx. Posteriormente se abrió una charla coloquio en la que intervinieron doña Diana Tamayo, Abogada e integrante de la Plataforma Extremeña de Solidaridad con Colombia y el Dr. Marcos Criado de Diego, Profesor de Derecho Constitucional de la UEx y Jurista Experto Internacional de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia.

El evento fue organizado por el Área de Derecho Constitucional en conjunción con la Plataforma Extremeña de Solidaridad con Colombia.

La actividad es fruto del compromiso y cercanía del profesorado de Derecho Constitucional de la UEx con los retos del Derecho constitucional iberoamericano y, más concretamente, con la realidad del proceso de paz en Colombia. En esta línea, desde la citada Área se han venido organizando asiduamente actividades que abordan la problemática del proceso de paz y del postconflicto en Colombia. Entre otras, la Jornada “El proceso de paz en Colombia: aportes desde España y la Unión Europea”, en 2017, y el Seminario internacional “El proceso de paz y las transformaciones constitucionales en Colombia”, en 2018.

En esta ocasión (2019), el tema central de la Jornada giró en torno a la cuestión de las personas desaparecidas durante el conflicto armado colombiano y a los problemas que se presentan en los procedimientos de búsqueda e identificación. Todo ello, en el contexto del proceso de paz en Colombia y desde la perspectiva de la justicia transicional y de la reparación a las víctimas.

Los objetivos que se pretendían con la Jornada se pueden resumir en:

- a) Visibilizar la situación real respecto al problema de la búsqueda de personas desaparecidas en el conflicto armado colombiano, incidiendo en las trabas para acotar cuantitativamente la dimensión de las desapariciones; asimismo, presentar los inconvenientes institucionales y fácticos que se producen sobre el terreno y contextualizar la labor de los nuevos organismos creados al amparo del Acuerdo de Paz.
- b) Reflexionar sobre la importancia de los procesos de búsqueda e identificación de personas, intercambiando experiencias locales entre Colombia y España.
- c) Crear un espacio de diálogo entre las personas asistentes acerca del impacto de la desaparición forzada, no sólo en las familias,

sino en toda la sociedad y, por tanto, en el proceso de construcción de paz a partir de la reparación a las víctimas.

El primer problema que se presenta respecto a los procesos de búsqueda de personas desaparecidas en Colombia es el hecho de que resulta difícil acotar la dimensión del fenómeno. Ha de tenerse en cuenta la indiferencia institucional y la ausencia de un mecanismo reglado de actuación ante tales situaciones hasta la firma del Acuerdo de Paz entre el Gobierno de la República de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, suscrito en Bogotá (Colombia) el 24 de noviembre de 2016. Dada la variedad de fuentes estadísticas y diferentes registros utilizados por las instituciones responsables, el número de personas desaparecidas se podría cifrar *a grosso modo* en más de 120.000 según los reportes de desaparición en el tercer trimestre de 2019; sin embargo, tal cifra es orientativa y sólo sirve para poner de manifiesto la envergadura de la cuestión.

Para dar respuesta a esta realidad y a las demandas de la comunidad durante las negociaciones del Acuerdo de Paz, se crea en virtud del punto 5 del citado Acuerdo el “Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición”, compuesto por: 1) la “Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición”; 2) la “Unidad de Búsqueda para Personas dadas por Desaparecidas”; 3) la “Jurisdicción Especial para la Paz”; y 4) un conjunto de medidas de reparación integral para la construcción de la paz y las garantías de no repetición. Todo el sistema pretende dar una respuesta integral de justicia transicional partiendo de un enfoque territorial, étnico, diferencial y con perspectiva de género, que satisfaga las necesidades y derechos de las víctimas reconociendo las responsabilidades de los partícipes en el conflicto armado. Las víctimas y su andamiaje social, familiar y comunitario son o *deberían ser* el centro del sistema de reparación en un proceso de reconstrucción del tejido social y de cohesión comunitaria.

A la búsqueda e identificación de las personas desaparecidas durante el conflicto armado por cualquier causa (generalmente, desapariciones forzosas o en situación de hostilidad, reclutamiento y secuestro) está destinada la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en Colombia (en adelante, UBPD), contando con 20 años de plazo para lograr su cometido. Entre los propósitos de la UBPD se encuentra: Primero, indagar sobre personas que se presumen muertas, con el fin de encontrarlas, identificarlas y entregar sus restos a sus familiares, esclareciendo en la medida de lo posible las circunstancias de su fallecimiento. Segundo, investigar sobre personas que pueden estar vivas y que, por las dinámicas del propio conflicto armado, se desconoce su paradero o su suerte por parte de las familias. Para ello se establece un protocolo de actuación basado en cinco fases: 1) fase de recolección, organización y análisis de la información; 2) fase de localización; 3) fase de prospección y recuperación; 4) fase de identificación; y 5) fase de reencuentro o entrega digna.

Por el momento y tal como relató la ponente y Directora de la UBPD, doña Luz Marina Monzón Cifuentes, la Unidad está inmersa en la primera de las fases del proceso, recopilando denuncias, datos, información; entrevistándose con familiares y con quienes pudieran aportar luz para esclarecer los hechos; diseñando el registro nacional de fosas, sepulturas y cementerios ilegales; y, de alguna manera, poniendo en marcha un largo proceso de esclarecimiento de la verdad y de reparación para las víctimas y para su dignidad.

En esta misión, la UBPD se encuentra con no pocas dificultades sobre el terreno, debido a la propia idiosincrasia de las comunidades, a la naturaleza del conflicto y a las particularidades del territorio como determinante del propio orden social. En este sentido, el Profesor de Derecho Constitucional de la UEx, el Dr. Marcos Criado de Diego, contextualizó el escenario de aplicación del Acuerdo de Paz desde el enfoque territorial, precisando con la experiencia de sus investigaciones y estudios de campo, las premisas sociológicas sobre las que asentar el posterior análisis de las desapariciones en el conflicto armado.

De dicho análisis se desprende que el hecho diferencial de la raza, del territorio y el género condicionan profundamente el desempeño de la Unidad. El sesgo del género se manifiesta en la victimología y en el propio proceso de búsqueda, ya que suelen ser las mujeres, en la mayoría de los casos, las que inician el trámite de indagación sobre sus familiares desaparecidos, generalmente hijos y maridos. También la falta de recursos y la necesidad del trascurso del tiempo para lograr con éxito sus propósitos son factores condicionantes del mecanismo.

A estos elementos objetivos hay que añadir otro de carácter subjetivo. En el proceso de búsqueda, por su propia esencia humanitaria y extrajudicial, emergen otro tipo de necesidades vitales vinculadas a lo emocional y a la parte más íntima e irracional de las familias y de la sociedad, que necesitan saber la verdad para poder sanar. Las sensibilidades que suscita el proceso de búsqueda causan gran impacto en la labor de UBPD y marcan su propio camino, pues la sanación forma parte del proceso de restitución de la dignidad de las víctimas y de la propia construcción de la paz social. Es el elemento central de la justicia transicional y es el fin último que se propone la UBPD.

En este contexto, el intercambio de experiencias concretas entre Colombia y España puso de manifiesto las similitudes en el tratamiento de los casos y las necesidades comunes en el reconocimiento de los hechos y en la reparación de la dignidad de las víctimas. De igual modo, partiendo de la propia vivencia del Estado español, se ahondó en las consecuencias negativas para la cohesión social que provocaría la alternativa de obviar las medidas de justicia transicional. Los aportes de la recuperación de la memoria histórica en España al caso colombiano vinieron de la mano del Profesor de Historia Contemporánea de la UEx, el Dr. Julián Chaves Palacios, quien ilustró la comparativa a partir de su experiencia en el proceso de recuperación de los restos de las personas desaparecidas y asesinadas en Extremadura durante el régimen de represión franquista.

A modo de conclusión se constató que el caso español y el colombiano son dos procesos históricos diferentes (de una dictadura a una democracia, de un conflicto armado a la paz), pero con una misma exigencia de reparación, justicia y verdad para poder transitar hacia un modelo de convivencia y cohesión social. La transformación política hacia una sociedad cohesionada y en paz debe pasar necesariamente por un período de transición que confronte los abusos de los derechos humanos y los reconozca y repare de alguna forma para poder avanzar hacia la reconciliación y la restauración de la paz. El avance viene dado por el proceso de sanación colectiva. Y parte de ese proceso de sanación consiste en dar respuesta a las familias y a la sociedad en general sobre el paradero de sus seres queridos. Asimismo, también por el tratamiento digno a sus restos.

El equilibrio entre las exigencias jurídicas y políticas puede resultar difícil, pero nunca se debe saldar en la falta de reconocimiento a las víctimas ni en la elusión de los mecanismos de justicia transicional, porque se correría el riesgo de generar una sociedad quebrada, fallando uno de los pilares básicos de reconstrucción de la paz. El requisito de la cohesión social se revela aún más significativo si cabe en el caso del postconflicto colombiano debido a la organización del territorio como producto del propio conflicto y del funcionamiento tradicional de las comunidades a partir de la estructuración del poder al margen del Estado.

La armonía entre los diferentes actores de la paz exige que las garantías de verdad, justicia, reparación y no repetición estén aseguradas por medio de los procedimientos y organismos específicos creados a tal fin, como son la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, la Unidad de Búsqueda para Personas dadas por Desaparecidas y la Jurisdicción Especial para la Paz. Y tales organismos necesitan del trascurso del tiempo para el adecuado logro de sus objetivos.

Finalmente, la Jornada cumplió el objetivo de visibilizar la dimensión real de las desapariciones en Colombia y nos permitió reflexionar sobre la importancia de la búsqueda e identificación de las personas desaparecidas en todo proceso de restauración de paz y de construcción social.

BIBLIOGRAFÍA

Chaves Palacios, Julián, dir. *El itinerario de la memoria. Derecho, historia y justicia en la recuperación de la memoria histórica en España. Vol. II. La historia*. Madrid: Sequitur, 2013.

Criado de Diego, Marcos, dir. *El itinerario de la memoria. Derecho, historia y justicia en la recuperación de la memoria histórica en España. Vol. I. El derecho y la memoria*. Madrid: Sequitur, 2013.

Criado de Diego, Marcos, dir. *La paz en el territorio: poder local y postconflicto en Colombia*. Bogotá: Servicio de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2018.

Criado de Diego, Marcos. “Hacer la paz en los lugares del conflicto. La paz territorial como eje central del proceso de paz en Colombia”. En *Memoria y justicia transicional en Europa y América Latina*, editado por R. Moreno Fonseret y P. Payá López. Granada: Comares, 2018.

Criado de Diego, Marcos. *Territorio y acceso a la justicia en el postconflicto colombiano*. Bogotá: Servicio de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 2019.

Londoño Toro, Beatriz y Laly Catalina Peralta González, dir. *La voz de las víctimas: reto para la academia ante el postconflicto*. Bogotá: Servicio de Publicaciones de la Universidad del Rosario, 2018.

Web oficial de la UBPD: <https://www.ubpdbusquedadesaparecidos.co/> [recurso digital].

**ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA (AFDUE)**

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

SUMARIO

I. NORMAS EDITORIALES. GUÍA DE PRESENTACIÓN DE LOS TRABAJOS

1. Tipo de trabajo
2. Idioma
3. Formato y soporte de los trabajos
4. Presentación de los trabajos: Página del título
5. Resúmenes
6. Envío por el sistema *online*
7. Proceso de evaluación por pares
8. Estilo

II. NORMAS DE ESTILO

1. Libro
 - 1.1. Autor
 - 1.2. Editor, traductor o compilador en lugar de autor
 - 1.3. Editor, traductor o compilador además de autor
 - 1.4. Capítulo u otra parte de un libro
 - 1.5. Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro
 - 1.6. Libro publicado electrónicamente
 - 1.7. Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería
 - 1.8. Libro consultado *online*
2. Artículo de revista
 - 2.1. Artículo en una revista impresa
 - 2.2. Artículo en una revista *online*
 - 2.3. Artículo en periódicos o magazines

3. Recensión de un libro
4. Tesis o tesina
5. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares
6. Sitio web
7. Entrada de blog o comentario
8. Comunicación personal y entrevista
9. Obra registrada en bases de datos
10. Legislación
 - 10.1. Legislación estatal y autonómica
 - 10.2. Legislación internacional
 - 10.3. Legislación comunitaria
11. Jurisprudencia
 - 11.1. Jurisprudencia española
 - 11.2. Jurisprudencia internacional

I. NORMAS EDITORIALES. GUÍA DE PRESENTACIÓN DE LOS TRABAJOS

1. TIPO DE TRABAJO

AFDUE publica principalmente los siguientes tipos de estudios:

-Artículo (monográfico y miscelánea): trabajo de investigación de no más de 25.000 palabras (incluyendo notas a pie de página), aunque se podrán considerar artículos que las superen en casos excepcionales.

-Jurisprudencia y legislación: comentarios de jurisprudencia y legislación de no más de 25.000 palabras (incluyendo notas a pie de página), aunque se podrán considerar textos que las superen en casos excepcionales.

-Recensión bibliográfica: comentario crítico o reseña de una publicación jurídica no superior a 10.000 palabras.

-Informe académico-científico sobre la actividad político-institucional y jurídica de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

2. IDIOMA

Los trabajos podrán estar escritos en español, portugués, catalán, francés, italiano o inglés.

3. FORMATO Y SOPORTE DE LOS TRABAJOS

Los trabajos deben presentarse en formato Word (.doc o .docx), en letra *Times New Roman* de 12 puntos, con espacio simple de interlineado y justificación a ambos lados.

Los trabajos deben enviarse con notas a pie de página, numeradas automáticamente mediante el uso de números arábigos, con el mismo tipo de letra y tamaño 10. Se desaconseja el uso de cualquier otro formato automático (incluidos los párrafos), macros y niveles de encabezado.

Los apartados y subapartados deben estar numerados según el siguiente formato:

- 1.
- 1.1.
- 1.1.1.
- 2.
- 2.1.
- ...

Las citas literales en fragmentos largos en el texto principal, que aparecen como párrafo autónomo, han de tener un tamaño 11 de letra, estando en cursiva y sin comillas dicho párrafo si la lengua es diferente a la utilizada en el trabajo; se utilizará el entrecomillado si está en la misma lengua en la que se expone el estudio. Esto último también es válido para las notas a pie de página.

El número de llamada de nota al pie, que se hace en el cuerpo del texto principal, se coloca en voladita inmediatamente tras la palabra; si va al final de una frase, se incorpora el número de llamada antes de la puntuación; no se deja espacio entre la palabra y el número. Si la nota afecta a un texto entrecomillado, el número de llamada se sitúa entre las comillas de cierre y la puntuación, si la hubiera.

Ha de dejarse un espacio entre el número de la nota de pie de página y la primera palabra de la nota.

Las obras se citarán en cursiva y los artículos o capítulos de libro, entrecomillados.

Se incluirá un Apéndice bibliográfico o Referencias bibliográficas, al final del artículo.

4. PRESENTACIÓN DE LOS TRABAJOS: PÁGINA DEL TÍTULO

En la primera página aparecerá el título, el resumen y las palabras clave, tanto en español como en inglés. A continuación del título, se indicará el nombre del autor y la institución a la que se encuentra vinculado (Universidad, organización internacional, firma de abogados), si ello fuera posible. Asimismo, se ha de añadir, tras las palabras clave, un Sumario del trabajo donde se señale la estructura del mismo en apartados y subapartados.

5. RESÚMENES

Los artículos y la jurisprudencia requieren un resumen de no más de 200 palabras escrito en el idioma del trabajo, en inglés y también en español, si éste no fuera el idioma utilizado en el estudio. El resumen debe ser un breve texto del trabajo en el que se señala el objetivo del mismo, las fuentes, metodología, argumentos y conclusiones, no introduciendo nuevas ideas que no se mencionen en el cuerpo principal del texto. El resumen también debe incluirse, dentro del campo apropiado, en el sistema de envío *online* (OJS).

6. ENVÍO POR EL SISTEMA *ONLINE*

Los trabajos deben ser enviados por medio del sistema Open Journal System (OJS) que se encuentra en nuestra página web (<https://publicaciones.unex.es/index.php/AFD>), a través del enlace destacado “Enviar un artículo”. También puede enviarse por correo electrónico al director del *Anuario*, si no fuera posible por el sistema anterior.

No se aceptarán trabajos que no sean enviados por los medios antes señalados, entendiéndose como no presentados a la consideración de la revista aquéllos que fuesen entregados por una vía distinta a las indicadas. Lo anterior es aplicable tanto para la primera versión del documento como respecto a aquellas eventuales versiones posteriores del mismo.

Los trabajos entregados al *AFDUE* para su publicación serán sometidos a un programa de revisión antiplagio.

7. PROCESO DE EVALUACIÓN POR PARES

Los trabajos seleccionados por el Consejo de Redacción se someterán posteriormente a una evaluación por pares, de forma anónima y confidencial, realizada por expertos ajenos al Equipo Editorial. Para que las identidades de los autores

permanezcan en el anonimato, se ha de cargar una página del título separada y no debe haber información de identificación del autor en el archivo principal del texto.

Los dos revisores expertos emitirán un informe sobre el trabajo evaluado, que será comunicado a su autor. El resultado de la revisión puede ser a) positivo; b) positivo con recomendaciones para su mejora por parte su autor; y c) negativo. Ante juicios dispares entre los dos evaluadores, el trabajo será remitido a un tercer evaluador. El Consejo de Redacción decidirá la publicación del estudio a la vista de los informes emitidos, solicitando al autor, en su caso, las modificaciones sugeridas por los evaluadores.

Los autores cederán los derechos de explotación y copia de los trabajos finalmente aceptados para su publicación.

8. ESTILO

AFDUE mantiene las formas de citación del *Manual de Estilo de Chicago* (*Chicago Manual of Style*), 16 edición, que se detalla en el siguiente apartado.

II. NORMAS DE ESTILO

El *Manual de Estilo de Chicago* mantiene dos sistemas: 1. Notas y Bibliografía; y 2. Autor-fecha.

Para ampliar ejemplos pueden verse los capítulos 14 y 15 de la 16 edición de *The Chicago Manual of Style*

(http://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide.html).

Existe una versión en castellano que es la que adaptamos nosotros aquí:

<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/otraspub/otraspub07.pdf>

El sistema de **Notas y Bibliografía** es el preferido por su utilidad y adaptación a la metodología de *AFDUE*. Siguiendo estas normas de estilo, presentamos ejemplos de citación bibliográfica en notas al pie de página y de la presentación de la referencia bibliográfica final. En las notas al pie de página, diferenciamos la citación completa inicial de las citaciones posteriores de la misma referencia.

1. LIBRO

1.1. Autor

Un autor

Primera citación: Jesús Lalinde Abadía, *Las Culturas represivas de la Humanidad (H. 1945)*, vol. II (Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1992), 1027-1031.

Primera citación: Ramón Carande, *Carlos V y sus banqueros. La vida económica de España en una fase de su hegemonía. 1516-1556* (Madrid: Revista de Occidente, 1943), 107.

Posteriores citaciones: Lalinde, *Las Culturas...*, 1257 ss.

Posteriores citaciones: Carande, *Carlos V y sus banqueros ...*, 75.

Bibliografía: Lalinde Abadía, Jesús. *Las Culturas represivas de la Humanidad (H. 1945)*, vol. II. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1992.

Bibliografía: Carande, Ramón. *Carlos V y sus banqueros. La vida económica de España en una fase de su hegemonía. 1516-1556*. Madrid: Revista de Occidente, 1943.

Dos autores

Primera citación: Vicente Álvarez García y Flor Arias Aparicio, *Lecciones de Derecho público autonómico, estatal y europeo. Conceptos fundamentales, sistema de fuentes y organización* (Madrid: Tecnos, 2018), 65-71.

Posteriores citaciones: Álvarez y Arias, *Lecciones de Derecho público ...*, 23 ss.

Bibliografía: Álvarez García, Vicente y Flor Arias Aparicio, *Lecciones de Derecho público autonómico, estatal y europeo. Conceptos fundamentales, sistema de fuentes y organización*. Madrid: Tecnos, 2018.

Tres autores

Primera citación: Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo: valores y usos* (Madrid: SGEL, 1986), 29 ss.

Posteriores citaciones: Borrego Nieto, Gómez Asencio y Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*, 52

Bibliografía: Borrego Nieto, Julio; José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL, 1986.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solamente el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

Primera citación: Javier Alvarado Planas et al., *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid: Sanz y Torres, 2016), 122.

Posteriores citaciones: Alvarado *et al.*, *Manual de Historia ...*, 57.

Bibliografía: Alvarado Planas, Javier; Jorge Montes Salguero; María Dolores del Mar Sánchez González y Regina María Pérez Marcos. *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid: Sanz y Torres, 2016.

1.2. Editor, traductor o compilador en lugar de autor

Primera citación: Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

Posteriores citaciones: Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Bibliografía: Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

1.3. Editor, traductor o compilador además de autor

Primera citación: Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

Posteriores citaciones: Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Bibliografía: Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

1.4. Capítulo u otra parte de un libro

Primera citación: Juan Francisco Barroso Márquez y Gabriel Moreno González, “La década perdida: crisis económica y Brexit (2009-2019)”, en *Historia Jurídica de la Integración Europea*, dir. por Fernando Bermejo Batanero (Madrid: Dykinson, 2019), 193-212.

Posteriores citaciones: Barroso y Moreno, “La década perdida ...”, 195.

Bibliografía: Barroso Márquez, Juan Francisco y Gabriel Moreno González, “La década perdida: crisis económica y Brexit (2009-2019)”. En *Historia Jurídica de la Integración Europea*, dirigido por Fernando Bermejo Batanero. Madrid: Dykinson, 2019.

1.5. Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

Primera citación: James Rieger, Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

Posteriores citaciones: Rieger, Introducción, XXXIII.

Bibliografía: Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI–XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

1.6. Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado.

En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

1.7. Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

Primera citación: Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

Posteriores citaciones: Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Bibliografía: Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

1.8. Libro consultado *online*

Primera citación: Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), 45-47,

<http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrezordonez>.

Primera citación: Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), 13-18, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

Posteriores citaciones: Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*, 13.

Posteriores citaciones: Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Bibliografía: Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981, <http://www.gruposin-com.es/publicaciones-de-salvadorgutierrez-ordonez>.

Bibliografía: Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. ARTÍCULO DE REVISTA

2.1. Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página o páginas consultadas. En la bibliografía, se deben indicar la página de comienzo y página final del artículo completo. Se señala el dígito del volumen o el número de la revista. Si el volumen viniera acompañado del número, se señala el número del volumen, una coma, y la abreviación 'nº' seguido del número.

Primera citación: Clemente Checa González, “Acerca del arbitraje de carácter obligatorio que realiza la Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas”, *Nueva Fiscalidad* 4 (2018): 26.

Posteriores citaciones: Checa González, “Acerca del arbitraje de carácter obligatorio ...”, 49.

Bibliografía: Checa González, Clemente. “Acerca del arbitraje de carácter obligatorio que realiza la Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas”, *Nueva Fiscalidad* 4 (2018): 25-51.

2.2. Artículo en una revista online

Primera citación: Ángel Arias Domínguez, “Crónica de jurisprudencial laboral internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 19, nº 2 (2019): 417,

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4969>.

Primera citación: Ángeles Feliu Albadalejo, “La publicidad institucional en la arena parlamentaria española”, *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, DOI:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

Posteriores citaciones: Arias Domínguez, “Crónica de jurisprudencia laboral ...”, 433.

Posteriores citaciones: Feliu Albadalejo, “La publicidad institucional ...”, 475.

Bibliografía: Arias Domínguez, Ángel. “Crónica de jurisprudencia laboral internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 19, nº 2 (2019): 414-438.

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4969>.

Bibliografía: Feliu Albadalejo, Ángeles. “La publicidad institucional en la arena parlamentaria española”. *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. DOI:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

2.3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto (“Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010, ...”) en lugar de llevarlo a una nota a pie de página; normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

Primera citación: Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, “Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote”, *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010,

<http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

Posteriores citaciones: Stolberg y Pear, “Wary Centrists...”.

Bibliografía: Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. “Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote”. *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

3. RECENSIÓN DE UN LIBRO

Primera citación: David Kamp, “Deconstructing Dinner”, recensión de *The Omnivore’s Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New*

York Times, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

Posteriores citaciones: Kamp, “Deconstructing Dinner”.

Bibliografía: Kamp, David. “Deconstructing Dinner”. Recensión de *The Omnivore’s Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. New York Times, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review,

<http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

4. TESIS O TESINA

Primera citación: Francisco José Hernández Rubio, “Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro” (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

Posteriores citaciones: Hernández Rubio, “Los límites del eliminacionismo”, 130-132.

Bibliografía: Hernández Rubio, Francisco José. “Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro”. Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010,

<http://hdl.handle.net/10201/17600>.

5. DOCUMENTO PRESENTADO EN CONFERENCIAS, PONENCIAS, CONGRESOS O SIMILARES

Primera citación: Silvia Rodríguez Vázquez, “Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo” (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).

Posteriores citaciones: Rodríguez Vázquez, “Flujos de traducción”.

Bibliografía: Rodríguez Vázquez, Silvia. “Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo”. Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

6. SITIO WEB

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto (“El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald’s mencionaba en su sitio web...”) o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que determinado

contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

Citación: “McDonald’s Happy Meal Toy Safety Facts”, McDonald’s Corporation, acceso el 19 de julio de 2008,

<http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

Bibliografía: McDonald’s Corporation. “McDonald’s Happy Meal Toy Safety Facts”. Acceso el 19 de julio de 2008,

<http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

7. ENTRADA DE BLOG O COMENTARIO

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto (“En un comentario publicado en el Blog de Lengua española el 13 de marzo de 2012, ...”) en lugar de hacerlo en una nota; generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir seud. después del nombre aparentemente ficticio.

Citación: José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, “Hacer los deberes”, *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacerlos-deberes/#comments>.

Bibliografía: *Blog de Lengua española*.

<http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

8. COMUNICACIÓN PERSONAL Y ENTREVISTA

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto (“En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...”) o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía.

9. OBRA REGISTRADA EN BASES DE DATOS

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos.

Citación y bibliografía: Choi, Mihwa. “Contesting Imaginaires in Death Rituals during the Northern Song Dynasty”. Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

10. LEGISLACIÓN

Las citas de legislación se realizan generalmente en el cuerpo del texto principal, de forma completa la primera vez y mediante siglas en las sucesivas. Se puede recurrir a notas a pie de página en el caso de necesitar aclarar o completar información, tales como la fecha de su publicación en los correspondientes Boletines Oficiales europeo, estatal o autonómicos.

Si el texto contiene un cuantioso número de normativa citada, se recomienda elaborar un Anexo de Legislación, situado tras la Bibliografía, ordenado cronológicamente de forma ascendente (normas antiguas primero) y por nivel territorial.

10.1. Legislación estatal y autonómica

Constitución Española

Primera citación: Constitución Española (CE)

Posteriores citaciones: CE

Citación en texto o nota a pie, un artículo concreto: art. 22 CE.

Ley

Primera citación: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Información adicional en nota a pie de página (opcional): Boletín Oficial del Estado, núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

Posteriores citaciones: LRJSP.

Citación en texto o nota a pie, un artículo concreto: art. 19 LRJSP.

Primera citación: Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura (LGAEX).

Información adicional en nota a pie de página (opcional): Diario Oficial de Extremadura, núm. 35, de 26 de marzo de 2002.

Posteriores citaciones: LGAEX.

Citación en texto o nota a pie, un artículo concreto: 25 LGAEX.

Real Decreto-Ley/ Real Decreto Legislativo/ Decreto-ley/ Decreto Legislativo

Primera citación: Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

Información adicional en nota a pie de página (opcional): Boletín Oficial del Estado, núm. 61, de 12 de marzo de 2019.

Posteriores citaciones: Real Decreto-Ley 8/2019.

Citación en texto o en nota a pie, un artículo concreto: art. 2 Real Decreto-Ley 8/2019.

Real Decreto/ Decreto

Primera citación: Decreto 19/2015, de 24 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Registro de solicitudes de acceso a la información pública y el fichero de datos de carácter personal “Solicitantes de acceso a la información pública”.

Información adicional en nota a pie de página (opcional): Boletín Oficial de Aragón, núm. 43, de 4 de marzo de 2015.

Posteriores citaciones: Decreto 19/2015.

Citación en texto o en nota a pie, un artículo concreto: art. 3 Decreto 19/2015.

Orden

Primera citación: Orden SCB/104/2019, de 7 de febrero, por la que se modifica la Orden SCB/93/2019, de 4 de febrero, por la que se crea el Comité de las profesiones del sector sanitario y social.

Información adicional en nota a pie de página (opcional): Boletín Oficial del Estado, núm. 34, de 8 de febrero de 2019.

Posteriores citaciones: Orden SCB/104/2019.

Citación en texto o nota a pie, un artículo concreto: art. 3, Orden SCB/104/2019.

10.2. Legislación internacional

Primera citación: Tratado de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto, hecho en El Cairo el 5 de febrero de 2008. Boletín Oficial del Estado, núm. 20, 13 de julio de 2009.

Posteriores citaciones, en texto o pie de página: Tratado de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y la República Árabe de Egipto.

10.3. Legislación comunitaria

Tratados

Primera citación: Tratado de la Unión Europea (TUE)

Posteriores citaciones: TUE

Citación en texto o nota a pie, un artículo concreto: art. 1 TUE

Reglamento

Primera citación: Reglamento (UE) 2015/478 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, sobre el régimen común aplicable a las importaciones.

Información adicional en nota a pie de página (opcional): Diario Oficial de la Unión Europea L 83, de 27 de marzo de 2015.

Posteriores citaciones: Reglamento (UE) 2015/478.

Citación en texto o en nota a pie, un artículo concreto: art. 5 Reglamento (UE) 2015/478.

Directiva

Primera citación: Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Información adicional en nota a pie de página (opcional): Diario Oficial de la Unión Europea L 188, de 12 de julio de 2019.

Posteriores citaciones: Directiva (UE) 2019/1158.

Citación en texto o nota a pie, un artículo concreto: art. 15 Directiva (UE) 2019/1158.

Decisión

Primera citación: Decisión (UE) 2019/1181 del Consejo, de 8 de julio de 2019 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros.

Información adicional en nota a pie de página (opcional): Diario Oficial de la Unión Europea L 185, de 11 de julio de 2019.

Posteriores citaciones, en texto o en pie de página: Decisión (UE) 2019/1181 del Consejo.

Recomendación

Primera citación: Recomendación (UE) 2019/1019 de la Comisión, de 7 de junio de 2019, relativa a la modernización de edificios.

Información adicional en nota a pie de página (opcional): Diario Oficial de la Unión Europea L 165, de 16 de junio de 2019.

Posteriores citaciones, en texto o en pie de página: Recomendación (UE) 2019/1019.

Dictamen

Primera citación: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “La Agenda 2030—Una Unión Europea comprometida a apoyar el desarrollo sostenible a escala mundial”.

Posteriores citaciones, en texto o en pie de página: Dictamen CES sobre la Agenda 2030.

11. JURISPRUDENCIA

La cita de jurisprudencia se puede realizar tanto en el cuerpo del texto principal como en nota a pie de página, debiendo citarse de forma completa la primera vez y mediante siglas en lo sucesivo. Si el texto contiene un cuantioso número de referencias jurisprudenciales, se recomienda elaborar un Anexo de Jurisprudencia, situado tras la Bibliografía o el Anexo Legislativo en su caso, ordenado cronológicamente de forma ascendente (sentencias más antiguas primero) y distinguiéndolas por jurisdicción.

11.1. Jurisprudencia española

Tribunal Supremo

Primera citación: Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1229/2017, de 29 de marzo.

Posteriores citaciones en texto o en nota a pie sucesivas: STS 1229/2017, de 29 de marzo, FJ 1.

Tribunal Constitucional

Primera citación: Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 35/2017, de 1 de marzo.

Posteriores citaciones, en texto o en nota a pie sucesivas: STC 34/2017, de 1 de marzo, FJ 5.

11.2 Jurisprudencia internacional

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Primera citación: Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3ª). Caso Rubio dos Amantes contra España. Sentencia de 21 de febrero 2017.

Posteriores citaciones, en texto o en nota a pie de página: STEDH, de 21 de febrero 2017.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Primera citación: Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 14 de julio de 1994, Paola Faccini Dori contra Recreb Srl, asunto C-91/92.

Posteriores citaciones, en texto o en nota a pie de página: STJUE, asunto C-91/92.

