

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. 37 (2021)



**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: monográfico señalado, miscelánea, comentarios de jurisprudencia y de legislación, informe jurídico-público de la Comunidad de Extremadura, reseñas bibliográficas, actividades científicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura 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, con sede en dicho Centro de la ciudad de Cáceres, utiliza la plataforma OJS que proporciona el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, lográndose así una mayor difusión de los estudios publicados.

EQUIPO EDITORIAL

PRESIDENTE

Alfonso C. Cardenal Murillo. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (UEx). España.

DIRECTOR

Sixto Sánchez-Lauro. Historiador del Derecho. Director del *Anuario*. Facultad de Derecho de la UEx. España.

SECRETARIA

Carlota María Ruiz González. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho de la UEx. España.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Sixto Sánchez-Lauro. Director del *Anuario*. Facultad de Derecho de la UEx. España.

Secretaria

Carlota María Ruiz González. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho de la UEx. España.

Vocales

Ángel Arias Domínguez. Director del Departamento de Derecho Privado. Catedrático del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho de la UEx. España.

Jesús Conde Fuentes. Vicedecano de Movilidad y Prácticas Externas. Profesor de Derecho Procesal. Facultad de Derecho de la UEx. España.

Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona. Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz. Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica de Badajoz. España.

Juan José Medina Ariza. Presidente de la Sociedad Española de Investigación Criminológica. Catedrático de Criminología Cuantitativa en el Centre for Criminology and Criminal Justice. Facultad de Derecho. Manchester University. Reino Unido.

Gregorio Serrano Hoyo. Director del Departamento de Derecho Público. Profesor Titular de Derecho Procesal. Facultad de Derecho de la UEx. España.

María Félix Tena Aragón. Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Miembro de la Comisión General de Codificación. España.

Jorge Van De Wyngard Moyano. Vicerrector de Vinculación con el Medio e Investigación. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Bernardo O'Higgins. Santiago. Chile.

Virginia Zambrano. Presidenta del Collegio di Garanzia. Sezione Consultiva (CONI). Catedrática de Derecho Privado Comparado de la Università degli Studi di Salerno. Italia.

EQUIPO TÉCNICO

Manuel Lázaro Pulido (Coord.). Director de contenidos de la Editorial Sínderesis. Universidad Internacional de La Rioja. España.

COMITÉ CIENTÍFICO

Javier Alvarado Planas. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.

Vicente Álvarez García. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España.

Teresa Armenta Deu. Facultad de Derecho de la Universidad de Girona. España.

Jon Arrieta Alberdi. Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco. España.

Andrés Botero Bernal. Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Bucaramanga. Colombia.

Juan Calvo Végez. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España.

Raúl Cesar Cancio Fernández. Letrado del Tribunal Supremo. España.

Clemente Checa González. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España.

John F. Chuchiak. Southwest Missouri State University. Estados Unidos.

Emilio Cortés Bechiarelli. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España.

Beatriz Cruz Márquez. Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz. España.

Joaquín Cuello Contreras. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España.

Isabelle Daugareilh. Centre National Recherche Scientifique. Université de Bordeaux. Francia.

Liliana Estupiñán Achury. Facultad de Derecho de la Universidad Libre. Bogotá. Colombia.

Ignacio Ferrer Cazorla. Decano del Colegio Notarial de Extremadura. España.

Juan Gorelli Hernández. Facultad de Derecho de la Universidad de Huelva. España.

Luis René Guerrero Galván. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.

Francisco Javier Hierro Hierro. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España.

Ángel Juanes Peces. Exvicepresidente del Tribunal Supremo. España.

Francisco La Moneda Díaz. Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Extremadura. España.

Raúl Madrid Ramírez. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile.

António Monteiro-Fernandes. ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa. Portugal.
M^a Fernanda Moretón Sanz. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.
Carol Pronel. Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro. Brasil.
Ricardo Rabinovich-Berkman. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Argentina.
Sabrina Ragone. Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia. Italia.
Antonio Manuel Román García. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España.
Jaime Rosell Granados. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España.
Carmen Sánchez Trigueros. Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia. España.
Josep Serrano Daura. Facultad de Derecho de la Universitat Internacional de Catalunya. España.
José Luis Serrano González de Murillo. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España.
José Antonio Vega Vega. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. España.
Mercenario Villalba Lava. Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. España.

EDICIÓN: Servicio de Publicaciones de la UEx. <http://www.unex.es/publicaciones>
URL de la revista: <https://publicaciones.unex.es/index.php/AFD/>
Correo electrónico de Secretaría: carlotamrg@unex.es

DATOS: *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*. Indizada en: HeinOnline-Law Journal Library, DOAJ, DIALNET. Evaluada en: ERIHPlus, LATINDEX. Catálogo v2.0 (2018 -) Directory of Open Access Journals. MIAR ICDS 6.5

AUTORIZACIÓN DE REPRODUCCIONES



© 2021. Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. La licencia con la que se publican todos los contenidos de *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* es Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0) de Creative Commons, a la que se ha de añadir estas condiciones. Para conocer el texto completo de esta licencia, visitad <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>. Enviad una carta a Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California 94105, USA.

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
ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728
Núm. 37 (2021)

SUMARIO

PRESENTACIÓN

SIXTO SÁNCHEZ-LAURO	21-22
---------------------------	-------

ARTÍCULOS. MONOGRÁFICO

RETOS JURÍDICOS DE LAS DEMOCRACIAS OCCIDENTALES ANTE UN CAMBIO DE PARADIGMA: DESAFÍOS DE LA DIGITALIZACIÓN, GLOBALIZACIÓN Y GLOCALIZACIÓN

CÁSTOR M. DÍAZ BARRADO Y ELENA C. DÍAZ GALÁN. <i>El valor de la democracia en el marco de la globalización: Avances y retrocesos en perspectiva jurídica.....</i>	25-49
JULIA MARÍA DÍAZ CALVARRO. <i>El robot como contribuyente. Reflexión sobre la personalidad jurídica digital.....</i>	51-73
EDUARDO FERNÁNDEZ GARCÍA. <i>Desafíos jurídicos interdisciplinarios de la ciberseguridad nacional: Apuntes “de lege ferenda”</i>	75-118
FRANCISCO DE BORJA GALLEGO PÉREZ DE SEVILLA. <i>La aporía de la juridicidad global: Hacia un relativismo unívoco del Derecho....</i>	119-138
ADRIÁN GARCÍA ORTIZ. <i>La identidad europea como mecanismo de legitimidad democrática en el proceso de construcción de la Unión Europea</i>	139-162
FÁTIMA PABLOS MATEOS. <i>Localización empresarial y reto demográfico. El rol de la fiscalidad portuguesa</i>	163-193
JUAN MANUEL RODRÍGUEZ BARRIGÓN. <i>Las redes transeuropeas de transportes: Actualización del transporte ferroviario en la Unión como reto globalizador</i>	195-238
MIGUEL AGUSTÍN TORRES Y CECILIA ELIZABETH IBÁÑEZ. <i>El derecho a la educación en Argentina en tiempos de virtualidad forzada. Un supuesto de judicialización de la inclusión digital</i>	239-272

ENRIQUE VÁZQUEZ PITA. <i>La UNESCO y la gobernanza de la inteligencia artificial en un mundo globalizado. La necesidad de una nueva arquitectura legal</i>	273-302
JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA. <i>La protección de las creaciones de la inteligencia</i>	303-344

ARTÍCULOS. MISCELÁNEA

EMILIO AGUAS ALCALDE. <i>Acción pública y denuncia bajo la jurisdicción del Tribunal de Cuentas</i>	347-384
ZHENIA DJANIRA APARICIO ALDANA. <i>Desarrollo constitucional del judicial review en el constitucionalismo peruano</i>	385-414
MARÍA YOLANDA BARTOLOMÉ CANTALEJO. <i>La homoparentalidad: un modelo más de unión familiar</i>	415-440
ELISA DÍAZ ÁLVAREZ. <i>El Gobierno de los territorios de Ultramar en las primeras constituciones. Problemas jurídicos del gran mito imperial</i>	441-470
JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO. <i>El sistema de libre designación como figura de provisión de puestos de trabajo: Límites jurisprudenciales y autolimitaciones administrativas en la Administración General del Estado</i>	471-509
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ. <i>Principales problemas jurisprudenciales en la relación laboral especial de trabajadores con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo</i>	511-550
DANIEL ROBERTO HERTEL. <i>Técnica procesal para cumplimiento de obligación alimentaria en el nuevo Código de Proceso Civil Brasileño</i>	551-568
ANTONELLO OLIVIERI. <i>Ley singular y Derecho del trabajo en la perspectiva italiana: El poder de los gigantes</i>	569-589
RODOLFO ORANTOS MARTÍN. <i>Dictamen sobre el Condado de Regalados</i>	591-618
LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN DEL ROSAL. <i>Valoración penal de las agresiones sexuales en el matrimonio y relaciones afines</i>	619-656

JURISPRUDENCIA

LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA. <i>Selección y comentario de resoluciones del orden jurisdiccional Civil. Audiencia Provincial de Badajoz. Año 2021</i>	659-668
JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA. <i>Selección y comentario de resoluciones del orden jurisdiccional Civil. Audiencia Provincial de Cáceres. Año 2021</i>	669-678
MARÍA FÉLIX TENA ARAGÓN. <i>Selección y comentario de resoluciones del orden jurisdiccional Penal. Audiencias Provinciales de Cáceres y Badajoz. Año 2021</i>	679-691
MERCENARIO VILLALBA LAVA. <i>Selección y comentario de resoluciones del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Año 2021</i>	693-720
ALICIA CANO MURILLO. <i>Selección y comentario de resoluciones del orden jurisdiccional Social. Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Año 2021</i>	721-735
MERCENARIO VILLALBA LAVA. <i>Resumen del Auto 67/2019 del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Badajoz: Planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria europea sobre cláusulas abusivas</i>	737-744

LEGISLACIÓN

ANTONIO ALONSO CLEMENTE Y FELIPE A. JOVER LORENTE. <i>Ley de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura</i> ..	747-806
ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ. <i>Ensayo sobre la Ley de Trabajo a Distancia</i>	807-838
EMILIANA HABELA VACA. <i>Real Cédula de Carlos III sobre bigamia y competencias de los tribunales</i>	839-853
MERCENARIO VILLALBA LAVA. <i>El uso autólogo eventual de la sangre y tejidos del cordón umbilical. La intervención de las Administraciones Públicas durante el parto para permitir su conservación en bancos privados</i>	855-881

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 2021 ..* 885-922

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

- Carmen José Alejos Grau y José Luis Soberanes Fernández. *Las Leyes de Reforma y su aplicación en México.*
Manuel Andreu Gálvez 925-928
- Vicente Álvarez García. *2020, el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos).*
Matilde Sánchez Gutiérrez 929-934
- Manuel Andreu Gálvez y Rodrigo Ruiz Velasco Barba (Coords.). *La forja de México: a doscientos años del surgimiento de una nación política.*
Guillermo Tejeda Becerra..... 935-938
- Eber Omar Betanzos Torres; María Alaide Bruno Teixeira y Claudia Cristina F. G. de Araujo Costa (Coords). *El Derecho ante la Pandemia de la Covid-19.*
Eber Omar Betanzos Torres 939-941
- Pedro Brufao Curiel. *La intervención pública en el tráfico de bienes culturales.*
Juan Antonio Pavón Pérez 942-945
- Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez (Dir.). *Derechos Fundamentales en Estado de Alarma: Una aproximación multidisciplinar.*
Carmen Caballero Lozano 946-953
- Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez. *Bicentenario del Código penal de 1822: La defensa penal de la Constitución de 1812 en su contexto histórico institucional.*
María Ángeles Cano Linares 954-958
- Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez. *Modelos para la construcción política de Europa: El Proyecto de William Penn.*
María Ángeles Cano Linares 959-961

Juan A. Cuevas Segarra. <i>Las medidas cautelares y la ejecución de sentencia.</i>	
Antonio M. Román García	962-964
Alicia Díaz Mayordomo (Ed.). <i>La Gobernación Espiritual de las Indias. Juan de Ovando.</i>	
Miguel Ángel Chamacho	965-972
Gustavo Garduño Domínguez y Manuel Andreu Gálvez (Coords). <i>La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación.</i>	
Eugenio Valle Ruiz.....	973-974
Gabriel Moreno González. <i>Cómo se gobiernan los portugueses. Historia constitucional y sistema político de Portugal.</i>	
Ana Torrecillas Martínez.....	975-980
Gillo Pontecorvo. <i>Prisionero del mar (La grande strada azzurra).</i>	
Ángel Arias Domínguez	981-987
Francisco Manuel Reverte Martínez. <i>Las asociaciones juveniles en la España democrática.</i>	
Jordi Serrano Blanquer	988-994
Rodrigo Ruiz Velasco Barba y Manuel Andreu Gálvez (Coords.). <i>La fractura del mundo hispánico: Las secesiones americanas en su bicentenario.</i>	
Gustavo Garduño Domínguez.....	995-997
Silvia Soriano Moreno (Coord.). <i>Perspectivas jurídicas de la igualdad de género en el entorno rural.</i>	
Lorea Arenas García	998-1005

CRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Inauguración del Curso 2021-2022 de la Facultad de Derecho. Conferencia de M. Teresa Freixes Sanjuán: <i>Nuevos retos y desafíos del Estado de Derecho en Europa.</i>	
Ana Torrecillas Martínez.....	1009-1023
Seminario Permanente de Actualidad Laboral 2021: <i>Ciclos de Primavera y Otoño (Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social).</i>	
Carmen Solís Prieto	1024-1029

Presentación del libro <i>Territorio y acceso a la justicia en el posconflicto colombiano</i> , del Profesor Marcos Criado de Diego (Área de Derecho Constitucional).	
Lorena Chano Regaña	1030-1034
Curso <i>Las relaciones Unión Europa - América Latina y el Caribe: Una agenda renovada y un programa para la recuperación de los ODS</i> (Área de Derecho Constitucional).	
Lorena Chano Regaña	1035-1039
Curso Internacional de Otoño de la Universidad de Extremadura: <i>El rol de la policía durante la pandemia</i> (Área Derecho Penal y Área de Derecho Administrativo).	
Jordi Ortiz García y Juan Antonio Pavón Pérez	1040-1043
Seminario de Derecho Público: <i>La influencia de la Covid-19 en la transformación del Derecho Público español</i> (Área de Derecho Administrativo).	
Ángel Orgaz Valle y Enrique Hernández Díez.....	1044-1048
XIX Seminario Jurídico Interdisciplinar Globalización y Derecho: <i>Democracia y derechos en un mundo en transformación</i> (Área de Derecho Constitucional).	
Lorena Chano Regaña	1049-1052
I Encuentro de Profesores de Derecho Administrativo de las Universidades de Extremadura y Salamanca: <i>Los retos del Derecho Administrativo ante las pandemias</i> (Área de Derecho Administrativo).	
Ángel Orgaz Valle y Enrique Hernández Díez.....	1053-1057
Conferencia: <i>Nuevo enfoque jurídico de la discapacidad</i> (Área de Derecho Civil).	
María José Pérez Albuquerque	1058-1061
Seminario de Derecho Público: <i>El Derecho de las crisis en España e Italia</i> (Área de Derecho Administrativo).	
Ángel Orgaz Valle y Enrique Hernández Díez.....	1062-1065
Defensa de la tesis doctoral del Profesor Enrique Hernández Díez (Área de Derecho Administrativo).	
Flor Arias Aparicio.....	1066-1073

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO.
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA
ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728
Núm. 37 (2021)

SUMMARY

INTRODUCTION

SIXTO SÁNCHEZ-LAURO	21-22
---------------------------	-------

ARTICLES. MONOGRAPHIC

<i>LEGAL CHALLENGES OF WESTERN DEMOCRACIES IN THE FACE OF A PARADIGM SHIFT: CHALLENGES OF DIGITALIZATION, GLOBALIZATION AND GLOCALIZATION</i>	
CÁSTOR M. DÍAZ BARRADO AND ELENA C. DÍAZ GALÁN. <i>The value of democracy in the framework of globalization: Advances and setbacks in legal perspective</i>	25-49
JULIA DÍAZ CALVARRO. <i>The robot as a taxpayer. A reflection on the digital legal personality</i>	51-73
EDUARDO FERNÁNDEZ GARCÍA. <i>Interdisciplinary legal challenges of national cybersecurity: "De lege ferenda" notes</i>	75-118
FRANCISCO DE BORJA GALLEGO PÉREZ DE SEVILLA. <i>The aporia of global legality: Towards a univocal relativism of Law</i>	119-138
ADRIÁN GARCÍA ORTIZ. <i>European identity as a mechanism of democratic legitimacy in the process of building the European Union</i>	139-162
FÁTIMA PABLOS MATEOS. <i>Business location and demographic challenge. The role of portuguese taxation</i>	163-193
JUAN MANUEL RODRÍGUEZ BARRIGÓN. <i>Trans-European transport networks: Updating rail transport in the Union as a globalizing challenge</i>	195-238
MIGUEL AGUSTÍN TORRES AND CECILIA ELIZABETH IBÁÑEZ. <i>The right to education in Argentina in times of forced virtuality. A case of judicialization of digital inclusión</i>	239-272

ENRIQUE VÁZQUEZ PITA. <i>UNESCO and the governance of artificial intelligence in a globalized world. The need for a new legal architecture</i>	273-302
JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA. <i>The protection of the creations of intelligence</i>	303-344

ARTICLES. MISCELLANEOUS

EMILIO AGUAS MAYOR. <i>Public action and complaint under the jurisdiction of the Court of Auditors</i>	347-384
ZHENIA DJANIRA APARICIO ALDANA. <i>Constitutional development of judicial review in Peruvian constitutionalism</i>	385-414
MARÍA YOLANDA BARTOLOMÉ CANTALEJO. <i>Same-sex parenting: one more model of family unión</i>	415-440
ELISA DÍAZ ÁLVAREZ. <i>Spanish rule of the Overseas territories in the first constitutions. Legal issues of the great imperial myth</i>	441-470
JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO. <i>The free appointment system as a form of job provision: Jurisprudential limits and administrative self-limitations in the General State Administration</i>	471-509
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ. <i>Main jurisprudential issues of the special employment relationship of workers with disabilities who work in special employment centers</i>	511-550
DANIEL ROBERTO HERTEL. <i>Procedural technique for compliance with food obligation in the new Brazilian Civil Procedure Code</i>	551-568
ANTONELLO OLIVIERI. <i>Singular Law and Labor Law in the Italian perspective: The power of giants</i>	569-589
RODOLFO ORANTOS MARTÍN. <i>Legal opinion on Regalados County</i> ...	591-618
LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN DEL ROSAL. <i>Criminal assessment of sexual assaults in marriage and kin relationships</i>	619-656

JURISPRUDENCE

LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA. <i>Selection and commentary of resolutions of the Civil jurisdictional order. Badajoz Provincial Court. YEAR 2021</i>	659-668
---	---------

JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA. <i>Selection and commentary of resolutions of the Civil jurisdictional order. Provincial Court of Cáceres. YEAR 2021</i>	669-678
MARÍA FÉLIX TENA ARAGÓN. <i>Selection and commentary of resolutions of the Criminal jurisdictional order. Provincial Courts of Cáceres and Badajoz. YEAR 2021</i>	679-691
MERCENARIO VILLALBA LAVA. <i>Selection and commentary of resolutions of the Contentious-Administrative jurisdictional order. Superior Court of Justice of Extremadura. YEAR 2021</i>	693-720
ALICIA CANO MURILLO. <i>Selection and commentary of resolutions of the Social jurisdictional order. Superior Court of Justice of Extremadura. YEAR 2021</i>	721-735
MERCENARIO VILLALBA LAVA. <i>Summary of Order 67/2019 of the Commercial Court No. 1 of Badajoz: Approach of a European Community preliminary ruling on abusive clauses</i>	737-744

LEGISLATION

ANTONIO ALONSO CLEMENTE AND FELIPE A. JOVER LORENTE. <i>Law of defense, legal assistance and appearance in court of the Administration of the Autonomous Community of Extremadura</i>	747-806
ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ. <i>Essay on Telecommuting Law</i>	807-838
EMILIANA HABELA VACA. <i>The Royal Decree of Carlos III on bigamy and court jurisdiction</i>	839-853
MERCENARIO VILLALBA LAVA. <i>The eventual autologous use of umbilical cord blood and tissue. The intervention of the Public Administrations during childbirth to allow its conservation in private Banks</i>	855-881

REPORT ON EXTREMADURA

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA; FLOR ARIAS APARICIO AND ENRIQUE HERNÁNDEZ DÍEZ. <i>Annual report on the legal-public situation of the Autonomous Community of Extremadura in 2021</i>	885-922
---	---------

BOOK REVIEWS

Carmen José Alejos Grau and José Luis Soberanes Fernández. <i>Reform Laws and their application in Mexico.</i>	
Manuel Andreu Gálvez.....	925-928
Vicente Álvarez García. <i>2020, the year of the COVID-19 pandemic (legal studies).</i>	
Matilde Sánchez Gutiérrez.....	929-934
Manuel Andreu Gálvez and Rodrigo Ruiz Velasco Barba (Coords.). <i>The forge of Mexico: two hundred years after the emergence of a political nation.</i>	
Guillermo Tejeda Becerra	935-938
Eber Omar Betanzos Torres; María Alaide Bruno Teixeira and Claudia Cristina F. G. de Araujo Costa (Coords). <i>Law in the face of the Covid-19 Pandemic.</i>	
Eber Omar Betanzos Torres	939-941
Pedro Brufao Curiel. <i>Public intervention in the trafficking of cultural property.</i>	
Juan Antonio Pavón Pérez.....	942-945
Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez (Dir.). <i>Fundamental Rights in a State of Alarm: A multidisciplinary approach.</i>	
Carmen Caballero Lozano.....	946-953
Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez. <i>Bicentennial of the Criminal Code of 1822: The criminal defense of the Constitution of 1812 in its institutional historical context.</i>	
María Ángeles Cano Linares	954-958
Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez. <i>Models for the political construc- tion of Europe: The William Penn Project.</i>	
María Ángeles Cano Linares	959-961
Juan A. Cuevas Segarra. <i>Precautionary measures and execution of sentence.</i>	
Antonio M. Román García	962-964
Alicia Díaz Mayordomo (Ed.). <i>The Spiritual Government of the Indies. Juan de Ovando.</i>	
Miguel Ángel Chamcho	965-972

Gustavo Garduño Domínguez and Manuel Andreu Gálvez (Coords). <i>The Mexican Constitution of 1917: legal, historical and comparative law studies one hundred years after its promulgation.</i>	
Eugenio Valle Ruiz	973-974
Gabriel Moreno González. <i>How the Portuguese are governed. The Constitutional History and political system of Portugal.</i>	
Ana Torrecillas Martínez	975-980
Gillo Pontecorvo. <i>Prisoner of the sea (La grande strada azzurra).</i>	
Ángel Arias Domínguez.....	981-987
Francisco Manuel Reverte Martínez. <i>Youth associations in democratic Spain.</i>	
Jordi Serrano Blanquer.....	988-994
Rodrigo Ruiz Velasco Barba and Manuel Andreu Gálvez (Coords.). <i>The fracture of the Hispanic world: American secessions in its bicentennial.</i>	
Gustavo Garduño Domínguez	995-997
Silvia Soriano Moreno (Coord.). <i>Legal perspectives of gender equality in rural areas.</i>	
Lorea Arenas García.....	998-1005

LAW SCHOOL NEWS

Inauguration of the 2021-2022 Course of the Faculty of Law. Lecture by M. Teresa Freixes Sanjuán: <i>New Challenges for the Rule of Law in Europe.</i>	
Ana Torrecillas Martínez	1009-1023
Permanent Seminar on Labor News 2021: <i>Spring and Autumn Cycles</i> (Area of Labor Law and Social Security).	
Carmen Solís Prieto.....	1024-1029
Presentation of the book <i>Territory and access to justice in the Colombian post-conflict</i> , by Professor Marcos Criado de Diego (Area of Constitutional Law).	
Lorena Chano Regaña.....	1030-1034

Course <i>Relations between the European Union and Latin America and the Caribbean: A renewed agenda and a program for the recovery of the SDGs</i> (Area of Constitutional Law).	
Lorena Chano Regaña.....	1035-1039
International Autumn Course of the University of Extremadura: <i>The role of the police during the pandemic</i> (Criminal Law Area and Administrative Law Area).	
Jordi Ortiz García y Juan Antonio Pavón Pérez	1040-1043
Public Law Seminar: <i>The influence of Covid-19 on the transformation of Spanish Public Law</i> (Area of Administrative Law).	
Ángel Orgaz Valle and Enrique Hernández Díez.....	1044-1048
XIX Interdisciplinary Legal Seminar Globalization and Law: <i>Democracy and rights in a changing world</i> (Area of Constitutional Law).	
Lorena Chano Regaña.....	1049-1052
I Meeting of Professors of Administrative Law of the Universities of Extremadura and Salamanca: <i>The challenges of Administrative Law in the face of pandemics</i> (Area of Administrative Law).	
Ángel Orgaz Valle and Enrique Hernández Díez.....	1053-1057
Conference: <i>New legal approach to disability</i> (Area of Civil Law).	
María José Pérez Albuquerque.....	1058-1061
Seminar on Public Law: <i>The Law of crises in Spain and Italy</i> (Area of Administrative Law).	
Ángel Orgaz Valle and Enrique Hernández Díez.....	1062-1065
Defense of the doctoral thesis of Professor Enrique Hernández Díez (Area of Administrative Law).	
Flor Arias Aparicio.....	1066-1073

PRESENTACIÓN / INTRODUCTION

SIXTO SÁNCHEZ-LAURO¹

*Director del Anuario de la Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura*

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, fiel a su cita anual, ofrece un nuevo número, el 37, relativo al período 2021. Las diferentes Secciones jurídicas del presente volumen reflejan un mayor equilibrio de contenidos, especialmente aquéllas de mayor creatividad e incidencia científica, como los trabajos de investigación del Monográfico y de la Miscelánea o los Comentarios de Jurisprudencia y de Legislación. *Retos jurídicos de las democracias occidentales ante un cambio de paradigma: Desafíos de la digitalización, globalización y glocalización* ha sido la temática seleccionada para el Monográfico y desarrollada en una decena de rigurosos estudios, con una conseguida proyección internacional. En número similar, la Miscelánea ha planteado novedosos y relevantes aspectos jurídicos desde una autoría multinacional. La selección y comentario de resoluciones judiciales de los órganos colegiados superiores de la Comunidad de Extremadura, dictadas durante el año, se ha llevado a cabo por destacados magistrados de cada uno de los órdenes jurisdiccionales. La Sección de Legislación se ha presentado con autonomía propia, segregada de la de Jurisprudencia, dada la entidad y calidad de los trabajos a publicar. Hemos recuperado la Sección que recoge el revelador Informe anual jurídico y político-institucional de la Comunidad Autónoma extremeña, redactado por distinguidos administrativistas de la Facultad de Derecho de la UEx. Un nutrido racimo de recensiones bibliográficas informa y valora obras jurídicas de especial interés que recientemente han salido a la luz. Finalmente, la Crónica se hace eco de aquellas actividades no regladas que han sido organizadas y ejecutadas por la Facultad de Derecho durante el año 2021, publicitando sus contenidos científico-jurídicos más notables o de mayor impacto.

En estas últimas ediciones, el *Anuario de la Facultad de Derecho* ha continuado dando pasos significativos en su “apertura editorial”, no solamente en cuanto a la

¹ Profesor Titular Numerario de Historia del Derecho; Licenciado en Derecho por la Universidad de Valladolid; Licenciado en Historia y Doctor por la Universidad de Salamanca; Profesor invitado de Historia del Derecho de los Cursos Intensivos de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina); sus líneas de investigación giran en torno al ámbito institucional jurídico-público de la Edad Moderna hispánica e indiana; miembro de diferentes entidades corporativas académicas.

composición de su Equipo Editorial y Comité Científico, sino también en el análisis jurídico de temas de alcance internacional o en la incorporación de autores ajenos a la Universidad de Extremadura. Pero como se colige de lo expuesto arriba, el *Anuario* lo hace reafirmando a la vez su condición de publicación periódica de la única Facultad de Derecho extremeña, como espacio ideal para su creación científica y en donde los aspectos jurídicos de esta Comunidad están también muy presentes. Consideramos que el *Anuario* ha de responder a las exigencias que demanda el quehacer universitario, tanto a nivel interno como en su proyección exterior.

Precisamente, este año se cumple medio siglo de Cáceres como ciudad universitaria, con el Colegio Universitario instaurado en 1971, y en 2023 corresponderá esta efeméride al nacimiento de la Facultad de Derecho, coincidente con la constitución propiamente de la Universidad de Extremadura. Este alumbramiento de Centros de Enseñanza Superior sería trascendente para esta tierra periférica en la formación de profesionales, en la investigación y su aplicación al medio, en la dinamización cultural... La Facultad de Derecho, durante todo este tiempo, ha mantenido un nivel ascendente en la preparación de profesionales del Derecho y en la gestación y difusión del conocimiento jurídico. Como es sabido, el *Anuario* ha cumplido desde 1982 su función difusora de dicho conocimiento, abierto al ámbito académico y profesional. En estos momentos, entendemos que la revista ha de seguir potenciando su valoración de indexación con una progresión de excelencia y calidad. Ha de fortalecer su reconocimiento con nuevas incorporaciones a prestigiosas bases de datos (recientemente lo ha hecho con el portal jurídico *vLex*) y mantenerse como herramienta de universalidad de la Facultad de Derecho.

Tras el número que presentamos ahora hay un riguroso trabajo en equipo que es necesario no soslayar. Destacamos los desvelos y laboriosidad impagable del titular del Equipo Técnico del *Anuario*, D. Manuel Lázaro Pulido, y de la Secretaria del *Anuario*, Dña. Carlota Ruiz González. Asimismo, nuestro firme reconocimiento a los autores participantes en las diferentes Secciones y a los evaluadores de los trabajos; de igual modo, una mención especial para el Presidente del Equipo Editorial y Decano de la Facultad de Derecho, D. Alfonso Cardenal Murillo, a los responsables del Servicio de Publicaciones de la UEx, al Consejo de Redacción del *Anuario* y a la Editorial Sínderesis. A todos ellos, nuestro profundo agradecimiento por haber hecho posible el número 37 (2021) del *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*.

SIXTO SÁNCHEZ-LAURO

Facultad de Derecho

Universidad de Extremadura

sanchezlauro@unex.es

<https://orcid.org/0000-0002-8604-1190>

MONOGRÁFICO

*RETOS JURÍDICOS DE LAS DEMOCRACIAS
OCCIDENTALES ANTE UN CAMBIO DE PARADIGMA:
DESAFÍOS DE LA DIGITALIZACIÓN,
GLOBALIZACIÓN Y GLOCALIZACIÓN*



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.25>

EL VALOR DE LA DEMOCRACIA EN EL MARCO DE LA
GLOBALIZACIÓN: AVANCES Y RETROCESOS EN
PERSPECTIVA JURÍDICA*

*THE VALUE OF DEMOCRACY IN THE FRAMEWORK OF
GLOBALIZATION: PROGRESS AND SETBACKS IN
LEGAL PERSPECTIVE*

CÁSTOR M. DÍAZ BARRADO¹

Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

ELENA C. DÍAZ GALÁN²

Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

Recibido: 08/10/2021

Aceptado: 22/12/2021

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación de Alto rendimiento en Libertad, Seguridad y Ciudadanía en el Orden Internacional, de la Universidad Rey Juan Carlos. Asimismo, se ha realizado como miembros del Grupo de Innovación Docente para la Enseñanza y Aprendizaje de la Historia, las Relaciones Internacionales y el Derecho Internacional, de esta Universidad, 2020-2022.

1 Catedrático de Derecho Internacional Público. Director del Centro de Estudios de Iberoamérica (CEIB). Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Ha realizado su actividad docente e investigadora en las Universidades de Córdoba, Zaragoza, Carlos III de Madrid y Extremadura. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura de 1994 a 1998. Las principales líneas de investigación son: integración en América Latina, derechos humanos y desarrollo sostenible.

2 Profesora de Derecho Internacional Público. Coordinadora del Grado de Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de la Habana, París Ouest-La Defense, Reno, y el Instituto de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Lisboa. Las principales líneas de investigación son: Organizaciones internacionales, seguridad internacional y desarrollo sostenible.

RESUMEN

La democracia penetró en la comunidad internacional cuando surgía y consolidaba la globalización. En los primeros años, la comunidad internacional proclamó el valor de la democracia y pretendió convertirla en principio estructural del orden jurídico. En la actualidad, estos objetivos tropiezan con relevantes obstáculos y el empeño por consagrar un principio democrático ha cedido paso a un periodo de mayor calma, cuando se apaga el ánimo globalizador y la comunidad internacional está más fragmentada y localista. Los problemas de la democracia en el orden internacional se advierten en el análisis de su vínculo con la paz y así podrían existir contextos de paz y seguridad internacionales sin democracia. Asimismo, el respaldo al desarrollo sostenible por la Agenda 2030 no ha provocado un indiscutible lazo con la democracia. La comunidad internacional no se atreve a decir que no puede haber desarrollo sostenible sin democracia. Más complicada es la relación entre democracia y derechos humanos que usualmente ha sido destacada por la doctrina científica y Organizaciones internacionales. El objetivo del presente trabajo es examinar el significado de la evolución de la democracia en términos jurídicos desde los tiempos de la globalización.

Palabras clave: Democracia, globalización, paz, desarrollo sostenible, derechos humanos.

ABSTRACT

Democracy penetrated in the international community as globalization emerged and strengthened. In the early years, the international community proclaimed the value of democracy and sought to make it as a structural principle of the legal order. At present, these objectives face significant obstacles and the commitment to enshrining a democratic principle has given way to a period of greater calm, when the globalizing spirit is extinguished and the international community is more fragmented and localized. The problems of democracy in the international order are noticed by the analysis of its link with peace and then there could be contexts of international peace and security without democracy. Likewise, the support for sustainable development by the 2030 Agenda has not led to an undeniable tie with democracy. The international community does not dare to say that there can be no sustainable development without democracy. More complicated is the relationship between democracy and human rights that has usually been highlighted by scientific doctrine and international organizations. The aim of this paper is to examine the significance of the evolution of democracy in legal terms since the time of globalization.

Keywords: Democracy, globalization, peace, sustainable development, human rights

Sumario: 1. Introducción. 2. El amargo recorrido del principio democrático en el orden internacional. 3. Los principios que derivan de la paz. Un mundo en paz sin democracia. 4. El principio de la protección internacional de los derechos humanos. La dificultad de respetar los derechos humanos sin democracia. 5. El desarrollo sostenible. Un mundo con desarrollo y sin democracia. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El advenimiento de la globalización se produjo de manera lenta y alcanzó un mayor significado político y económico durante la segunda mitad del siglo XX. Esto también aconteció en términos jurídicos y, así, los valores del ordenamiento jurídico internacional comenzaron a calibrarse en el plano de la globalización una vez que ésta se asentó plenamente en las relaciones internacionales³. Durante ese siglo se consagraron unos valores que aún permanecen en la sociedad internacional. Ciertamente, sería interminable la discusión sobre cuáles son los valores exactos de la actual comunidad internacional y, más todavía, respecto a su contenido y alcance. Sin embargo, se puede llegar a la conclusión de que el sistema de valores que actualmente impera y que fundamenta las reglas básicas del orden jurídico internacional son: la paz; la democracia; los derechos humanos; y el desarrollo sostenible. En particular, Naciones Unidas sostienen que “la democracia es un valor central” de la Organización, aunque especifica que “apoya la democracia mediante la promoción de los derechos humanos, el desarrollo y la paz y la seguridad”⁴. En la práctica de los Estados y la doctrina científica han llegado a la conclusión de que éstos serían los cuatro valores sustanciales que engloban los propósitos y principios de la comunidad internacional. En resumen, cabría suscribir que “los valores dominantes son los de humanización

3 Alejandro J. Rodríguez Carrión, “El Derecho Internacional a la hora de la globalización”, *Globalización, estado y democracia*, coord. por Alberto Oliet Palá, Universidad de Málaga, (2003): 269-286.

4 Naciones Unidas. Democracia. Disponible en: <https://www.un.org/es/global-issues/democracy>.

y moralización del Derecho internacional”, a los que habría que añadir la convivencia pacífica⁵.

Estos valores son, con toda seguridad, los fundamentos imprescindibles de las normas jurídicas y, en especial, de los principios calificados como esenciales del Derecho Internacional⁶. Por ello, cabe la pregunta de si cada uno de los valores hace que emerja un principio de naturaleza constitucional o quizá varios en función de la formulación del valor en cuestión. Así, por ejemplo, el valor de la paz se articula básicamente en torno a varios principios capitales como la prohibición del uso de la fuerza, el principio de la no intervención y la solución pacífica de las controversias internacionales. El resto de los valores que han sido mencionados parece que dan lugar únicamente a un principio estructural del orden internacional. Este sería el caso de la protección de los derechos humanos y todo lo relativo al desarrollo sostenible⁷. En cualquier caso, el valor de la democracia está orientado a cristalizar un principio independiente y autónomo: el “principio democrático”.

La consolidación de la globalización hizo que penetrara con vigor en el orden internacional la idea de la democracia como un valor fundamental de la “nueva” sociedad internacional y con vocación de transformarse en principio estructural del ordenamiento jurídico internacional. El decenio de los noventa del siglo XX será el periodo en el que se realicen los mayores esfuerzos en esta dirección; y se obtengan también los resultados más tangibles. Así, sería suficiente recordar dos instrumentos de alcance regional que plasmaron la democracia como un valor esencial de la comunidad internacional que debía encontrar traducción jurídica. La Carta de París para una nueva Europa que se adoptó por la entonces Conferencia de Seguridad y Cooperación para Europa (CSCE) afirmó el robusto compromiso de los Estados de “edificar, consolidar y reforzar la

⁵ José Antonio Pastor Ridruejo, *Derecho internacional e ideologías políticas*, Universidad de Málaga, (2015): 32.

⁶ José Antonio Pastor Ridruejo, “Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs”, *RCADI*, 274, (1998): 9-308

⁷ Salvo que en este caso se quiera proclamar la existencia, por un lado, del principio del desarrollo y, por otro lado, el principio relativo a la protección internacional del medio ambiente, ambos de manera separada y autónoma, en perspectiva conceptual y normativa.

democracia como único sistema de gobierno (...)”⁸. Igualmente, la Declaración final de la Primera Cumbre de las Américas, de Miami de 1994, sostenía, una vez que reconocía que “por primera vez en la historia, las Américas son una comunidad de sociedades democráticas”, la voluntad de los Estados de “preservar y fortalecer la comunidad de democracias de las Américas”⁹. En los dos casos se anuncia que los Estados de esas regiones están comprometidos totalmente con la democracia y sostienen la existencia de un principio democrático en esos órdenes regionales.

Desde otro prisma, el entonces Secretario General de Naciones Unidas, B. Boutros Ghali enfocó en términos jurídicos los retos y desafíos a los que se enfrenta la humanidad y que atenazan la convivencia mundial. Esto se debió probablemente a su condición académica, pero lo relevante es que proporcionó unos documentos útiles para descubrir los valores que inspiran el quehacer en la comunidad internacional y para pormenorizar su contenido y alcance. En esta línea, elaboró el Documento titulado "Un programa de paz", de 23 de junio de 1992; el Documento titulado "Programa de Desarrollo" de 1994; y el Documento titulado "Un programa de democratización", de 1996. Los simples enunciados de los títulos de estos Documentos revelan tres de los principales valores que priman en la escena internacional y únicamente se podría observar la ausencia de un documento relativo a los derechos humanos.

En cualquier caso, los valores enunciados están íntimamente relacionados entre sí y habitualmente se dice que solo es posible alcanzar cualquiera de ellos mediante el logro de los demás. Por lo tanto, un lazo teórico indisoluble recorre los contenidos de estos valores y hace que la comunidad internacional se ve impelida a cumplir de manera simultánea con todos ellos. Pero, el examen de la práctica internacional desmiente esta aseveración. Respecto a lo primero, lo dejaba entrever en 1994, Boutros B. Ghali, al decir que “en el nuevo contexto internacional emprendimos con determinación la tarea de lograr la paz y la

8 OSCE. Disponible en: <https://www.osce.org/es/mc/39521>.

9 Cumbre de las Américas. Disponible en: <http://www.summit-americas.org/miamidec-spanish.htm>.

seguridad, el progreso económico y la equidad social, la democracia y los derechos humanos” aunque advertía de las dificultades de lograrlo¹⁰. En relación con lo segundo, la realidad internacional revela que cada uno de los valores goza autonomía y que merece una atención distinta de la comunidad internacional. Así, por ejemplo, es verdad que la paz y los derechos humanos “han llegado a constituirse como valores esenciales de la comunidad internacional”, pero también es cierto que “mientras las cuestiones relativas a la paz recibieron un desarrollo político y normativo notable” en la Carta de las Naciones Unidas, “lo relativo a los derechos humanos recibió una atención más marginal”¹¹. En perspectiva estrictamente jurídica, el destino de estos valores es diferente y la maduración normativa varía sustancialmente.

Más allá, la democracia será el eslabón más débil de la cadena que conforman los valores que han sido reconocidos por la comunidad internacional, al menos por lo que se refiere a su respaldo normativo. El principio democrático será el que menos ha avanzado en la evolución de cristalización en el orden jurídico internacional. Por ello, se debe averiguar el significado que tiene la democracia en una sociedad globalizada y, sobre todo, cuál sería el futuro que le espera en el orden jurídico. Todo ello, aunque se reconociera que a finales del siglo XX: “Globalización y democracia son (...) conceptos que reflejan las más fuertes tendencias que rigen el nuevo orden mundial”¹². Ambos conceptos guardan entre sí una estrecha vinculación y también conservan todavía parte del vigor que tuvieron a finales del siglo pasado. Es decir, la democracia no está ausente de las actuales relaciones internacionales. Sin embargo, la democracia no está en la cúspide de los principios fundamentales del Derecho Internacional. Entre estas dos realidades existen situaciones intermedias que probarían que la democracia

10 Consolidación de la paz y el desarrollo (1994). Memoria sobre la labor de la Organización entre los períodos de sesiones cuadragésimo octavo y cuadragésimo noveno de la Asamblea General (Selección), Boutros Boutros-Ghali Secretario General de las Naciones Unidas, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 17, Madrid, Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense (1995): 201.

11 Sagrario Morán Blanco, “Naciones Unidas en la sociedad internacional. Entre el deseo de reforma y la ausencia de voluntad política”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos, Documento de investigación* 21/17: 25.

12 Josefina del Prado, “Globalización y Democracia”, *Agenda Internacional*, 4, 10 (1998):15.

es un valor de la comunidad internacional y un principio en ciernes que tiene un especial arraigo en algunas zonas del planeta.

2. EL AMARGO RECORRIDO DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO EN EL ORDEN INTERNACIONAL

La democracia encuentra graves dificultades para encumbrarse como principio estructural del orden internacional¹³. Se podría aceptar, no obstante, que la democracia ha encontrado una especial acogida en algunas regiones del planeta o que, al menos, en estas regiones la democracia ha producido los mayores efectos políticos y los resultados jurídicos más tangibles. En verdad, serán Europa y América los dos continentes en los que el principio democrático ha sido aceptado y donde ha recibido una mejor traducción jurídica. Esto ha sucedido desde la adopción de los instrumentos que dieron nacimiento o actualizaron las principales Organizaciones europeas como el Consejo de Europa y la Unión Europea (UE) y, en el espacio americano, la Organización de Estados Americanos (OEA)¹⁴. Pero todo ello ha sido insuficiente para asentar con significado y alcance jurídicos un principio democrático en virtud del cual se estableciese la obligación de todos los Estados de disponer de un régimen democrático. Nada de esto ha ocurrido. Siempre se puede recordar que la Carta de Naciones Unidas no emplea el término democracia y que, desde luego, la instauración de regímenes democráticos no forma parte como principio político y jurídico de los fundamentos de la Organización¹⁵. Todo ello, aunque en la página oficial de esta Organización se diga que “la democracia es un valor central de las Naciones

13 Un análisis interesante en los trabajos que agrupa la obra: Gregory H. Fox, y Brad R. Roth (eds.), *Democracy Governance and International Law*, Detroit, Edward Elgar Publishing, (2020).

14 Por todos: Cástor M. Díaz Barrado, y M.^a Ángeles Cano Linares, “América y el principio de la democracia: la Carta Democrática Interamericana”, *Revista de Estudios Jurídicos*, 10 (2010): 19-42.

15 Está claro que la guerra fría hizo olvidar el debate sobre la democracia en la comunidad internacional y que, como se ha dicho, “el tema de la democracia planetaria reapareció en los años ochenta, con el surgimiento del discurso sobre la globalización y, algo después, con el final de la Guerra Fría”, “Diálogo entre David Held y Heikki Patomäki. Los problemas de la democracia global”, *Papeles de cuestiones internacionales*, 95, (2006): 90.

Unidas” y a pesar de que ésta ha realizado una ingente labor en apoyo a la democracia y de la gobernanza democrática en el mundo¹⁶.

En el plano regional, el Tratado de la UE, en su artículo 10, proclama que el “funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa”, lo que viene acompañado por lo que estipula el artículo 2, es decir, que “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos”. La claridad de estos postulados ha sido insuficiente para predicar que el valor de la democracia, que sí existe, sea un principio fundamental del orden internacional actual¹⁷. En todo caso, aunque se exigiera con anterioridad a los Estados miembros, la plasmación “constitucional” del valor de la democracia como principio de comportamiento básico en la UE se produjo en el periodo en el que despierta la globalización. Precisamente, será en 1992 con la aprobación del Tratado de Maastricht cuando los Estados de la Unión quisieron dejar constancia, en el artículo F, que “la Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”. Más allá de la UE, todavía existen inconvenientes en la actualidad para augurar, sin embargo, la plena aceptación del principio democrático en la región europea. A tal efecto, se puede recordar la situación que vive Bielorrusia pero también la de otros Estados que teóricamente entrarían en la categoría de regímenes democráticos, como es el caso de Turquía y Rusia¹⁸.

Lo mismo acontece en el espacio americano. La contundencia de las palabras del artículo 1 de la Carta Democrática Interamericana, de 2001: “Los

16 Por ello, ha indicado que “(...) la ONU ha hecho más para apoyar la democracia en todo el mundo que cualquier otra organización global”. Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/global-issues/democracy>

17 Véase: Aldecoa Luzárraga, Francisco y García Cancela, Eduardo (eds.), *La Conferencia sobre el Futuro de Europa en Marcha: una visión desde el Consejo Federal Español del Movimiento Europeo*, Madrid, Los Libros de la Catarata, (2021).

18 Véanse las reflexiones de Mira Milosevich-Juaristi, “El putinismo, sistema político de Rusia”, *Real Instituto Elcano, ARI* 16 (2018): 1-7. Es de especial interés la Recomendación del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, al Consejo, a la Comisión y al vicepresidente de la Comisión/Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad sobre la dirección de las relaciones políticas entre la Unión y Rusia. En esta recomendación se dice, entre muchas otras cosas, que “el futuro de Rusia puede ser democrático; (y) que la Unión debe presentar al pueblo ruso propuestas concretas para una cooperación mutuamente beneficiosa”.

pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla, es el resultado de una larga, dinámica y escabrosa evolución que tiene sus orígenes más inmediatos en los primeros años del decenio de los noventa del siglo XX. En todo caso, sería posible mencionar otros antecedentes más alejados en el tiempo. Como hemos tenido la oportunidad de señalar en otra ocasión: de manera temprana para la sociedad internacional, (...) los Estados de la región (americana) estaban dispuestos a reflexionar sobre el papel de la democracia en el orden internacional y, en especial, sobre su ubicación normativa en las relaciones del sistema americano. De este modo, la Declaración de los Principios sobre Solidaridad y Cooperación interamericanas, de la Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz, de Buenos Aires de 1936, acepta la concepción en la que se prima la identidad de las formas democráticas de los Gobiernos de los Estados de América, que se ha plasmado en tratados, y que es uno de los aspectos que han constituido el sistema puramente americano. Como primer principio de esta Declaración se constata la existencia de una democracia solidaria en América¹⁹. Todos estos precedentes y los esfuerzos actuales por consolidar la democracia en el continente americano también encuentran importantes obstáculos que, en la actualidad, se reflejan en las situaciones de Cuba, Venezuela y Nicaragua. El valor de la democracia, plenamente aceptado en la región americana, sigue pendiente de ser un principio imprescindible para asegurar la convivencia en la región²⁰.

Por todo, se puede anotar que existe el deseo de los Estados, de Organizaciones internacionales y de la doctrina científica por aupar a la democracia como principio esencial del Derecho Internacional y, con ello, la insatisfacción porque no se haya logrado todavía. Lo indicó B. Boutros Ghali “en la actualidad la idea básica de la democracia gana adherentes en todos los sectores culturales, sociales y económicos”, pero en la línea de los anhelos quiso constatar que “la mundialización y el nuevo entorno mundial exigen un proceso de democratización a

19 Cástor Miguel Díaz Barrado, *América y el Derecho Internacional*, Discurso de ingreso leído el día 18 de enero de 2021 en el Acto de su recepción por la Real Academia de Jurisprudencia y legislación de España, Madrid, Taravilla, (2021): 84.

20 *Vid.*, Carlos Bernal Pulido, “La democracia como principio constitucional en América Latina”, *Cuestiones Constitucionales*, 17, (2007).

nivel internacional”²¹. Ahora bien, nada asegura que el principio democrático haya sido plenamente aceptado cuando, incluso, un miembro permanente del Consejo de Seguridad, si excluimos a Rusia, no goza de un sistema democrático y cuando se advierte que se está produciendo un deterioro cuantitativo y cualitativo de la democracia en la sociedad internacional. Es posible que la democracia no vaya a la deriva, pero están aumentando los factores que erosionan el nacimiento de nuevos regímenes democráticos y la preservación de los existentes. En esencia, los riesgos y desafíos que se ciernen sobre la comunidad internacional socavan el principio democrático.

3. LOS PRINCIPIOS QUE DERIVAN DE LA PAZ. UN MUNDO EN PAZ SIN DEMOCRACIA

La paz no ha tenido graves dificultades para consagrar principios bien asentados en el orden jurídico internacional. En buena parte, la historia más reciente del Derecho internacional está estrechamente vinculada a la búsqueda de los principios y normas que garanticen la paz y la seguridad internacionales. Por de pronto, el propósito principal de Naciones Unidas será el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Así lo plasma el artículo 1 de la Carta de la Organización al decir en su párrafo 1 que lo primero que pretende es: “Mantener la paz y la seguridad internacionales”. Con ello, la paz se sitúa en la cúspide del quehacer de la Organización y en la base de la convivencia en la comunidad internacional. La llegada de la globalización en nada cambió esta percepción. En “Un Programa de Paz” se constató que: “en los últimos años se ha derrumbado una inmensa barrera ideológica que durante decenios fue fuente de desconfianza y hostilidad”²². Pero, todo ello para llegar a la conclusión de el objetivo último es “consolidar la paz, la estabilidad y la seguridad”²³ en el planeta. Incluso, antes de que irrumpiera con fuerza el fenómeno globalizador, la comunidad internacional se dotó de herramientas jurídicas para garantizar la paz en el

²¹ A/51/761, 20 de diciembre de 1996: 3 y 18.

²² A/47/277, S/24111, 17 de junio de 1992: 2.

²³ *Ibid.*: 4.

mundo. Desde ahí, a la paz se le van a asociar, con un enfoque jurídico, una serie de principios del Derecho Internacional que “se basan en los valores fundamentales y sociales de la comunidad internacional”²⁴. El éxito en este caso queda garantizado porque pronto se produce el nacimiento de los principios relativos a la solución pacífica de las controversias, de la no intervención y del no uso de la fuerza en las relaciones internacionales.

El Acta Final de Helsinki, como preludio del periodo de la globalización, consideró que su principal objetivo era lograr condiciones en las que los pueblos “puedan vivir en una paz auténtica y duradera, libres de toda amenaza o atentado contra su seguridad”. Y, para ello, aceptó y robusteció los principios bien arraigados en la comunidad internacional. En realidad, todos los principales textos que representan el surgimiento de la globalización en las relaciones internacionales toman como punto de partida los principios que fueron acordados con anterioridad y que, en bastantes ocasiones, quedan englobados bajo la expresión “principios del Derecho Internacional”. Así lo hace la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 cuando habla de la “conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional (...)”²⁵. Incluso, la Carta de París para una nueva Europa es más explícita y contiene un pasaje que resulta revelador. Después de reconocer solemnemente el firme “compromiso para con los Diez Principios del Acta Final de Helsinki”, los Estados expresaron en esa ocasión las virtudes de los principios de arreglo de las controversias por medios pacíficos y la obligación de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza”²⁶. Igualmente, la Declaración de Miami, con ocasión de la Primera Cumbre de las Américas de 1994 proclamó la adhesión de los Estados americanos a “los principios del derecho internacional (...)”, incluyendo la no intervención y la solución pacífica de controversias, aunque ignoró la prohibición del empleo de la fuerza en las relaciones internacionales.

24 Hernán Valencia Restrepo, “La definición de los principios en el Derecho Internacional Contemporáneo”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 36, 106 (2007), 66.

25 Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

26 OSCE. Disponible en: <https://www.osce.org/es/mc/39521>.

La paz como supremo valor político y moral de la comunidad internacional se ha traducido en términos normativos a través de principios ampliamente reconocidos que quedaron plasmados, como nunca, en el instrumento que se adoptó a las puertas de la plena consagración de la globalización: la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas²⁷. Y que, después, se han repetido como una interminable y abrumadora letanía a lo largo de todo el periodo de la globalización. Todo ello, con independencia de que se hayan ido acogiendo nuevos conceptos de paz y seguridad internacionales de los que ya advertía B. Boutros Ghali en 1992. Así, el entonces Secretario General de Naciones Unidas ponía de relieve que esta Organización estaba “dedicando cada vez más atención a los fundamentos de la paz, que están estrechamente relacionados con las cuestiones del desarrollo”²⁸. La conclusión es que la paz ha encontrado perfecto acomodo en el orden jurídico internacional a través de principios solidamente asentados y que están apresados en las entrañas de este ordenamiento jurídico.

Sobre estas bases, la interrogante primordial sigue siendo si cabe un mundo en el que reine la paz y no exista democracia. La respuesta dependerá de la valoración de muchos factores. Entre ellos, la determinación del concepto de paz y de los perfiles que lo delimiten. La vinculación que muchas veces se ha establecido, en términos generales, entre paz y democracia no deja de ser en buena medida teórica y conceptual. La práctica internacional revela que es posible que impere la paz sin que se haya aceptado y se respete el principio democrático. Esto no quiere decir que no exista un nexo benéfico entre paz y democracia y que no se pueda defender el concepto de “la paz democrática”. En realidad, se debería coincidir con la opinión de que “los defensores de la paz democrática sugieren que promover la democratización de las unidades del sistema (...)”

²⁷ Un balance en: Antonio Remiro Brotóns, “La Declaración sobre los Principios cumple cincuenta años. Rondó del poder taimado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 72, 1 (2020), 17-25.

²⁸ Consolidación de la paz y el desarrollo..., 180.

traerá la paz universal. Hemos visto que, por muchas razones, ello no es así”²⁹. Es decir, la fortaleza de la democracia garantiza la existencia de sociedades pacíficas. Pero la ruptura de la paz no se produce siempre como consecuencia de la ausencia de regímenes democráticos.

En consecuencia, la democracia no es un requerimiento imprescindible de una comunidad internacional pacífica a pesar de las muchas ventajas que traería consigo que todos los Estados del planeta dispusieran de un régimen de carácter democrático. En “Un Programa de Paz”, se señala la importancia de atesorar un sistema democrático y se expresó que “el respeto de los principios democráticos es de vital importancia en todos los niveles de la existencia social (...)”³⁰. Sin embargo, de ahí no se extrae la conclusión de que inevitablemente los Estados deben abrazar la democracia si se quiere garantizar la paz y la seguridad internacionales. Lo que se puede subscribir es que la instauración de sistemas democráticos robustece la arquitectura de la paz mundial y obstaculiza el surgimiento de conflictos que pongan el riesgo la seguridad internacional. Para B. Boutros Ghali, incluso, en “la tarea de mantener la paz y la seguridad internacionales, se fomenta la democratización en todos los niveles”³¹. La comunidad internacional de Estados todavía no ha vinculado de manera indisoluble democracia y paz y, por ello, deja el margen suficiente para que se mantenga la paz en ausencia de un sistema universal democrático.

En cualquier caso, no se deben desmerecer los empeños por establecer un sólido lazo entre la búsqueda de la paz y la instauración de regímenes democráticos. Así, por ejemplo, se podría recordar la Declaración sobre Seguridad en las Américas, de 2003, que lo hace al pregonar que “la paz es un valor y un principio en sí mismo y se basa en la democracia, (...)”³²; y, también, el Sistema de Integración Centroamericana que ha pretendido dar contenido preciso a la

29 Mónica Salomón, “El debate sobre la «paz democrática». Una aproximación crítica”, *Revista de Estudios Políticos*, 113 (2001): 261-262.

30 A/47/277, S/24111, 17 de junio de 1992: 6.

31 A/47/277, S/24111, 17 de junio de 1992: 20 y 25.

32 De tal modo que, entre los valores compartidos y los enfoques comunes, se menciona que “la democracia representativa es una condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de los Estados del Hemisferio” OEA/Ser. K/XXXVIII, CES/dec.1/03 rev. 1, 28 octubre 2003.

democracia en el entorno específico de la seguridad regional. Así, el Tratado Marco de Seguridad Democrática en Centroamérica, de San Pedro Sula en 1995, parte de la premisa, en su artículo 1, de que “El modelo centroamericano de Seguridad Democrática se basa en la democracia y el fortalecimiento de sus instituciones y el Estado de Derecho”³³. En definitiva, es conveniente que la paz se afiance en un contexto democrático, pero al menos en el plano universal no se puede sostener que lograr la paz sea imposible en ausencia de sistemas democráticos³⁴.

4. EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA DIFICULTAD DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS SIN DEMOCRACIA

De manera más tardía, el valor que encarnan los derechos humanos se asentó en otro de los grandes principios estructurales del orden internacional del tiempo presente. En el recorrido histórico para lograrlo no fue, sin embargo, Naciones Unidas quien se encargó finalmente de cristalizar este principio, pese a la labor tan decisiva y determinante que realizó, con comportamientos como la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 y los Pactos sobre derechos humanos de 1966. No obstante, todo quedó perfectamente resumido en pleno auge de la globalización en 1993, cuando se aprobó la Declaración y el Programa de Acción de Viena, que era el resultado de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos³⁵. Como lo señaló Ban Ki-Moon, Secretario General de las Naciones Unidas, en la reunión de Viena “la promoción y protección de los derechos se confirmó como un elemento central

33 SICA. Disponible en: https://www.sica.int/documentos/tratado-marco-de-seguridad-democratica-en-centroamerica_1_110795.html.

34 En el espacio americano se ha dicho que la OEA en el periodo de la globalización “se encargó de impulsar la noción de la solidaridad con la democracia, la cual constituye un elemento fundamental para asegurar que exista una paz duradera entre Estados y dentro de ellos”, Magdalena Talamás, Paola Castro y Raquel Abrantes, *La Organización de los Estados Americanos: Paz, Democracia y Resolución de Conflictos*, OEA/Ser.D/XX, SG/SAP/III.6.2, Washington, (2011): 11.

35 Cástor M. Díaz Barrado, “La Segunda Conferencia Mundial sobre derechos humanos”, *Revista Extremadura* (1995).

de la identidad y el propósito de las Naciones Unidas (...)”³⁶ y, por ende, de la comunidad internacional.

Ahora bien, el paso más resolutivo para que los derechos humanos cristalizaran como principio esencial del ordenamiento jurídico internacional se había producido antes con el Acta Final del Helsinki, de 1975. Los Estados que participaron en esta reunión de la CSCE decidieron incorporar como principio político y normativo “el Respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (...)”. Con ello, se cimentó el criterio sustancial de que los Estados estaban firmemente comprometidos en respetar “los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos”, en palabras empleadas en la Conferencia de Viena que, además, lanzó la convicción de que sin derechos humanos no era posible asegurar la convivencia internacional. En especial, se aseguró que “la promoción y protección de los derechos humanos es una cuestión prioritaria para la comunidad internacional (...)”³⁷. En resumen, todos los instrumentos universales y también regionales en materia de derechos humanos del periodo de la globalización reconocieron de un modo u otro el valor jurídico del respeto de los derechos humanos y, con ello, fortalecieron su categoría como principio fundamental del orden internacional.

De esta manera, conceptos tan básicos como la paz llegaron a impregnarse de los contenidos que acaparan los derechos humanos. En este sentido, por ejemplo, se abrió el camino para concebir la estabilidad y seguridad internacional en términos de seguridad humana³⁸. Así, la Declaración sobre Seguridad en las Américas de 2003, asume la idea central de que hay una “nueva concepción de la seguridad” y que ésta se basa en valores como “el respeto, la promoción y defensa de los derechos humanos”. Esta Declaración llega a reconocer que “la

36 Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. Declaración y Programa de Acción de Viena. 20 años trabajando por tus derechos, 1993–Conferencia Mundial de Derechos Humanos (2013): 5.

37 *Ibid.*:15.

38 Véanse: Carmen Pérez González, “Seguridad Humana”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, (): 167-173; y Rosario Huesa Vinaixa, “El Derecho internacional y el desafío de la seguridad humana”. *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*, Valencia, Tirant lo Blanc, (2017): 29-54.

seguridad se fortalece cuando profundizamos su dimensión humana”³⁹. En realidad, el reconocimiento de los derechos humanos ha penetrado con total intensidad en todos los rincones de la comunidad internacional y ha recibido una traducción jurídica como principio esencial del orden jurídico internacional, habiendo sido esto plenamente aceptado en el periodo de globalización.

La principal interrogante a resolver sería, entonces, si es posible afirmar el principio jurídico de respeto de los derechos humanos sin reconocer simultáneamente el valor de la democracia como un principio esencial. Es decir, ¿podría haber derechos humanos sin democracia? La respuesta no es nada fácil y permite que se den por lo menos dos situaciones o enfoques diferentes. Por una parte, en términos teóricos sería inconcebible asegurar el respeto de los derechos humanos en ausencia de un régimen democrático, en la medida en que algunos de los derechos ampliamente reconocidos exigen necesariamente la vigencia de sistemas democráticos. Así, derechos como la libertad de expresión o el derecho de reunión, entre otros, requieren para su pleno goce y ejercicio que el Estado disponga de instituciones democráticas. En esta perspectiva, y con carácter general, democracia y derechos humanos serían realidades inescindibles. Así se viene repitiendo hasta la saciedad en muchos documentos oficiales y posiciones de los Gobiernos y de las Organizaciones internacionales. En particular, cuando se establece la relación entre la democracia y Naciones Unidas, esta Organización dice que “la democracia es uno de los valores y principios básicos universales e indivisibles de las Naciones Unidas. (y) está estrechamente vinculada (...) al ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales”⁴⁰. Por otra parte, habría que prestar la suficiente atención a las posibles fricciones que se pudieran dar entre democracia y derechos humanos, porque sería posible que la relación entre las dos realidades fuera, “en muchos aspectos, una relación en tensión en donde la democracia se confronta con los derechos humanos”⁴¹. Incluso, cabría preguntar más allá si es absolutamente preciso que un Estado

39 OEA/Ser. K/XXXVIII, CES/dec.1/03 rev. 1, 28 octubre 2003.

40 Naciones Unidas. *La democracia y las Naciones Unidas*. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/democracyday/2008/pdf/DEMOCRACIAYNACIONESUNIDASFINAL.pdf>

41 Isabel Villaseñor Alonso, “La democracia y los derechos humanos: una relación compleja”, *Foro internacional*, 55, 4, (2015): 1115-1138.

disponga de un régimen democrático para garantizar, por ejemplo, los principales derechos de contenido social. En esta línea, se podría suscribir que mientras los derechos de carácter civil y político serían “elementos imprescindibles para el desarrollo del proceso democrático”, sin embargo, “a los derechos económicos, sociales y culturales se les ha considerado complementarios pero no indispensables (...)”⁴². Por lo tanto, no sería absoluta en términos de Derecho internacional la simple afirmación de que democracia y derechos humanos son realidad que están completamente unidas.

5. EL DESARROLLO SOSTENIBLE. UN MUNDO CON DESARROLLO Y SIN DEMOCRACIA

No hace tanto tiempo que han empezado, con probabilidades de constituirse en un principio estructural del orden internacional, los avances respecto a la cristalización normativa del desarrollo sostenible⁴³. En los periodos inmediatamente anteriores y simultáneos al nacimiento de la globalización se enfatizó en los valores que servían de fundamento al principio del desarrollo sostenible en sus dos vertientes más destacadas. Así, la Declaración sobre el derecho al desarrollo, de la Asamblea General de Naciones Unidas, iniciaba el camino normativo de un nuevo principio en el orden internacional y decía: “El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable (...)”⁴⁴. Este enfoque del desarrollo tan escorado hacia los derechos humanos poco ayudó a su consagración como un principio autónomo e independiente. Pero, al menos, son ello se esgrimió el vigor que tenía el desarrollo en la escena internacional. En la otra perspectiva, vinculada al medio ambiente, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, alertó de la existencia del principio al desarrollo

42 Joaquín A. Mejía R., “El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en las democracias latinoamericanas”, *Revista IIDH*, 49 (2009): 207-208.

43 Por todos: Ángel José Rodrigo Hernández, *El desafío del desarrollo sostenible: los principios de derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*, Barcelona, Fundación Privada Centro de Estudios Internacionales (2015).

44 A/41/128, de 4 de diciembre de 1986. En la doctrina española un trabajo clásico: Felipe Gómez Isa, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, Servicio de Publicaciones (1999).

al decir: “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible”⁴⁵. Se desbrozaba de esta manera el pedregoso camino puesto que en tiempos de globalización se apostaba más bien por un desarrollo que debía ser sostenible. Y esto daría lugar a distintas Conferencias internacionales en la materia⁴⁶.

El paso sin igual, después de múltiples avatares, ha tenido lugar recientemente con la aprobación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en 2015⁴⁷. En este caso, se podría reproducir lo que hemos dicho con anterioridad en otros trabajos en la materia. Es decir, que el desarrollo es uno de los principales valores que inspiran la sociedad internacional y que numerosos instrumentos político-jurídicos así lo confirman. Sin embargo, aunque la comunidad internacional viene afirmando su adhesión al desarrollo, no es fácil encontrar obligaciones precisas y exigibles que se deriven de un principio de esta índole. En otras palabras, la proclamación de los 17 ODS implica un mecanismo práctico que no asegura que el desarrollo sostenible se consolide como principio fundamental del Derecho Internacional⁴⁸. En cualquier caso, el desarrollo sostenible se ha convertido en términos políticos en uno de los emblemas más destacados del periodo de la globalización, esencialmente, en todo aquello que se refiere a la preservación del medio ambiente. Ello sin descuidar, en modo alguno, la importancia de la dimensión económica que es fundamental en la conformación político-jurídica del desarrollo sostenible y que, como se sabe, tiene una particular plasmación en el fenómeno globalizador.

La insistencia política en el mérito del desarrollo sostenible no trae aparejada, sin embargo, la conversión de este valor plenamente asentado en la

45 Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

46 Interesante sobre una de estas Conferencias: José Juste Ruiz y Valentín Enrique Bou Franch (dirs.), *El desarrollo sostenible tras la Cumbre de Río + 20: desafíos globales y regionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, (2017).

47 Una visión general y de aproximación: Paloma Durán y Lalaguna, Cástor Miguel Díaz Barrado y Carlos Fernández Liesa (edts.), *International Society and Sustainable Development Goals*, Madrid, Aranzadi, (2016).

48 Cástor M. Díaz Barrado, “Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 32 (2016): 18 y 20.

comunidad internacional en un principio arraigado en el orden jurídico. Lo hemos dicho, dejando entrever las dudas que provoca el verdadero significado jurídico del desarrollo sostenible y, en especial, de la Agenda 2030. Por lo que se puede seguir repitiendo que la aprobación de esta Agenda no es el simple resultado de la lógica evolución en materia de desarrollo sostenible. Por el contrario, sería un salto cualitativo, porque articula los ingredientes de un concepto jurídico y caracteriza un principio esencial que podría ser colocado, a partir de entonces, en la lista de los escasos principios estructurales del orden jurídico internacional. Ahora bien, una probable debilidad de la Agenda 2030 radicaría, precisamente, en una de sus virtudes; es decir tener un contenido tan específico y disponer de un alcance tan fragmentado e incoherente⁴⁹. Todo ello, y los innumerables significados que se le quieren atribuir al concepto desarrollo sostenible, está obstaculizando su cristalización como principio estructural del orden internacional. La consecuencia es que se trata a lo sumo de un principio en formación. Como dijimos no hace mucho, lo más es que la Agenda 2030 esgrime una firme y sólida posición en el proceso de cristalización del principio esencial de desarrollo sostenible⁵⁰.

A partir de ahí, quedaría pendiente por resolver la relación entre desarrollo sostenible y democracia, siendo así que ambas nociones son fruto del periodo de la globalización y todo hace prever que han caminado acompasadamente en los últimos cuarenta años aproximadamente. Lo más sencillo sería proclamar la inseparable unión entre estos dos conceptos y las realidades que encierran. Así se ha hecho con bastante frecuencia. Por ello, es usual encontrar expresiones que ponen de relieve el nexo entre los regímenes democráticos y las políticas de desarrollo. Entre otras muchas, una de las Organizaciones que tiene los orígenes más antiguos del planeta, como es la Unión Interparlamentaria (UIP), afirmó en 2016 que “la meta de un mundo más justo que plantea la Agenda para el Desarrollo Sostenible 2030 solo se podrá alcanzar si hay más democracia”⁵¹. Es

49 Elena C. Díaz Galán, “El valor jurídico de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible: ¿una nueva tendencia normativa?”. *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo* (2021): 16.

50 *Ibid.*, p. 22.

51 Naciones Unidas. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2016/09/1364161>.

decir, que la democracia y el desarrollo sostenible irían de la mano en la articulación de un orden mundial que quiera responder a los grandes desafíos a los que se enfrenta la humanidad. Esta concepción que goza de grandes simpatías no sacrifica, sin embargo, la idea de que sin democracia también es posible avanzar en el desarrollo en sus tres dimensiones: económica, social y medioambiental⁵². Por lo menos, en la lógica del Derecho internacional se podría poner en cuestión la ecuación natural que debería existir entre los dos conceptos.

Por una parte, es innegable que algunos países alcanzan un nivel aceptable de desarrollo sin que impere un régimen democrático. El espectacular avance económico que desde hace algún tiempo viene experimentado China se ha producido a pesar de que carece de toda partícula democrática. En estos casos, el nexo democracia y desarrollo sostenible no se cumpliría y únicamente quedaría el consuelo de pensar que, quizá con un régimen democrático, los avances y rendimientos serían mayores. Seguramente a esto se refería B. Boutros Ghali al decir en 1996, que “el vínculo entre el desarrollo y la democracia es instintivo, pero su explicación sigue siendo difícil”⁵³. Esta percepción ha sido combatida, no obstante, por Organizaciones internacionales y también por importantes sectores de la doctrina científica. En un enfoque que toma como punto de partida el hecho de que el desarrollo y la democracia son realidades que “se refuerzan mutuamente” se ha llegado a señalar que “no existe ninguna prueba compensatoria que apunte a que la democracia deba sacrificarse en favor del desarrollo (...)”⁵⁴.

Por otra parte, la Agenda 2030 no parece subrayar la necesidad de un régimen democrático como condición para hacer efectivo el desarrollo sostenible. En pocas ocasiones, la Resolución 70/1 se refiere a la democracia. Así, en el campo de las aspiraciones, la resolución dice que se busca “un mundo en que la

52 Una primera aproximación: Miren Artaraz Miñón, “Teoría de las tres dimensiones de desarrollo sostenible”, *Ecosistemas: Revista Científica y Técnica de Ecología y Medio Ambiente*, 11, 2 (2002): 1-6.

53 Para el entonces Secretario General de Naciones Unidas: “Aunque, en la práctica, la democracia y el desarrollo parecen ser inseparables a largo plazo, los acontecimientos no siempre han apuntado hacia una relación clara de causalidad entre los dos procesos”, *Un Programa de Desarrollo*. Disponible en: https://www.iri.edu.ar/revistas/revista_dvd/revistas/R8/R8DOCo1.html.

54 Massimo Tommasoli (edit.) “El rol de las Naciones Unidas Democracia y desarrollo: El rol de las Naciones Unidas” *Documento de políticas*, Idea Internacional-Naciones Unidas (2013): 7.

democracia” sea uno de “los elementos esenciales del desarrollo sostenible”. Sin embargo, no hay alusiones a la democracia, y menos como principio, cuando se desvelan las “esferas de importancia crítica para la humanidad y el planeta” y, sobre todo, cuando se desgranar los “principios y compromisos comunes”⁵⁵ de la Agenda 2030. Desde ahí, se adivina que no se le dedique a la democracia ninguno de los 17 Objetivos y que tampoco exista Meta alguna de las 169 que se destine específicamente a esta materia. Lo más cercano a la democracia será el contenido del Objetivo 16 cuando alude, en la línea de las esferas de importancia crítica, a sociedades pacíficas, justas e inclusivas; y, asimismo, a “construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas”. Todo ello hace pensar, con seguridad, en contextos democráticos en los que realmente se harían efectivas las situaciones que se describen. En especial, en cuatro de las metas del Objetivo 16 se podría imaginar que se refieren a propósitos que solo se lograrían en caso de que impere en los Estados un sistema democrático, aunque lo realmente importante es que no se dice. Se trata de las Metas 3, 6, 7 y 10 referidas al estado de derecho; instituciones transparentes; decisiones participativas y representativas; y acceso público a la información. En un régimen democrático todas estas Metas pueden hacerse realidad con mayor facilidad, pero sorprende que en el texto de la resolución 70/1 no se haya querido alertar que, para todo ello, será preciso que los Estados tengan un régimen democrático.

En resumen, todavía está lejos hacer realidad lo que se proponía de adoptar “una Declaración sobre la Democracia, único contexto en el que puede asegurarse el pleno ejercicio de los derechos humanos y cumplir las responsabilidades intergeneracionales”⁵⁶. Desde luego, en los ODS no se ha querido que penetre intensamente el tema de la democracia y se han dejado las puertas abiertas para que los propósitos que cubren se puedan cumplir sin que se haya instaurado por los Estados un régimen democrático. En otras palabras, sería posible interpretar que la Agenda 2030 da un respiro para que los países que carecen de mecanismos y herramientas democráticas o para los que dispongan de regímenes

⁵⁵ A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

⁵⁶ Leire Pajín y Federico Mayor Zaragoza, “Conexión global y local de la Agenda 2030”, *Desafíos de la Agenda 2030*, 132 (2019): 8.

híbridos puedan ir alcanzando las metas de esta Agenda. Pero, en el fondo, se ha postergado a la democracia como condición inevitable para que se produzca el desarrollo sostenible. La Agenda elude el empleo de la expresión “no hay desarrollo sostenible sin democracia”, mientras que no tiene empacho alguno en airear que “no puede haber desarrollo sostenible sin paz, ni paz sin desarrollo sostenible”⁵⁷.

6. CONCLUSIONES

El rápido ascenso de la democracia en el sistema político-jurídico internacional que se produjo a partir de los años noventa del pasado siglo parece que se ha ido deteniendo progresivamente. La globalización y sus efectos surgieron en el planeta al mismo tiempo que la fe de los Estados por la democracia. Entonces, se adoptaron numerosos instrumentos, de distinto significado jurídico, que preconizaron que la democracia era un valor esencial de la comunidad internacional y que estaba designada para convertirse en un principio estructural de su ordenamiento jurídico. En la actualidad, a medida que el fenómeno globalizador se va sofocando y que se erosiona el ideario que sustentaba el denominado “nuevo orden mundial” de los noventa, la democracia pierde atractivo y, sobre todo, no acaba de cristalizar como un principio esencia del orden internacional. A duras penas, la democracia preserva su condición de valor de la comunidad internacional frente a los serios embates que sufre por el comportamiento de los Estados que se niegan a tener un régimen democrático, como es el caso de China, Corea o Cuba; el desgaste que se ha producido en áreas destinadas a acrecentar la democracia, como es el caso de Venezuela o Nicaragua en América; y el abandono y la indiferencia de buena parte de la comunidad internacional por lo que ocurra en otras zona como Asia o África en relación con los sistemas políticos que se instauren.

⁵⁷ A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aldecoa Luzárraga, Francisco y García Cancela, Eduardo (Edits.). *La Conferencia sobre el Futuro de Europa en Marcha: una visión desde el Consejo Federal Español del Movimiento Europeo*. Madrid, Los Libros de la Catarata, 2021.
- Artaraz Miñón, Miren. “Teoría de las tres dimensiones de desarrollo sostenible”. *Ecosistemas: Revista Científica y Técnica de Ecología y Medio Ambiente*, 11, 2 (2002): 1-6.
- Bernal Pulido, Carlos. “La democracia como principio constitucional en América Latina”. *Cuestiones Constitucionales*, 17 (2007).
- Boutros-Ghali, Boutros. Consolidación de la paz y el desarrollo (1994). Memoria sobre la labor de la Organización entre los períodos de sesiones cuadragésimo octavo y cuadragésimo noveno de la Asamblea General (Selección), Secretario General de las Naciones Unidas, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 17, Madrid: Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense, 1995.
- Díaz Barrado, Cástor M. “La Segunda Conferencia Mundial sobre derechos humanos”. *Revista Extremadura*, 1995.
- Díaz Barrado, Cástor M. y, M.^a Ángeles. “América y el principio de la democracia: la Carta Democrática Interamericana”. *Revista de Estudios Jurídicos*, 10 (2010): 19-42.
- Díaz Barrado, Cástor M. “Los objetivos de desarrollo sostenible: un principio de naturaleza incierta y varias dimensiones fragmentadas”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 32 (2016): 9-48.
- Díaz Barrado, Cástor M. *América y el Derecho Internacional*, Discurso de ingreso leído el día 18 de enero de 2021 en el Acto de su recepción por la Real Academia de Jurisprudencia y legislación de España. Madrid, Taravilla (2021).
- Díaz Galán, Elena C. “El valor jurídico de la Agenda 2030 sobre Desarrollo Sostenible: ¿una nueva tendencia normativa?”. *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, (2021): 1-26.
- Durán y Lalaguna, Paloma, Díaz Barrado, Cástor M. y Fernández Liesa, Carlos (edts.). *International Society and Sustainable Development Goals*. Madrid: Aranzadi, 2016.
- Fox, Gregory H. y Roth, Brad R. (Edits.). *Democracy Governance and International Law*. Detroit: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Gómez Isa, Felipe. *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Bilbao: Universidad de Deusto. Servicio de Publicaciones, 1999.

- Huesa Vinaixa, Rosario. “El Derecho internacional y el desafío de la seguridad humana”. En *Las amenazas a la seguridad internacional hoy*. Valencia, Tirant lo Blanc (2017): 29-54.
- Juste Ruiz, José y , Valentín Enrique (dirs.). *El desarrollo sostenible tras la Cumbre de Río + 20: desafíos globales y regionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Mejía R., Joaquín A. “El papel de los derechos económicos, sociales y culturales en las democracias latinoamericanas”. *Revista IIDH*, 49 (2009): 203-237.
- Milosevich-Juaristi, Mira. “El putinismo, sistema político de Rusia”. *Real Instituto Elcano, ARI* 16 (2018): 1-7.
- Morán Blanco, Sagrario. “Naciones Unidas en la sociedad internacional. Entre el deseo de reforma y la ausencia de voluntad política”. *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento de investigación 21/17 (2017): 1-32.
- Pajín, Leire y Mayor Zaragoza, Federico. “Conexión global y local de la Agenda 2030”. *Desafíos de la Agenda 2030*, 132 (2019): 7-12.
- Pastor Ridruejo, José Antonio. “Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs”. *RCADI*, 274 (1998): 9-308.
- Pastor Ridruejo, José Antonio. *Derecho. internacional e ideologías políticas*. Málaga: Universidad de Málaga, 2015.
- Pérez González, Carmen. “Seguridad Humana”. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*: 167-173.
- Prado, Josefina del. “Globalización y Democracia”. *Agenda Internacional*, 4, 10 (1998): 15-29.
- Remiro Brotóns, Antonio. “La Declaración sobre los Principios cumple cincuenta años. Rondó del poder taimado”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 72, 1 (2020): 17-25.
- Rodríguez Carrión, Alejandro J. “El Derecho Internacional a la hora de la globalización”. En *Globalización, estado y democracia*, coord. por Alberto Oliet Palá, Universidad de Málaga (2003): 269-286.
- Rodrigo Hernández, Ángel José. *El desafío del desarrollo sostenible: los principios de derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*. Barcelona: Fundación Privada Centro de Estudios Internacionales, 2015.
- Salomón, Mónica. “El debate sobre la «paz democrática». Una aproximación crítica”. *Revista de Estudios Políticos*, 113 (2001): 237-266.

- Talamás, Magdalena, Castro Paola, y Abrantes, Raquel. *La Organización de los Estados Americanos: Paz, Democracia y Resolución de Conflictos*. OEA/Ser.D/XX, SG/SAP/III.6.2, Washington (2011).
- Tommasoli, Massimo (Edit.). *El rol de las Naciones Unidas Democracia y desarrollo: El rol de las Naciones Unidas. Documento de políticas*, Idea Internacional-Naciones Unidas (2013).
- Valencia Restrepo, Hernán. “La definición de los principios en el Derecho Internacional Contemporáneo”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 36, 106 (2007): 69-124.
- Villaseñor Alonso, Isabel. “La democracia y los derechos humanos: una relación compleja”. *Foro internacional*, 55, 4 (2015): 1115-1138.

CÁSTOR M. DÍAZ BARRADO

Área Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Departamento de Derecho Público II y Filología I
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rey Juan Carlos
castormiguel.diaz@urjc.es
<https://orcid.org/0000-0003-2285-830X>

ELENA C. DÍAZ GALÁN

Área Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Departamento de Derecho Público II y Filología I
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rey Juan Carlos
elena.galan@urjc.es
<https://orcid.org/0000-0003-0914-8944>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.51>

EL ROBOT COMO CONTRIBUYENTE. REFLEXIÓN SOBRE
LA PERSONALIDAD JURÍDICA DIGITAL*

*THE ROBOT AS A TAXPAYER. A REFLECTION
ON THE DIGITAL LEGAL PERSONALITY*

JULIA MARÍA DÍAZ CALVARRO¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 09/10/2021 Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

El desarrollo de la técnica, la robotización y la inteligencia artificial, y los nuevos modelos de negocio derivados de las tecnologías emergentes, cuestionan los conceptos clásicos tributarios, tales como el establecimiento permanente y la residencia fiscal, así como la configuración de los sistemas tributarios de nuestro entorno.

Uno de los aspectos más preocupantes es el impacto negativo de la robotización sobre el empleo que, a su vez, tiene consecuencias indeseadas sobre la recaudación tributaria. Ante este escenario se plantean distintas posibilidades que van desde establecer

* Proyecto Desarrollo tecnológico, cambio socio-laboral y trabajo sostenible (SOSTECLAB) PGC-2018-095263-B-100. Ministerio de Ciencia e Innovación. Investigadoras Principales: Inmaculada Marín Alonso y María Teresa Igartua Miró.

¹ Profesora Derecho Financiero y Tributario UEX. Licenciada en Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales y Doctora por la Universidad de Extremadura. Acreditada Profesora Contratada Doctora por la ANECA. Líneas de investigación: fiscalidad de género, fiscalidad de las personas con discapacidad y en situación de dependencia; tributación de los cuidados de larga duración; fiscalidad medioambiental y los retos del derecho financiero y tributario ante la robotización y la inteligencia artificial.

deducciones fiscales en distintos tributos, la creación de un impuesto sobre robots o su consideración como contribuyentes.

En este artículo se desarrollará un análisis sobre la posibilidad de que los robots posean personalidad jurídica propia, así como los argumentos a favor y en contra para, a continuación, el estudio en el ámbito tributario de la posibilidad de gravar a los robots y su actuación como contribuyentes.

Palabras clave: Robotización, Inteligencia Artificial, Contribuyente, Sistema Tributario.

ABSTRACT

The development of techniques, robotization, artificial intelligence and new business models derived from emerging technologies challenge classic tax concepts such as permanent establishment and tax residence, as well as the configuration of the tax systems around us.

One of the most worrying aspects is the negative influence of robotization on employment, which in turn has an adverse effect on tax collection. Faced with this scenario, various possibilities are being considered; these range from establishing tax deductions in different taxation categories to the creation of a tax on robots or to consider them as taxpayers.

This article carries out an analysis of the possibility of robots having their own legal status, as well as the arguments for and against, followed by a study of the feasibility of classing robots as taxpayers.

Keywords: Robotization, Artificial Intelligence, Taxpayers, Tax Systems

Sumario: 1. *Introducción: ¿sueñan los robots?* 2. *La personalidad jurídica de los robots, ¿futuro cercano?* 3. *La delimitación del concepto de contribuyente y su adaptación a la realidad de los robots* 4. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN: ¿SUEÑAN LOS ROBOTS?

En 1968, el escritor Philip K. Dick publicó la novela de ciencia ficción, “¿Sueñan los androides con ovejas eléctricas?” que posteriormente sirvió de inspiración a Ridley Scott para su obra maestra “Blade Runner”; la trama sumergía al lector en cuestiones relacionadas con los límites entre lo artificial y natural, los problemas éticos en relación con los androides y la decadencia de una sociedad donde la tecnología es omnipresente. Los denominados replicantes son robots “casi humanos”, tan parecidos a los hombres que se confunden con ellos, convirtiéndose en una amenaza latente.

La sinopsis del libro y la película siguen siendo ciencia ficción y no parece que en futuro cercano la tecnología se acerque a ese nivel de desarrollo, pero lo cierto es que estamos inmersos en una “Cuarta Revolución Industrial” donde el protagonismo es para la tecnología. La robótica y la inteligencia artificial ofrecen a la sociedad un abanico inmenso de oportunidades, pero también – sobre todo debido a su rápido desarrollo – presenta distorsiones que pueden ser el germen de conflictos.

Los robots, habida cuenta de la apresurado de la evolución científica, se configuran como algo más que máquinas que van a estar presentes en todos los aspectos de la vida humana, incluso en las más cotidianas: ayuda doméstica, asistencia a personas, formación y educación, industria, etcétera². Los robots son, cada vez más parecidos a los humanos o están muy próximos a realizar tareas netamente humanas. Desde el ámbito del Derecho, la pregunta no es si hay que regular la robótica, la inteligencia artificial o el uso de algoritmos sino hasta donde es necesario llegar y si hay que establecer una categoría jurídica específica más allá de personas o cosas, crear una ficción equivalente a la personalidad jurídica o por el contrario, subsumirla en alguna condición ya existente. La fiscalidad debe hacer, por su parte, un ejercicio de reflexión ante el proceso de robotización y sus indeseadas consecuencias como la caída de la recaudación

2 Erica Palmerini, “Robótica y Derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea”, *Revista de Derecho Privado* 32 (2017): 55

tributaria por la posible sustitución de empleados humanos por máquinas. Se proponen distintas estrategias y ahondando en la idea de que los robots puedan poseer personalidad jurídica, se plantea la posibilidad de considerar a los robots como contribuyentes y titulares de capacidad económica.

Es una concretización de un problema más genérico, la inadecuación del sistema tributario a la nueva realidad del siglo XXI, ese es el principal reto al que se enfrenta el Derecho Financiero y Tributario y, cuando acomete las consecuencias fiscales sobre la robótica, intenta adelantarse, quizás por primera vez a un mañana para el que no está preparado. Dos de los problemas que más preocupan en este sentido son, por una parte, quién es el responsable ante los daños causados por un robot autónomo e inteligente y, por otra parte, el impacto del desarrollo tecnológico y la robotización sobre el empleo y sus consecuencias sobre la fiscalidad directa, las rentas del trabajo que, en consecuencia, producirá una disminución en el consumo de las familias y la fiscalidad indirecta, pudiendo crear graves necesidades a los Estados para la financiación del gasto público.

Previo al análisis de la posibilidad de que, en un futuro cercano, los robots o algunos tipos de robots adquieran una personalidad jurídica electrónica o una categoría equivalente, y, en consecuencia, en el ámbito tributario puedan ser contribuyentes y titulares de capacidad económica, se deben delimitar los conceptos de robots, inteligencia artificial o robots inteligentes.

Pese a ser un concepto de uso habitual, no hay un consenso unánime sobre qué se entiende por robot porque así se denomina desde un electrodoméstico hasta un humanoide con inteligencia artificial. El término robot, proviene de la palabra checa *robota* que significa “trabajo forzado” y fue introducida por primera vez por el dramaturgo y autor checoslovaco Karel Capek en su obra de teatro *R.U.R (Robots Universales de Rossum)* que gira en torno a los conflictos hombre maquina: el hombre crea al robot y el robot mata al hombre³. La Real

3 <https://conceptodefinicion.de/robot/> . Acceso el 30 de noviembre de 2021.

Academia de la Lengua⁴, en su primera acepción la define como “maquina o ingenio electrónico programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones”. Otras definiciones se centran en las actividades que pueden realizar: máquina autónoma programable capaz de realizar diversas tareas para ayudar al ser humano y con múltiples aplicaciones en campos tan diferentes como la medicina, el hogar, la exploración espacial⁵. Si existe unanimidad sobre cuáles deben ser las características que deben tener los robots⁶: primero, capacidad de adquirir autonomía mediante sensores y/o el intercambio de análisis de dichos datos, segundo, capacidad de autoaprendizaje a partir de la experiencia y la interacción, tercero, soporte físico mínimo, cuarto, capacidad de adaptar su comportamiento y acciones al entorno y quinto, inexistencia de vida en sentido biológico.

Estas características dan lugar a una heterogeneidad de máquinas que reciben el nombre de robots y no siempre son inteligentes. Se debe distinguir entre lo que es hardware y software o una combinación de ambos, ejemplificando estas clases en “autómatas”, “bots” y “cobots” respectivamente. Asimismo, la diferencia entre robot inteligente o no se deriva de la aplicación de la inteligencia artificial⁷.

Esta clasificación tiene su importancia porque a efectos jurídicos no puede tener la misma consideración un robot que se incluye en una cadena de montaje, un robot asistente de personas con discapacidad o un robot doméstico. FERNÁNDEZ AMOR⁸ se plantea el mismo razonamiento a efectos fiscales.

En relación con el término robot, está el concepto de inteligencia artificial, mencionado anteriormente y definido como el conjunto de tecnologías dedicadas a replicar en máquinas procesos cognitivos parecidos a los humanos, para

4 <https://dle.rae.es/robot?m=form> . Acceso el 29 de noviembre de 2021.

5 <https://www.flexbot.es/que-es-un-robot/> . Acceso el 30 de noviembre de 2021.

6 Alejandro Sánchez del Campo Redonet, “Europa quiere regular los robots”, *Diario La Ley* 4 (2017):3.

7 Javier Ercilla García, *Bots, Robots, Cobots y otros autómatas* (Madrid: Aranzadi, 2020), 53.

8 José Antonio Fernández Amor, “Derecho tributario y cuarta revolución industrial: análisis jurídico sobre aspectos fiscales de la robótica”, *Nueva Fiscalidad* 1 (2018): 53.

permitirles y adaptarse por sí mismas a un entorno concreto⁹. Los robots inteligentes son una combinación entre robótica, inteligencia artificial y algoritmos diseñados para tomar decisiones¹⁰. Comprende áreas como la informática cognitiva y el uso de algoritmos, el aprendizaje automático, la inteligencia aumentada o la robótica con inteligencia artificial.

En este sentido, se está hablando de robots que aprenden, piensan y deciden de forma autónoma, robots que son capaces de tomar decisiones de forma independiente a la voluntad y a la programación de sus creadores o dueños, escapando a la lógica humana y generando una cierta inseguridad, también en el plano jurídico. Se debe distinguir entre inteligencia artificial débil y la inteligencia artificial fuerte, capaz de realizar las tareas intelectuales de la misma manera que un ser humano¹¹. Otros autores definen en relación con la inteligencia artificial, el robot inteligente, aquella “máquina física que de manera autónoma a través de programas y sensores inteligentes pueda llegar a tomar decisiones basadas en la lógica e inteligencia artificial prediciendo las necesidades de los humanos y de las situaciones en las que se ven envueltos, actuando, alterando e interactuando con el mundo físico, todo ello sin estar sometidos al control continuo de los humanos”¹².

Se subraya la pregunta de si nuestro sistema jurídico está adecuado a estas nuevas realidades y a los desafíos que se presentan en aspectos como la privacidad, la responsabilidad civil y penal, el consumo o la seguridad y, en definitiva,

9 María Yolanda Sánchez – Urán Azaña y María Amparo Grau Ruiz, “El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías* 50 (2019): 5.

10 Israel Santos Flores, “Robot y persona: Reflexiones sobre la capacidad económica atribuibles a robots inteligentes”, en *Fiscalidad e Inteligencia Artificial: Administración Tributaria y contribuyentes en la era digital*, dirigido por Fernando Serrano Antón (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2020), 71.

11 Laura Barros González, “El debate sobre la personalidad jurídica y la responsabilidad de los robots inteligentes. Especial referencia a la robótica sanitaria”. (Trabajo Fin de Grado Universidad de Cantabria, 2019), 3,
<https://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/18140/BARROSGONZALEZ-LAURA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

12 María José Santos González, “Regulación legal de la robótica y de la inteligencia artificial: retos del futuro”, *Revista Jurídica de la Universidad de León* 4 (2017): 31

si ofrece respuesta a las situaciones disruptivas “que garanticen un proceso tecnológico que refuerce el libre desarrollo de la personalidad y los Derechos Fundamentales de los seres humanos que impide que la tecnología se convierta en una vía para hacer a las personas menos humanas”¹³. En este sentido, deviene necesario elaborar criterios o teorías que “den respuesta a problemas éticos derivados de la creación y el uso de robots”¹⁴, configurando una nueva disciplina llamada roboética que tiene como ámbitos de actuación prioritario las relaciones entre seres humanos y máquinas y el estatus moral de los robots¹⁵.

Por todo lo anteriormente expuesto y bajo la premisa de que aún no hay un estado de la técnica que obligue a una solución definitiva, este trabajo pretende desarrollar un trabajo sobre la posibilidad de dotar de personalidad jurídica a los robots, los problemas técnicos, jurídicos y éticos que presenta, así como los argumentos a favor y en contra, sin ser especialmente exhaustivos en una materia distinta del Derecho Financiero y Tributario. Posteriormente y ya en el ámbito tributario, se planteará la cuestión de la consideración del robot como contribuyente, una de las medidas que se barajan si en el futuro se produce una caída de la recaudación derivada del proceso de robotización.

2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LOS ROBOTS, ¿FUTURO CERCANO?

A priori, se plantea como una idea de ciencia ficción y en la actualidad tiene poco recorrido, pero hoy se plantean cuestiones que tienen difícil solución si se sigue calificando a los robots simplemente como “cosas”. En este sentido, se plantea la duda de quién asume la responsabilidad derivada de las acciones u omisiones de los robots, sobre todo cuando son sistemas autónomos, independientes, complejos, que aprenden y toman decisiones.

13 <https://theconversation.com/el-derecho-de-los-robots-99772> (Acceso: 29 de noviembre de 2021).

14 Amparo Grau Ruiz, “La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos, económicos, éticos y sociales planteados por la robótica”, *Nueva Fiscalidad* 4 (2017): 39

15 Sánchez- Urán y Grau Ruiz, “El impacto de la robótica...”, 5.

La génesis de esta idea se aborda a raíz de la actividad de los robots puede generar daños a las personas por lo que es imprescindible la articulación de un régimen de responsabilidad civil donde se delimite quién es el responsable: el fabricante, el diseñador y/o programador o el propietario. Ante la dificultad de establecer -en según qué casos- quien debe asumir la responsabilidad, se plantea la creación de una personalidad jurídica para los robots y que sean éstos directamente responsables de los perjuicios causados¹⁶. La Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985 establece que el fabricante es el responsable de los daños derivados de los defectos de fabricación de un robot, siempre y cuando el perjudicado pueda demostrar el daño real, el defecto del producto y su relación causa-efecto pero esta situación se complica por el desarrollo de la inteligencia artificial y una mayor autonomía de los robots para tomar decisiones más allá de la programación de sus fabricantes o creadores¹⁷, ya que en estos casos es difícil demostrar el defecto de fabricación o la relación causa-efecto o quien asume la responsabilidad cuando ha habido en su producción y fabricación un celo más allá de toda duda. Desde este punto de vista, la responsabilidad de las partes implicadas estaría en relación inversa a la autonomía del robot respecto de las instrucciones dadas¹⁸, cuestión que, perfectamente entendible en el plano teórico, no deja de tener dificultades en el aspecto práctico.

La conclusión que se infiere es que el desarrollo tecnológico y la evolución de la inteligencia artificial prevén una serie de retos que demandan una serie de instrumentos legislativos sobre los aspectos jurídicos derivados del uso de la robótica y la inteligencia artificial, así como otros instrumentos no legislativos que promueven códigos de conducta para encarar los desafíos éticos y sociales.

Las instituciones europeas, muy interesadas en la robotización y en la Inteligencia Artificial y los retos jurídicos que previsiblemente habrá que abordar, se preguntan por la naturaleza legal de los robots inteligentes ya que no encajan

16 Palmerini, “Robótica y derecho: sugerencias, confluencias...”, 77.

17 Sánchez del Campo Redonet, “Europa quiere regular los robots”, p.2.

18 Apartado 56 Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica.

en ninguna de las categorías establecidas por el Derecho civil: personas físicas, jurídicas, animales u objetos, por lo que sugiere la creación de un rango nuevo, la personalidad electrónica. Curiosamente, en una consulta pública celebrada en 2017¹⁹ y por impulso de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, la mayoría de las respuestas eran renuentes a la creación de una personalidad jurídica para los robots. Sin embargo, es un debate que sigue abierto desde Europa.

En el Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión de normas de Derecho civil sobre robótica, se insta a “crear a largo plazo una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que como mínimo, los robots autónomos más complejos puedan ser consideradas personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente”²⁰ porque son más que simples herramientas y las actuales normas no dan respuestas válidas ni se les pueden considerar responsables de daños que realicen y que se produzcan más allá de lo establecido o programado por su creador y que no se podía prever. Esta idea, trasladada al ámbito tributario, será desarrollada en el siguiente epígrafe.

La cuestión que se plantea presenta varios interrogantes, primero, cuál es la naturaleza de los robots, a qué categoría se adscribe: persona, animal o cosa, segundo, si en un futuro se debe considerar que el robot es una persona, qué tipo de persona o tercero, si, por el contrario, se debe plantear la creación de una categoría nueva y específica para los robots o al menos, para aquellos dotados de inteligencia artificial.

19 El futuro de la robótica y de la inteligencia artificial. Acceso el 29 de noviembre de 2021. <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/130980/comision-asuntos-juridicos-resumen-consulta-robotica.pdf>

20 Apartado 59 Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica.

Cuando se están escribiendo estas líneas, los animales han dejado de ser cosas y bienes muebles para ser calificados, tal y como se aprobó el 2 de diciembre de 2021 en el Pleno del Congreso de los Diputados, como seres sintientes²¹, seres vivos con capacidad de vivir y con unos intereses y derechos que hay que tener en cuenta y por lo que se les otorga un tratamiento legal diferenciado. Se subraya de nuevo que temas que hace años eran casi inimaginables, con el tiempo y el cambio de sensibilidad, son posibles. En todo caso, no es factible equiparar animales y robots ya que los primeros tienen una base genética y un reconocimiento de sus sentimientos de la que adolecen los segundos, a lo que se añade que los robots tienen capacidad para realizar tareas complejas que son imposibles para los animales²².

En el estado actual del Derecho, los robots son cosas pero cuando hablamos de máquinas autónomas, resulta difícil simplificarlo a esa categoría. El artículo 333 Código Civil distingue entre bienes muebles o inmuebles y un robot es un objeto que puede ser calificado como tal. Sin embargo, cuando el robot está dotado de inteligencia artificial y posee la capacidad de realizar tareas netamente humanas como aprender y tomar decisiones, se torna complicado considerarlos como simples cosas, de tal forma que, en principio, la opción elegida es adscribir, al menos, un tipo concreto de robots a la categoría de persona o estudiar una calificación nueva, tal y como propone ERCILLA GARCÍA²³ que indica que los robots “tendrían la consideración de cosas, pero aderezada por otra condición que permitiría tamizar la rígida regulación de la que son objeto las cosas”.

Para estudiar en toda su dimensión si es factible la creación de una personalidad electrónica, se debe delimitar que se entiende por el término

21 Proposición de Ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre régimen jurídico de los animales, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de marzo de 2021.

22 Amaiur Cisneros Murugarren, “Robots dotados de Inteligencia Artificial. Su posible personalidad jurídica y responsabilidad por daños”. (Trabajo Fin de Master Universidad Complutense de Madrid, 2021), 18.

TFM AMAIUR CISNEROS MURUGARREN .pdf (ucm.es)

23 Javier Ercilla García, “Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots”, *Revista Aranzadi de Derechos y Nuevas Tecnologías* 47 (2018): 5.

personalidad, definida como “todo ser o entidad con aptitud para ser titular de derechos y contraer obligaciones”²⁴. Al adscribirlo a la categoría de persona, se cuestiona si un robot puede ser sujeto de derechos y obligaciones y realizar actos jurídicos con eficacia²⁵, en definitiva, si un robot se podría asimilar a la condición de persona física o jurídica.

El robot no puede equipararse a una persona física porque no se dan los factores biológicos, los sentimientos o la intuición natural ni pueden asociarse a él derechos intrínsecamente humanos como el derecho a la dignidad, tan intrínsecamente humano que es lo que lo diferencia de las máquinas.

Se entiende que un robot no es una persona a efectos jurídicos pero se podría crear una ficción equivalente a la de las personas jurídicas, según la cual se acepta como persona, desde una perspectiva jurídica, un conjunto de cosas y personas asociadas²⁶ y susceptible de ejercitar los derechos y adquirir las obligaciones para realizar actividades que ocasionan plena responsabilidad jurídica²⁷. Esa ficción o equiparación, supone, en cierta manera, una extensión de la humanidad a los efectos de considerar que poseen derechos y obligaciones y en la aplicación de las normas²⁸.

Existen similitudes entre persona jurídica y robot: en primer lugar, son propiedad de un ser humano, en segundo lugar, su existencia y capacidad son independientes de su propietario y creador y en tercer lugar, son personas de configuración legal distintas de su propietario²⁹.

Ahora bien, se puede construir una ficción equivalente a la creación de la personalidad jurídica pero no se puede asimilar la persona jurídica al robot

24 Marina Rojo Gallego-Burín, “Los fundamentos jurídicos de la personalidad electrónica de los robots”, *Revista Jurídica de Castilla y León* 52 (2020): 11.

25 Cisneros Murugarren, “Robots dotados de Inteligencia Artificial...”, 14.

26 Fernández Amor, “Derecho tributario y cuarta revolución industrial...”, 57.

27 María del Mar Rojas Buendía, “La nueva diversidad artificial: una futura “personalidad electrónica para otras inteligencias”, *Papeles el tiempo de los derechos* 2 (2020): 2.

<https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2020/01/wp-huriage-diversidad-artificial-2-20.pdf>

28 Barros González, “El debate sobre la personalidad jurídica...”, 7.

29 Santos González, “Regulación legal de la robótica...”, 40 y 41.

porque tienen importantes diferencias³⁰: primero, las personas jurídicas se derivan de un grupo de personas físicas, segundo, las personas jurídicas actúan a través de un representante, no pueden actuar por sí mismas, los robots inteligentes lo hacen de forma autónoma, tercero, las personas jurídicas no tienen entidad física, al contrario que el robot, cuarto, en las personas jurídicas hay un control humano porque no son inteligentes, en un robot inteligente no tiene por qué, quinto, las personas jurídicas no interactúan directamente con el entorno a diferencia del robot y sexto, un robot puede representar a una persona jurídica pero no al revés porque no tiene entidad física.

Dadas estas diferencias, la solución estriba en crear una personalidad propia, una nueva categoría jurídica, innecesaria para algunos autores ya que detrás de las personas jurídicas siempre hay personas físicas y si detrás del robot siempre existe una persona, su fabricante o creador no es necesario crear una personalidad electrónica, según establece ROJO GALLEGO-BURÍN³¹. A menos que se entienda que esta nueva personalidad jurídica debe reconocer no solo el sometimiento a la voluntad humana que está detrás del robot sino también del entorno que rodea a la máquina, lo cual permitirá la toma de decisiones “en virtud de aprendizajes autodidactas y realidades circundantes”³².

La creación de una categoría nueva para los robots dotados de inteligencia artificial o máquinas autónomas, la denominada por el Parlamento Europeo como “persona electrónica”³³ se puede encuadrar como una figura intermedia entre cosa y persona. La controversia que ha generado esta propuesta no solo es sobre el fondo del asunto sino incluso sobre la denominación porque no todos aceptan el vocablo persona al referirse al robot por su connotación humana, aunque se justifica porque delimita a un ente dotado de derechos y obligaciones

30 Santos González, “Regulación legal de la robótica...”, 41 y 42.

31 Rojo Gallego-Burín, “Los fundamentos históricos del sistema jurídico...”, 22.

32 Ana Karin Chávez Valdivia, “No es solo un robot: consideraciones en torno a una nueva personalidad jurídica y el redimensionamiento de las relaciones interpersonales”, *Revista Ius et Praxis* 26 (2020): 66.

33 Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).

pero sin que suponga una equiparación a la persona humana. Tampoco conviene a todos el apellido electrónico porque de lo que se trata es de máquinas con inteligencia artificial resultando de todo punto inadecuado. Se proponen alternativas como “persona ciber-física” o “robot inteligente artificialmente”³⁴.

El sector doctrinal que se posiciona a favor de la personalidad electrónica subraya que

“en nuestro futuro cercano, la economía dependerá en gran parte de ese trabajo que desempeñen entes no biológicos capaces de adoptar decisiones autónomas, por lo que la conveniencia de crear un estatus jurídico en torno a los mismos se toma altamente justificada”³⁵.

Destacan que además de ser conveniente en el ámbito de la responsabilidad, por citar un caso, no hay obstáculos técnicos insalvables para su reconocimiento, tal y como afirman destacados juristas especialistas en la materia como BARRIO ANDRÉS y ERCILLA GARCÍA³⁶.

Sin embargo, los detractores de esta posibilidad subrayan algunos problemas técnicos como la capacidad de obrar, la determinación de qué acciones puede realizar por sí mismos los robots, etc., además de considerarla inútil e inapropiada. La capacidad jurídica determina que un sujeto sea titular de derechos obligaciones. Nada impide, en este sentido que un programa o robot tenga capacidad jurídica³⁷. Empiezan las controversias con la capacidad de obrar, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones porque el interrogante es primero, qué puede realizar de forma autónoma el robot, el problema principal es que no se puede determinar cuándo sus actuaciones son consecuencia de su

34 Cisneros Murugarren, “Robots dotados de Inteligencia Artificial...”, 18 y 19.

35 Javier Ercilla García, Normas de Derecho civil y robótica: robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación, (Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, 2019), 3.

36 Cisneros Murugarren, “Robots dotados de Inteligencia Artificial...”, 21.

37 Carmen Vallejo de Hoyos, “Inteligencia artificial”. (Trabajo Fin de Grado, Universidad de Almería, 2017), 15.

http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/6488/14523_TRA-BAJO%20DE%20FIN%20DE%20GRADO%20FIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y

diseño o programación y cuando son derivados del autoaprendizaje del robot³⁸ y, segundo, cómo pueden ser titulares de derechos si no son personas humanas y es contrario a los Tratados sobre Derechos Humanos³⁹. Si reconocen la pertinencia de establecer normas comunitarias sobre robótica y la inteligencia artificial para dar mayor seguridad a los ciudadanos de la Unión Europea y promover la innovación en el espacio europeo⁴⁰.

En la misma línea, el Comité Económico y Social Europeo⁴¹ se opone a “cualquier tipo de estatuto jurídico para los robots o sistemas de Inteligencia Artificial por el riesgo moral inaceptable que ello conlleva” y en general, los que niegan esta posibilidad, aducen a que se están sobrevalorando las capacidades reales actuales y futuras de los robots y el paradigma de un robot que piensa y actúa de forma autónoma⁴².

Por otra parte, hay que insistir en que esta hipotética personalidad electrónica solo sería para aquellos dotados de “inteligencia artificial fuerte”, un

“sistema capaz de emular el total funcionamiento de la mente humana incluyendo, no solo la capacidad de resolución de multitud de tareas, sino también de sentimientos, la creatividad y la autoconciencia”⁴³.

38 Ignacio Cruz Padial, “De la economía digital a la robótica: algunas cuestiones tributarias”, en *Tributos, servicios digitales y robótica*, coordinado por Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo, Juan José Hinojosa Torralvo e Ignacio Cruz Padial (Madrid: Aranzadi, 2019), 223.

39 Carlos B. Fernández e Irene Cortés, “Dos centenares de expertos europeos piden que no se reconozca personalidad jurídica a los robots” (2018). Acceso el 2 de diciembre de 2021. <https://www.wolterskluwer.es/sobre-wolters-kluwer/wolters-kluwer-espana/sala-de-prensa/noticias-de-prensa/noticias/Dos-centenares-de-expertos-europeos-piden-que-no-se-reconozca-personalidad-jurid.html>

40 Barros González, “El debate sobre la personalidad jurídica...”, 11.

41 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Inteligencia artificial: las consecuencias de la inteligencia artificial para el mercado único (digital), la producción, el consumo, el empleo y la sociedad”.

42 Ana Lambea Rueda, “Entorno digital, robótica y menores de edad”, *Revista de Derecho Civil* 4 (2018): 212.

43 “Derecho y Robots en la Unión Europea: hacia una persona electrónica”, Blog Taller de Derecho, acceso el 30 de noviembre de 2021. <https://tallerdederechos.com/derecho-y-robots-en-la-union-europea-hacia-una-persona-electronica/>

Se circunscribe a las máquinas autónomas, entendiendo en este ámbito la autonomía como “la posibilidad de adoptar decisiones por uno mismo, sin dejarse influenciar por los demás”⁴⁴.

La principal dificultad de la creación de esta nueva categoría, más allá de planteamientos éticos, es su delimitación: cómo van a ser titulares de derechos y obligaciones, qué derechos y obligaciones van a ejercer y qué capacidad de obrar van a tener y en qué medida. Las anteriores consideraciones obligan a la inserción de un código ético, “reglas que puedan gobernar los comportamientos de los robots, aun los no anticipados, permitiéndoles distinguir, entre las conductas posibles, la más apropiada o menos nociva”⁴⁵.

3. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRIBUYENTE Y SU ADAPTACIÓN A LA REALIDAD DE LOS ROBOTS

El Derecho Financiero y Tributario, al igual que el resto de las ramas de derecho, debe adaptarse a la nueva sociedad derivada de la Cuarta Revolución Industrial. En opinión de la Profesora GRAU RUIZ⁴⁶ es un reto porque, “exige diseñar una nueva fiscalidad, adaptando el actual contexto histórico que prevé inminentes cambios estructurales en la organización económica y social, algunos de los conceptos tradicionales para tratar de asegurar la pervivencia de los principios constitucionales”. En este sentido, se están cuestionando conceptos clásicos como la residencia fiscal o el establecimiento permanente a la luz de las nuevas formas de negocio digitales, así como el tema que ocupa este trabajo, la posibilidad de que los robots, previo reconocimiento de personalidad jurídica actúen como contribuyentes sujetos a una obligación tributaria y sean titulares del principio de capacidad económica.

Se plantea esta posibilidad porque una de las cuestiones que más preocupa es la previsión de que la robotización implique la destrucción de empleos y, en

44 Chávez Valdivia, “No es solo un robot...”, 57.

45 Palmerini, “Robótica y derecho: sugerencias, confluencias...”, 58.

46 Grau Ruiz, “La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos...”, 37.

consecuencia, afecte de forma negativa a la recaudación tributaria. Fundamentalmente, la pérdida de recaudación en la fiscalidad directa, con especial incidencia en los rendimientos de trabajo personal que tendrá consecuencias en el consumo y en la fiscalidad indirecta, aumentando las necesidades recaudatorias de los Estados⁴⁷. Tal y como sostiene CRUZ PADIAL⁴⁸ si de la robotización deriva un descenso recaudatorio, afecta a la financiación pública y a la sostenibilidad global del sistema por lo que las medidas fiscales que se apliquen para compensar esta disminución de ingresos tributarios deben ser analizados de forma estricta, entre las que se encuentran los beneficios fiscales a empresas, la imposición a los robots o considerar que los robots puedan manifestar capacidad económica, pudiendo actuar como contribuyentes, que es el planteamiento que se va a estudiar.

El artículo 31 Constitución Española establece que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, entendiéndose que ese todos incluye a las personas físicas y jurídicas que desempeñan diferentes posiciones de acuerdo con el artículo 35 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria⁴⁹.

Por el principio de capacidad económica, toda la sociedad tiene el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad económica de cada uno de sus miembros. Presenta un límite inferior, el mínimo existencial por el que se entiende que una persona sin recursos o con pocas rentas carece de capacidad económica y un límite máximo que delimita el principio de prohibición de la confiscatoriedad y por el que el cumplimiento de la obligación tributaria no puede exceder del límite de la capacidad contributiva⁵⁰

El contribuyente está obligado a aportar una parte adecuada de sus ingresos, entendiéndose por adecuado lo que no sobrepase los límites mínimos y máximo establecido.

47 Santos Flores, "Robot y persona...", 60.

48 Cruz Padial, "De la economía digital a la robótica...", 213.

49 Fernández Amor, "Derecho tributario y cuarta revolución industrial...", 87.

50 Santos Flores, "Robot y persona...", 89 y 90.

Por tanto, el análisis debe partir de si los robots pueden ser titulares de capacidad económica para, a continuación definir en que casos el robot puede estar sujeto a imposición⁵¹. Este diagnóstico debe plantearse asumiendo varios escollos, el principal es que el robot no es persona ni física ni jurídica ni, por tanto, se puede considerar que un robot tiene capacidad económica aunque una parte de la doctrina apunta que si se quiere avanzar en la tributación, es necesario articular una “capacidad tributaria específica”⁵² a los robots.

El primer punto ya se ha tratado en el anterior epígrafe y a pesar de que es un tema conflictivo que tiene detractores y defensores, no es imposible que, si en el futuro fuese necesario, se podría reconocer ese carácter a los robots más autónomos e independientes. Pasando al segundo aspecto, el propio artículo 31 Constitución Española, como ya se ha desarrollado anteriormente, establece el mandato de contribuir respecto a su capacidad económica, de acuerdo con las posibilidades económicas de cada sujeto, que se traduce en ser titular de un patrimonio o una renta⁵³. Los robots no son titulares de un patrimonio, pero por las funciones aquellos con inteligencia artificial, es innegable que poseen una potencialidad para para crear riqueza, por tanto, podría ser factible atribuir el principio de capacidad económica a los robots⁵⁴.

La respuesta no es clara ya que, como se ha mencionado, las actividades realizadas por los robots reflejan una cierta capacidad económica que beneficia a quien los utiliza y, en consecuencia, los habilita para contribuir a los gastos públicos (capacidad contributiva objetiva). El problema es delimitarla, identificar “el elemento subjetivo del robot que crea ese valor o riqueza hipotética”⁵⁵. Además, la riqueza que genera también influye la capacidad económica de quien lo utiliza porque no se puede olvidar que el robot en la actualidad no posee personalidad jurídica, en consecuencia, quien configura el hecho imponible

51 Santos Flores, “Robot y persona...”, 58.

52 Guillermo Sánchez- Archidona Hidalgo, “La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del derecho financiero y tributario”, *Quincena Fiscal Aranzadi* 12, (2019):81.

53 Fernández Amor, “Derecho tributario y cuarta revolución industrial...”, 88.

54 Santos Flores, “Robot y persona...”, 78

55 Santos Flores, “Robot y persona...”, 83.

jurídicamente seguirá siendo la persona física o jurídica que utiliza, usa o explota el robot. GRAU RUIZ⁵⁶, asimismo, niega que los robots tengan capacidad financiera, ya que son los empleadores o propietarios quienes la poseen, aunque admite que son entidades separadas capaces de generar rendimientos y con una cierta capacidad de contribuir.

Y el planteamiento futuro de una personalidad jurídica propia choca con consideraciones ético-morales desde la perspectiva de la dignidad humana por lo que dificulta extender su aplicación a las máquinas. SANTOS FLORES⁵⁷ subraya en este sentido que los sistemas tributarios modernos reconocen a la persona humana una serie de principios y garantizan una serie de derechos y tienen su fundamento en la dignidad humana como derecho intrínsecamente humano, y siendo la principal diferencia entre los humanos y los robots.

Otros autores se centran en los presupuestos jurídicos que conforman la capacidad económica: en primer lugar, capacidad jurídica o aptitud para ser titular de relaciones que impliquen derechos y obligaciones y capacidad de obrar, aptitud para el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones⁵⁸. En este sentido, FERNÁNDEZ AMOR⁵⁹, opina que no se puede equiparar robot a un contribuyente persona física o jurídica porque “estamos ante un reconocimiento expreso de capacidad jurídica, de obrar y, por tanto, de capacidad económica atribuible a la máquina”. Se pone el acento, otra vez, en la capacidad de obrar, en la aptitud de tener derechos y estar obligado al cumplimiento de deberes y la dificultad de delimitar la actividad del robot de forma autónoma respecto a relaciones tributarias y a las obligaciones de contribuir.

Una alternativa, defendida por el Profesor FERNÁNDEZ AMOR⁶⁰ es la inclusión de los robots dentro de la categoría de obligados tributarios, tal y como

56 Grau Ruiz, “La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos...”, 51.

57 Santos Flores, “Robot y persona...”, 89 y 90.

58 Fernández Amor, “Derecho tributario y cuarta revolución industrial...”, 88.

59 Fernández Amor, “Derecho tributario y cuarta revolución industrial...”, 88.

60 Fernández Amor, “Derecho tributario y cuarta revolución industrial...”, 90.

establece el apartado 4 del artículo 35 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria:

“Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición”.

En el mencionado artículo 35 se añade a las personas físicas y jurídicas, entes a los que se les impone una serie de obligaciones materiales o formales. Identifica a entes que conforman un patrimonio y tienen la singularidad de ser fuente de capacidad económica gravable pero no tienen personalidad jurídica⁶¹ y requieren una representación legal a efectos tributarios.

En este sentido, el robot puede ser parte de una herencia yacente o un objeto en el que confluyen la propiedad de varias personas o comunidad de bienes pro indiviso. Más problemático es que el robot se subsuma a la condición de unidad económica, entendida como “unidad autónoma capaz de desarrollar una actividad empresarial o profesional por sus propios medios”⁶². La jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que se hace eco la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de junio de 2017, establece que los requisitos de una rama de actividad autónoma son: primero, un conjunto de bienes y/o personas, segundo, constituida con elementos de activo y pasivo, tercero, ha de tratarse de una rama de actividad, cuarto, los bienes deben tener su propia identidad dentro de la actividad principal y quinto, el conjunto de bienes ha de ser capaz de funcionar por sus propios medios. La pregunta es si un robot puede cumplir estos requisitos, en principio, no parece que haya muchos problemas, aunque es dudoso la última de las características, que la máquina sea capaz de actuar por sí misma, ya que hoy, el robot requiere de acción humana⁶³, aunque se reconoce a los robots inteligentes una cierta autonomía.

61 Fernández Amor, “Derecho tributario y cuarta revolución industrial...”, 90.

62 Art.7 1º Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

63 Fernández Amor, “Derecho tributario y cuarta revolución industrial...”, 92.

Ahora bien, la acción de los obligados tributarios es limitada porque no son considerados como contribuyentes en el Impuesto de Sociedades ni en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aunque en otras figuras tributarias, como el Impuesto de Actividades Económicas⁶⁴ y el Impuesto sobre el Valor Añadido⁶⁵, esta idea tendría más recorrido.

A pesar de que hoy y en el estado actual de la técnica, se puede afirmar que los robots no tienen capacidad económica ni, por tanto, pueden ser considerados como contribuyentes, existen otras posibilidades y planteamientos, alguna de las cuales se han comentado, como establecer algún tipo de capacidad jurídico tributaria o una capacidad tributaria específica⁶⁶.

4. CONCLUSIONES

La Inteligencia Artificial está cambiando el mundo, introduciendo la robótica en todos los ámbitos de la sociedad y haciendo de los robots algo más que máquinas o cosas por lo que no es peregrino plantear una personalidad electrónica para los robots con inteligencia artificial. El objetivo de la creación de una personalidad jurídica electrónica es hacerles aptos para ser titulares de derechos y obligaciones y tener un reconocimiento jurídico y la atribución de derechos de carácter patrimonial pero no los constitucionales ni los de personalidad, constitucionales a la dignidad de los seres humanos.

Esta Cuarta revolución industrial supone y supondrá, en mayor o menor medida, un impacto en el mercado laboral que, al menos al principio, va a provocar la eliminación o, en el mejor de los casos, la transformación de empleos

64 Art. 83 Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Sujetos pasivos: Son sujetos pasivos de este impuesto las personas físicas o jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria siempre que realicen en territorio nacional cualquiera de las actividades que originan el hecho imponible.

65 Art. 84 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. Tres: Tres. Tienen la consideración de sujetos pasivos las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, careciendo de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, cuando realicen operaciones sujetas al Impuesto

66 Sánchez- Archidona Hidalgo, “La tributación de la robótica y la inteligencia artificial...”, 81.

humanos, afectando de manera negativa a las rentas del trabajo y consecuentemente a la recaudación tributaria.

Este escenario es nuevo para el Derecho Financiero y Tributario que no está preparado para los cambios tecnológicos y los nuevos modelos de negocio que, además cuestiona conceptos financieros clásicos como el establecimiento permanente o la residencia fiscal.

Entre las medidas que se proponen para compensar la pérdida de recaudación está el reconocimiento a los robots de una cierta capacidad económica y, en consecuencia, la titularidad de derechos y obligaciones tributarias, cuestionando la posibilidad de ser contribuyentes. No obstante, esta capacidad económica no puede equivaler a la de las personas físicas o jurídicas ya que, por razones éticas o morales, no se le pueden atribuir iguales derechos que a los seres humanos y también por razones técnicas, porque es difícil delimitar que potencial riqueza es generada de forma exclusiva por el robot.

Si parece interesante la inclusión de los robots a la categoría de obligados tributarios de manera equivalente a las herencias yacentes y a las unidades económicas. Sería pertinente plantearse la extensión del campo de acción de estos entes sin personalidad jurídica (incluidos los robots) y su actuación como contribuyentes en las principales figuras tributarias como el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barrios González, Laura. “El debate sobre la personalidad jurídica y la responsabilidad de los robots inteligentes. Especial referencia a la robótica sanitaria”. Trabajo Fin de Grado, Universidad de Cantabria, 2019.
- Chávez Valdivia, Ana Karin. “No es solo un robot: consideraciones en torno a la una nueva personalidad jurídica y el redimensionamiento de las relaciones interpersonales”. *Revista Ius et Praxis* 26 (2020): 55-77.

- Cisneros Murugarren, Amaiur. “Robots dotados de Inteligencia Artificial. Su posible personalidad jurídica y responsabilidad por daños”. Trabajo Fin de Máster, Universidad de Complutense de Madrid, 2021.
<https://eprints.ucm.es/id/eprint/64276/1/TFM%20AMAIUR%20CISNEROS%20MURUGARREN%20.pdf>
- Cruz Padial, Ignacio. “De la economía digital a la robótica: algunas cuestiones tributarias”. En *Tributos, servicios digitales y robótica*, coordinado por Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo, Juan José Hinojosa Torralvo e Ignacio Cruz Padial. 203-232. Madrid: Aranzadi, 2019.
- Ercilla García, Javier. “Aproximación a una Personalidad Jurídica Específica para los robots”. *Revista Aranzadi de Derechos y Nuevas Tecnologías* 47 (2018): 1-34.
- Ercilla García, Javier. *Bots, Robots, Cobots y otros autómatas*. Madrid: Aranzadi, 2020
- Ercilla García, Javier. *Normas de Derecho civil y robótica: robots inteligentes, personalidad jurídica, responsabilidad civil y regulación*. Madrid: Aranzadi Thomson Reuters, 2019.
- Fernández, Carlos B., e Irene Cortés. “Dos centenares de expertos europeos piden que se reconozca persona jurídica a los robots”. Wolter Kluwers, 2018. Acceso el 2 de diciembre de 2021.
<https://www.wolterskluwer.es/sobre-wolters-kluwer/wolters-kluwer-espana/sala-de-prensa/noticias-de-prensa/noticias/Dos-centenares-de-expertos-europeos-piden-que-no-se-reconozca-personalidad-jurid.html#:~:text=Noticias,Dos%20centenares%20de%20expertos%20europeos%20piden%20que%20no%20se%20reconozca,est%C3%A1%20cada%20d%C3%ADa%20m%C3%A1s%20presente>
- Fernández Amor, José Antonio. “Derecho tributario y cuarta revolución industrial: análisis jurídico sobre aspectos fiscales de la robótica”. *Nueva Fiscalidad* 1 (2018): 47-96.
- Grau Ruiz, Amparo. “La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos, económicos, éticos y sociales planteados por la robótica”. *Nueva Fiscalidad* 4 (2017): 35-61.
- Palmerini, Erica. “Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea”. *Revista de Derecho Privado* 32 (2017): 53-97.
- Lambeck Rueda, Ana. “Entorno digital, robótica y menores de edad”. *Revista de Derecho Civil* 4 (2018): 183-232.

Rojas Buendía, María del Mar. “La nueva diversidad artificial: una futura “personalidad electrónica” para otras inteligencias”. *Papeles el Tiempo de los Derechos* 2 (2020): 1-22.

<https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2020/01/wp-huriage-diversidad-artificial-2-20.pdf>

Rojo Gallego-Burín, Marina. “Los fundamentos jurídicos de la personalidad electrónica de los robots”. *Revista Jurídica de Castilla y León* 52 (2020): 8-30.

Sánchez- Archidona Hidalgo, Guillermo. “La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del derecho financiero y tributario”. *Quincena Fiscal Aranzadi* 12 (2019): 69-100.

Sánchez – Urán Azaña, María Yolanda y Grau Ruiz, María Amparo. “El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales”. *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías* 50 (2019): 1-37.

Sánchez del Campo Redonet, Alejandro. “Europa quiere regular los robots”. *Diario La Ley* 4 (2017): 1-10.

Santos Flores, Israel. “Robot y persona: Reflexiones sobre la capacidad económica atribuibles a robots inteligentes”. En *Fiscalidad e Inteligencia Artificial: Administración Tributaria y contribuyentes en la era digital*. Dirigido por Fernando Serrano Antón. 57-100. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

Santos González, María José. “Regulación legal de la robótica y de la Inteligencia Artificial: retos del futuro”. *Revista Jurídica de la Universidad de León* 4 (2017): 25-50.

Vallejo de Hoyos, Carmen. “Inteligencia Artificial”. Trabajo Fin de Grado. Universidad de Almería, 2017.

http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/6488/14523_TRA-BAJO%20DE%20FIN%20DE%20GRADO%20FIN.pdf?sequence=1&isAllowed=y

JULIA MARÍA DÍAZ CALVARRO

Área Derecho Financiero y Tributario

Departamento de Derecho Público

Facultad de Derecho

Universidad de Extremadura

jdcalarro@unex.es

<https://orcid.org/0000-0001-7266-8462>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.75>

DESAFÍOS JURÍDICOS INTERDISCIPLINARES DE LA
CIBERSEGURIDAD NACIONAL: APUNTES *DE LEGE FERENDA*

*INTERDISCIPLINARY LEGAL CHALLENGES OF NATIONAL
CYBERSECURITY: “DE LEGE FERENDA” NOTES*

EDUARDO FERNÁNDEZ GARCÍA¹

Universidad Isabel I

Recibido: 10/11/2021 Aceptado: 30/12/2021

RESUMEN

Una sociedad hiperconectada como la actual española debe hacer frente al incremento de riesgos y amenazas que se ciernen sobre la seguridad pública y la seguridad nacional en el paso del mundo físico al lógico. El ciberespacio ha pasado a interesar al Derecho en distintas ramas. La ciberseguridad, en consecuencia, ha sido regulada parcialmente por normas administrativas y penales, pero algunas implicaciones constitucionales resultan de extraordinaria importancia, como ha puesto de relieve el conjunto de medidas adoptadas por la pandemia, deviniendo insuficiente la previsión de planes y normas anteriores. Una mirada crítica a la normativa vigente arroja resultados altamente insatisfactorios, por lo que sería deseable que el ordenamiento plantease a corto plazo

1 Profesor de Derecho de la Seguridad en la Universidad Isabel I (Burgos); Profesor asociado de Historia del Pensamiento y de los Movimientos Políticos y Sociales de la Universidad de León. Doctor por la Universidad de León; licenciado en Derecho; graduado en Ciencia Política y de la Administración; graduado en Geografía e Historia; graduado en Español Lengua y Literatura y graduado en Economía. Ha desempeñado diversos cargos públicos en relación con la seguridad y la protección civil y ha sido Diputado Nacional en el Congreso en las legislaturas X, XI y XII.

mayor capacidad de protección de los ciudadanos y de resistencia a los ciberataques, con escrupuloso respeto a los derechos fundamentales. Se propone aquí una metodología multidisciplinar de análisis de situación y un conjunto de propuestas legislativas que afectan a varios campos, y de ahí la necesidad de interdisciplinariedad jurídica, no exenta de una mirada politológica.

Palabras clave: interdisciplinariedad, Derecho de la ciberseguridad, reforma legislativa, paradigma de seguridad integral y global

ABSTRACT

A hyper-connected society such as the current Spanish one must face the increase in risks and threats that loom over public safety and national security in the transition from the physical to the logical world. Cyberspace has become an object of study of Law. Cybersecurity, consequently, has been partially regulated by administrative and criminal regulations, but some constitutional implications seem to have extraordinary importance, as the set of measures adopted by the pandemic has highlighted, due to the insufficient performance of previous plans and regulations. A critical vision of the current regulations yields highly unsatisfactory results, so it would be desirable for the legal system to propose, in the short term, greater capacity to protect citizens and resist cyberattacks, with scrupulous respect for fundamental rights. A multidisciplinary methodology for situation analysis and a set of legislative proposals that affect various fields are proposed here, therefore is postulated the need for legal interdisciplinarity, not exempt from a political perspective.

Keyword: interdisciplinarity, Cybersecurity Law, legislative reform, total and global security paradigm.

Sumario: 1. A modo de introducción: ciberespacio, seguridad pública y Derecho 2. Protección integral del bien jurídico e interdisciplinariedad 3. Perspectiva crítica de la normativa vigente en España y transposición del ordenamiento comunitario 3.1. La restringida protección penal 3.2. Protección administrativa 4. Propuestas de lege ferenda 4.1. Propuestas con rendimiento parcialmente extrajurídico 4.2 Propuestas con rendimiento penalista 4.3. Propuestas con rendimiento administrativista 4.4. Propuestas con rendimiento procesal 5. Conclusiones.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: CIBERESPACIO, SEGURIDAD PÚBLICA Y DERECHO

Asistimos a un escenario en el que simultáneamente se produce un cierto asombro por parte de la opinión pública ante algunos notables y mediáticos ciberataques contra Administraciones Públicas españolas y se anuncian diversas iniciativas políticas e institucionales para modificar aspectos sustanciales del ordenamiento jurídico concernientes a la ciberseguridad en España, desde perspectivas complementarias, principalmente administrativa y penal. Es el momento de recordar que los retos jurídicos a los que se enfrenta la ciberseguridad en España no son menores que los desafíos tecnológicos, pero se producen con un mayor decalaje temporal entre la necesidad social y la respuesta legislativa. Este contexto es particularmente preocupante cuando se dibuja en relación con la seguridad nacional y la seguridad de las infraestructuras críticas, en ambos casos en el ciberespacio. Se aboga aquí por una variación de la mentalidad con la que se acomete el proceso de reforma legal a este respecto, particularmente en dos sentidos: de un lado, una mayor necesidad de interdisciplinariedad de la utilizada para las modificaciones legislativas en otras ramas del Derecho Público; de otro, una mayor celeridad para acompañarse al vertiginoso ritmo en el que se producen las modificaciones de las herramientas tecnológicas de comisión de ilícitos administrativos y penales.

La seguridad nacional en sus múltiples facetas, de mayor profundidad que la seguridad pública en el ciberespacio², ha tenido que acomodarse a los distintos dominios de operaciones en que han pasado a actuar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y las Fuerzas Armadas. España asumió con rapidez que el desarrollo de un quinto dominio operativo diferente al espacial se estaba fortaleciendo con rapidez hace dos décadas y adaptó sus organismos públicos de seguridad a él. Lo hizo tanto en su faceta civil al servicio de la sociedad -así el Incibe- y de la

2 Ofelia Tejerina Rodríguez, “Seguridad pública en el mundo digital”, en *Sociedad Digital y Derecho*, ed. Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo y José Luis Piñar Mañas (Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018), 553-72; María José Caro Bejarano, “Alcance y ámbito de la seguridad nacional en el ciberespacio”, *Cuadernos de estrategia*, n.o 149 (2011): 47-82.

propia Administración Pública -como el Centro Criptológico Nacional-, como en su vertiente policial -con varios cuerpos policiales con unidades especializadas, el CNP, la Guardia Civil y algunas policías autonómicas, y el CNPIC- y militar -del Mando Conjunto de Ciberdefensa al Mando Conjunto del Ciberespacio desde 2020-. Con escrupulosa atención a las exigencias constitucionales³, y a pesar de unos inicios titubeantes⁴, el Derecho regulador de la seguridad, pública, ciudadana y nacional se ha acompasado a esa evolución⁵ con un elevado grado de especialización, pero con unos tiempos muy diferentes a los de las innovaciones técnicas.

La pregunta inicial a la que responden varios condicionantes a los que atender a lo largo de este artículo es ¿cómo se controla -no sólo se regula- jurídicamente el ciberespacio como nuevo dominio de la seguridad nacional? Probablemente en tanto no se afronte realísticamente una respuesta a ese interrogante lo único que se promoverá por las instancias políticas serán soluciones jurídicas muy parciales que no tienen presente que hay diferentes visiones conceptuales sobre este objetivo de dominio, tanto a escala regional como mundial, que impelen a una clarificación de la respuesta activa de las democracias avanzadas y del Estado democrático de Derecho frente a la nuda fuerza de algunos regímenes políticos de corte más autoritario, que no dudan en ocupar parcelas en el ciberespacio que comprometen la seguridad nacional de muchos países occidentales.

¿A los efectos de este artículo qué es el ciberespacio y qué notas reviste que modifiquen las previsiones ordinarias de protección del ordenamiento jurídico respecto a la seguridad nacional en el mundo físico? Semejantes preguntas indican desde el comienzo la necesidad de precisiones conceptuales anteriores incluso a abordar una metodología jurídica interdisciplinar para todas las

3 Ignacio Álvarez Rodríguez, “Constitución y Derecho del Ciberespacio”, en *Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante*, ed. Covadonga Mallada Fernández (Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2019), 21-46.

4 Cesáreo Gutiérrez Espada, “¿Existe (ya) un derecho aplicable a las actividades en el ciberespacio?”, en *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas autónomas y ciberespacio*, ed. María José Cervell Hortal (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020), 225-48.

5 Emilio Suñé Llinas, “Del derecho de la informática al derecho del ciberespacio y a la constitución del ciberespacio”, *Estudios jurídicos 2007* (2007).

reformas legislativas pendientes. En realidad, es necesaria una previa delimitación epistémica en atención a la peculiaridad de los bienes jurídicos concretos, que abarcaría simultáneamente distintas ramas del Derecho⁶, puesto que no se puede mantener la imagen de estanqueidad y suficiencia de ninguna de ellas por sí sola⁷ a la hora de configurar un auténtico derecho a la ciberseguridad⁸.

No es suficiente una definición como la ofrecida para el campo de la ciberdefensa por la Cumbre de Varsovia de la OTAN en 2016⁹, como esfera de interés e influencia en la que llevar a cabo actividades, funciones y operaciones que se entienden específicamente como misiones de control sobre el oponente, pues hay un componente de la seguridad nacional que se despliega en positivo para el disfrute de las libertades sin oponente a priori, más que el que desea limitar o impedir el ejercicio de los derechos constitucionales.

Son muchas las definiciones posibles, pero confluyen sobre un conjunto reducido de notas caracterizadoras que se han recogido expresamente en la Estrategia de Seguridad Nacional española 2017, además de su naturaleza virtual y artificial al ser creado por el ser humano: “el ciberespacio es un escenario con características propias marcadas por su componente tecnológico, fácil accesibilidad, anonimidad, alta conexión y dinamismo”; los mismos caracteres se han señalado reiteradamente por la doctrina como amplificadores de riesgos y amenazas¹⁰ dada la inexistencia de fronteras geográficas y el posible uso clandestino sin necesidad de desplazamientos. Como repetidamente se ha puesto de manifiesto por los responsables españoles de la ciberseguridad es el medio ideal para el enfrentamiento asimétrico e híbrido.

6 Ver la conexión desde lo epistémico a lo metodológico en Adolfo Jorge Sánchez Hidalgo, *Epistemología y metodología jurídica* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

7 Claudio Souto, “La ficción de la autosuficiencia en los saberes jurídicos fundamentales”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 3 (1986): 149-57.

8 Carlos Galán, “El derecho a la ciberseguridad”, en *Sociedad Digital y Derecho*, ed. Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo y José Luis Piñar Mañas (Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018), 573-90.

9 Que venía a completar la de dos años antes en las *NATO Cyber Defence taxonomy and definitions*: “Dominio global formado por los sistemas TIC y otros sistemas electrónicos, su interacción y la información que es almacenada, procesada o transmitida por estos sistemas”

10 Ver Moisés Barrio Andrés, *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio* (Madrid: Reus, 2017), 33-40.

La tendencia incremental a la hiperconectividad¹¹ que caracterizaba en el último lustro a la sociedad española se ha intensificado profusamente debido a las restricciones de movilidad y conexión física introducidas normativamente como consecuencia de las recomendaciones sanitarias de distanciamiento social por la pandemia de Covid 19. Los requerimientos acumulados en la esfera técnica y la dimensión jurídica requieren el acompasamiento de dos paradigmas altamente exigentes. De un lado, lo que se fraguaba claramente como un diferente entorno de relaciones sociales y económicas al que debía adaptarse el ordenamiento jurídico ha devenido un condicionante absoluto para el actual paradigma de la seguridad integral, que afecta a la vez a la dimensión interna y externa o internacional que deben protegerse jurídicamente al mismo tiempo¹². Empresas y Administraciones han tenido que aclimatarse a esta coyuntura, y parecen hacerlo mejor las primeras que las segundas, probablemente porque los instrumentos para implementar nuevas medidas sean de naturaleza muy distinta: planes en el caso de las compañías, normas jurídicas en el de las Administraciones Públicas. Por otra parte, del nuevo paradigma de la omniconectividad permanente se ha derivado la correlativa necesidad de mecanismos jurídicos que protejan los derechos constitucionales, tanto frente a las eventuales extralimitaciones y ataques antijurídicos que posibilita el uso irrestricto de tecnologías muy disruptivas, pero a la vez enormemente invasivas, como frente a los mecanismos telemáticos igualmente amplios de los poderes públicos en la persecución de los cibercriminosos.

Del ruego de los sectores técnicos para actualizar las leyes y reglamentos que regulan el Derecho de la Ciberseguridad se ha pasado a una necesidad social ampliamente sentida, lo que demanda una pronta puesta al día de las principales normas, tanto administrativas como penales y procesales. Cuando ya empiezan a circular propuestas concretas y se sugiere dar forma a textos articulados que pasarán al Parlamento entre la presente legislatura nacional y la siguiente,

11 Ángel Gómez de Ágreda, “Ciberseguridad en un mundo hiperconectado”, en *Ciberseguridad. Un nuevo reto para el Estado y los gobiernos locales*, ed. Dolors Canals i Ametller (Madrid: Wolters Kluwer, 2021), 29-62.

12 Daniel Fernández Bermejo y Gorgonio Martínez Atienza, *Ciberseguridad, ciberespacio y cibercriminalidad* (Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2018), 88.

convendría subrayar la necesidad de que las reformas legislativas previstas se acompasasen a una realidad social y tecnológica extraordinariamente cambiante en apenas un lustro. Esta realidad no conoce de compartimentos estancos, ni entre parcelas sociales afectadas -económicas, jurídicas, éticas, técnicas- ni siquiera entre países. El anonimato y la larga distancia en la que se cometen los ciberataques dan cuenta intuitiva de las dificultades a las que se enfrentan el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal. Al primero se demandan respuestas más ágiles que las previstas para los ciberdelitos de nuevo cuño introducidos en 2015; al segundo, una eficacia en la persecución del delito dentro del necesario contexto garantista de los derechos constitucionalmente consagrados, que apenas se está ensayando por vía de la cooperación judicial internacional.

Se llama la atención sobre la enorme disparidad entre los ciberataques y ciberincidentes gestionados por los servicios públicos españoles, pues solamente Incibe reportó el pasado año más de ciento treinta mil incidentes, frente a los procedimientos judiciales abiertos en el orden penal por ciberdelitos, que habiéndose incrementado notablemente, apenas pasan de los once mil. Tal diferencia en las cifras pone de manifiesto la existencia de una amplísima zona gris de elevada impunidad que convendría ir reduciendo paulatinamente para evitar que la incidencia en la dimensión económica sea mayor, minando la confianza del consumidor y la seguridad jurídica de las transacciones online que el Derecho Mercantil había conseguido introducir normativamente en España y en el ordenamiento comunitario.

2. PROTECCIÓN INTEGRAL DEL BIEN JURÍDICO E INTERDISCIPLINARIEDAD

La principal reclamación aquí contenida a la hora de abordar la reforma legal futura de la ciberseguridad nacional en España es que se vincule a una comprensión global e integral. Esto es, a una noción susceptible de proteger a un tiempo a la sociedad frente a las amenazas e ilícitos provenientes de todo el mundo y en todos los sectores de la actividad social de la seguridad nacional,

que constituye en definitiva un único, aunque poliédrico, bien jurídico a proteger. Esa demanda genérica se traduce en las aludidas dos exigencias simultáneas de multidisciplinariedad entre el Derecho y otras ciencias y saberes, y de interdisciplinariedad entre diferentes ramas jurídicas, que van más allá de la tradicional ampliación de la respuesta penal a la prevención administrativa, pasando por unas exigencias de agilidad procesal que difícilmente pueden ser solventadas con la óptica de un solo país. Veamos sucintamente estos tres aspectos y sus implicaciones antes de pasar a propuestas de reforma legal concreta.

La frecuente controversia sobre el bien jurídico a proteger no puede resolverse restrictivamente para vincularlo de manera exclusiva a la integridad del Estado y sus manifestaciones de soberanía. Esto es lo que frecuentemente ha venido sucediendo al contemplar los tipos penales de los delitos del título XXIII del Código Penal y del Título I del Libro II del Código Penal Militar, delitos todos ellos atinentes al espionaje o la traición, desde la rúbrica de la paz, la independencia y la defensa del Estado, que deviene en el Código Penal Militar también seguridad del Estado.

Por una parte, el bien jurídico a proteger no es exclusivamente el ciberespacio como dominio operativo de la seguridad. Por otra, tampoco pueden serlo exclusivamente parcelas como la paz o la independencia de España que, por relevantes que resulten individualmente, han de contemplarse conjuntamente como contexto del normal desenvolvimiento de la sociedad. Esta ha sido la consideración habitual al afrontar el relato de los bienes jurídicos considerados uno a uno en cada tipo penal del Título XXIII. Esta perspectiva meramente dogmática se revela insuficiente al atender al objeto final de la protección integral de España como Estado, es cierto, pero fundamentalmente de la sociedad española como comunidad activa escenario del ejercicio de los derechos fundamentales. Se entiende adecuadamente esta idea al considerar que el art. 17.1 C erige la dupla libertad/seguridad al unísono.

Cabe apuntar dos precisiones sobre la esencia del bien jurídico vulnerable. No lo puede ser todo el ciberespacio, dada la intangibilidad, especialmente a efectos de fronteras, y su inmensidad en contenidos, datos y acciones posibles.

Si esta fue la consideración inicial en momentos de menor extensión lógica del ciberespacio¹³, ya no es posible si sopesamos la inconmensurabilidad de los datos disponibles, los intercambios informáticos realizados cotidianamente y la ampliación de la capacidad de procesamiento mundial que crece exponencialmente. El aparente estancamiento de la famosa Ley de Moore sobre la duplicación cada dos años de la capacidad de los chips de los microprocesadores ya no es el problema; ni tampoco es el enfoque adecuado a escala global cuando se tiene en cuenta la interrelación entre minería de datos sectorizada, *big data*¹⁴, *blockchains*¹⁵, *Internet of Things* e Inteligencia Artificial¹⁶. Particularmente relevante es esta última dimensión, que amenaza con incorporarse mediante un potencial uso autónomo de ciberarmas por medio de programas automatizados sin la intervención humana¹⁷.

13 Jorge Alexandre González Hurtado, “Un nuevo bien jurídico protegido en el uso y disfrute de la tecnología: la seguridad en los sistemas de información”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.o 107 (2014): 4.

14 Iniciado como seguridad de los datos susceptibles de requerirse en la defensa nacional: González Hurtado; Manuel Navarro Ruiz, “La seguridad se convierte en el principal reto de Big Data”, *Byte España*, n.o 238 (2016): 8-9; José Francisco Aldana Montes et al., *Big data: seguridad y gobernanza* (Madrid: García Maroto Editores, 2018); Joan Gené Badia, Pedro Gallo, y Itziar de Lecuona Ramírez, “Big data y seguridad de la información”, *Atención primaria: Publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria* 50, n.o 1 (2018): 3-5. En la actualidad se desarrolla específicamente como big data aplicada a la seguridad nacional y la defensa: José Antonio Carrillo Ruiz et al., “Big data en los entornos de defensa y seguridad”, *Pre-bie3*, n.o 6 (2013); Jesús Alcantarilla, ““Big Data” en los departamentos de seguridad, una oportunidad para un nuevo modelo”, *Seguritecnia*, n.o 434 (2016): 48-49; Ricardo Malhado, “Big Data y sistemas cognitivos están cambiando el paradigma de seguridad”, *Red seguridad: revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, n.o 78 (2017): 42-44.

15 Antonio Requena Jiménez, “Blockchain como disrupción para aplicaciones de seguridad”, *Revista SIC: ciberseguridad, seguridad de la información y privacidad* 26, n.o 127 (2017): 114-16; Vicente Moret Millás, “Blockchain and National Security”, *Revista de privacidad y derecho digital* 5, n.o 18 (2020): 97-128.

16 Marc Valls Estefanell, “La inteligencia artificial y su encaje en las Estrategias de Seguridad Nacional”, *bie3: Boletín IEEE*, n.o 12 (2018): 472-85; Félix Arteaga Martín, “Contexto estratégico de la inteligencia artificial”, en *La inteligencia artificial, aplicada a la defensa*, 2019, 153-72; José Carlos de la Fuente Chacón, “La inteligencia artificial y su aplicación en el mundo militar”, en *La inteligencia artificial, aplicada a la defensa*, 2019, 69-98; Enrique Cubeiro Cabello, “Inteligencia artificial para la seguridad y defensa del ciberespacio”, en *Usos militares de la inteligencia artificial, la automatización y la robótica*, 2020, 97-130; Daniel (dir.) Terrón Santos y José Luis (dir.) Domínguez Álvarez, *Inteligencia artificial y defensa: nuevos horizontes* (Aranzadi Thomson Reuters, 2021).

17 Peter W Singer, “Ciberarmas y carreras de armamentos: un análisis”, *Vanguardia dossier*, n.o 54 (2015): 42-47; Jairo Eduardo Márquez Díaz, “Armas cibernéticas. Malware inteligente para ataques dirigidos”, *Revista Ingenierías USBMed* 8, n.o 2 (2017): 48-57.

Pero tampoco puede ser el bien a proteger cada ámbito social considerado individualmente. La seguridad nacional no ampara parcialmente la soberanía nacional, el ejercicio de derechos constitucionales, el funcionamiento de las instituciones, la economía, las finanzas, la distribución de energía, el medioambiente o cualesquiera otras actividades, sino a la sociedad que las disfruta.

Más inadecuada resulta una visión del bien jurídico transida de componentes puramente tecnológicos. No es posible trasladar al ámbito jurídico la concepción técnica estrecha de proteger confidencialidad + integridad + disponibilidad de las redes. Dado que es imposible en el momento actual limitar el crecimiento del ciberespacio hacia relaciones sociales y jurídicas antes no reguladas por el ordenamiento, los riesgos y amenazas consecuentes al incremento de las vulnerabilidades introducidas por esa ampliación tienen necesariamente que incorporarse al bien jurídico protegido.

La seguridad nacional integral (seguridad pública, seguridad ciudadana, seguridad militar, seguridad económica y ciberseguridad) compone un acervo plural e interrelacionado esencialmente, sobre el que se vuelca una atención global a un mosaico de entornos que el art. 10 Ley 32/2015 de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (LSN) denomina ámbitos de especial interés de la Seguridad Nacional, por ser básicos para preservar derechos y libertades y el suministro de bienes y servicios, entre los que destacadamente encontramos el ciberespacio. Este es, en puridad, el bien jurídico a proteger, en su infraestructura y en sus servicios, que es tanto como decir en su existencia física, lógica y en el eficaz funcionamiento operativo para la sociedad y las instituciones¹⁸. El modelo sería en el caso español el de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la Protección de las Infraestructuras Críticas (LPIC) con dos cambios relevantes: tendría que ser llevado desde las infraestructuras a los datos y servicios y desde sectores específicos a toda la seguridad nacional.

18 Edgar Iván Colina Ramírez, “La seguridad como bien jurídico”, *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, n.º 56 (2018): 41-60.

Fácilmente se comprenden las complejas implicaciones de esa visión esférica del bien jurídico a proteger al considerar que no son intercambiables las categorías de ciberincidente, ciberataque, ciberdelito y comisión por medios telemáticos de otros delitos, por supuesto, todos ellos proyectados exclusivamente sobre la seguridad nacional. Cuando se analiza de forma desagregada el total de incidencias registradas, estudiadas y clasificadas por Incibe y Centro Criptológico Nacional se percibe que los fenómenos a los que se refiere este artículo son únicamente ciberataques y delitos del título XXIII CP cometidos por medios telemáticos.

Frecuentemente la perspectiva dogmática ha llevado a erigir la precisión sobre el bien jurídico en el núcleo central sobre el que pivota toda seguridad. Así ha sido al configurar los ciberdelitos y así parece plantearse en estos momentos cualquier reforma que amplíe la protección en el ciberespacio. Este procedimiento que parte siempre del bien jurídico plantea, sin embargo, en la actual demanda social dos inconvenientes. Por una parte, es excesivamente tributario de una perspectiva penalista, que no rinde igual utilidad en la dimensión preventiva del Derecho Administrativo. Por otra, el desbordamiento de los límites conocidos que la tecnología posibilita en estos momentos alcanza también a esta cuestión, siendo difícil de puntualizar un solo bien jurídico a proteger cuando simultáneamente los ciberataques afectan a infraestructuras materiales, a servicios intangibles y a derechos relacionados con ambos.

Por todo ello, cuando se demandan simultáneamente multidisciplinariedad e interdisciplinariedad es precisamente para una adecuada protección integral del bien jurídico a proteger como un todo en sus implicaciones realistas en una sociedad abierta.

Partiendo de la especial consideración del ciberespacio como *locus delicti commisi*¹⁹ es necesario ampliar el enfoque jurídico para las reformas de otros

19 Puede verse a este respecto y en relación con las notas caracterizadoras antes expuestas para el ciberespacio de la Estrategia Nacional de Seguridad española, la clásica caracterización del ciberespacio como lugar de comisión del delito del Curtis E. Lemay Center en "Introduction to cyberspace operations" de 2011.

sectores del ordenamiento que se anuncian ya. Este artículo menciona algunas propuestas concretas *de lege ferenda* de cara a ese inmediato e imprescindible proceso y las elabora partiendo de la doble premisa epistémica en la preparación técnica de los anteproyectos de ley.

De un lado, multidisciplinariedad. No han sido infrecuentes las dudas incluso sobre la posibilidad de una cooperación multidisciplinar²⁰, ni las incomprendiones desde diversas Ciencias Sociales que han venido trabajando con la seguridad en el ciberespacio como objeto de estudio antes que el Derecho, ni tampoco los reproches respecto al papel que este último estaba llamado a desempeñar desde tiempo atrás y que está aún pendiente de desarrollo. Dadas las diversas perspectivas implicadas, no se trata tanto de desdibujar los límites entre disciplinas²¹ como de aproximar sus contenidos²².

Analizar el estado de la cuestión a este respecto permite apreciar la variedad de análisis concurrentes: politológicos, sociológicos, tecnológicos de ingeniería e informática, económicos, policiales y militares, que demandan una multidisciplinariedad horizontal y cooperativa²³. En definitiva, junto con el Derecho están llamadas a aportar puntos de vista complementarios principalmente la Ingeniería informática, la Ingeniería de las Telecomunicaciones y la Ciencia Política; la primera para las soluciones técnicas que afectan a los servicios, la gran asignatura pendiente en estos momentos; la segunda para la integridad de las redes, en lo que se ha avanzado notablemente en tiempo reciente; y la tercera para definir una auténtica política pública de la seguridad, en la que la ciberseguridad está llamada en lo inmediato a ocupar el espacio prevalente.

20 Minor E Salas, “Interdisciplinariedad de las ciencias sociales y jurídicas: ¿impostura intelectual o aspiración científica?”, *Revista de ciencias sociales*, n.o 113 (2006): 68.

21 Serena Baldin, “Diritto e interdisciplinarieta: note sulla integrazione metodologica con le altre scienze sociali”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.o 25 (2019).

22 Miguel Ángel Ciuro Caldani, “Reflexiones básicas sobre integrativismo e interdisciplina en el Derecho (un planteo interdisciplinario de la interdisciplina)”, *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, n.o 37 (2016): 61-85.

23 Antonio Barreto Rozo, “La interdisciplinariedad horizontal. Las formas económica, social, política y jurídica de construir realidades”, *Co-herencia: revista de humanidades* 13, n.o 24 (2016): 43-58.

De otro, junto a la multidisciplinariedad a la hora de abordar la redacción de los textos articulados y el conjunto de informes previos que han de dar forma en los primeros pasos del *iter* legislativo a los anteproyectos de ley, se postula aquí la necesidad de interdisciplinariedad jurídica. Particularmente porque existen unos límites prefijados tanto por el Derecho Constitucional como por el Derecho Internacional Público. Que disciplinas con objetos de estudio tan acreditados como los del Derecho Administrativo, del Derecho Penal y del Derecho Procesal estén llamadas a confluir en un mismo campo analítico demanda establecer previamente mecanismos de comunicación normativos. Y hacerlo pausada y consensuadamente, en lugar de mediante la habitual fórmula de las leyes ómnibus que tanta improvisación y aleatoriedad han introducido en algunos sectores del Derecho Administrativo, lo que proyectado sobre el ámbito penal no acarrearía sino desprotección y discrecionalidad de graves implicaciones constitucionales. Aunque se han dado los primeros pasos para incorporar en las normas sobre seguridad los puentes desde el mundo físico al lógico y se ha modulado conceptualmente cómo inciden en la naturaleza de los ilícitos²⁴ no se recoge enteramente el conjunto de exigencias que la visión holística incorporada en la LSN demanda.

Puede aducirse que la especial naturaleza de la norma penal requiere un encauzamiento ad hoc que impide la penetración de otras perspectivas jurídicas más laxas, que son las que en estos momentos trazan las conexiones y la delimitación entre la seguridad global, la seguridad pública y la seguridad nacional. En este artículo interesa particularmente la última, pero es imposible hoy acotarla de tal modo que no tenga intensas vinculaciones tutelares con una seguridad integral que abraza simultáneamente aspectos administrativos y penales.

España se incorporó tardíamente a la dotación de documentos doctrinales completos atinentes a la seguridad nacional, a la definición del interés nacional y a la actualización periódica de sus medios en atención a la revisión de las

24 Juan José González Rus, “Los ilícitos en la red (I): hackers, crackers, cyberpunks, sniffers, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes”, en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. (Granada: Comares, 2006), 241-71.

amenazas. Más tardíamente aún ha hecho las primeras adaptaciones legislativas al marco internacional, señaladamente al europeo, proceso que está en buena manera aún inconcluso. Es decir, que el Derecho ha ido muy por detrás de otras disciplinas, como las ciencias militares, las Relaciones Internacionales y las ingenierías informática y de telecomunicaciones al convertir el ciberespacio en un objeto de estudio consistente. Puede confiarse en que ese retraso relativo se compense en lo inmediato con una puesta al día decidida de los instrumentos jurídicos de protección de la sociedad en el entorno cibernético.

3. TRANSPOSICIÓN DEL ORDENAMIENTO COMUNITARIO Y PERSPECTIVA CRÍTICA DE LA NORMATIVA VIGENTE EN ESPAÑA

¿Es la queja sobre la insuficiencia y el desfase de la normativa española de ciberseguridad un lamento excesivamente subjetivo de los operadores jurídicos o existe algún indicio objetivable de dicho desacoplamiento entre realidad socioeconómica y norma jurídica? Dos parecen ser los más elocuentes.

En primer lugar, la tradicional espera del legislador español a la evolución en ordenamientos más dinámicos a estos efectos, señaladamente los anglosajones y el propio comunitario. Respecto a los primeros se aducen dos impedimentos principales para seguir su estela: la pertenencia a sistemas jurídicos tan diferentes que la importación directa de soluciones parciales suele ocasionar desajustes de segundo orden aún mayores, diferidos en el tiempo. Y que el parámetro de prevención absoluta se ha sobrelevado legislativamente sobre la protección de las libertades fundamentales y de las garantías procesales para su preservación, en nombre de una seguridad nacional omnimoda, especialmente en el caso norteamericano. Por tanto, es la diferencia entre el acervo comunitario en materia de ciberseguridad y la normativa española un criterio más cercano y ampliamente asumido sobre la necesidad genérica de introducir mejoras y la obligación específica de transposición de las novedades. El indiscutible ejemplo de la Directiva NIS es ejemplo suficiente para evitar mayores digresiones.

Por otra parte, existe un criterio objetivo interno, de tipo más cuantitativo, que permite apreciar claramente el desajuste entre el problema social y la respuesta jurídica en atención a diferentes clases de sanciones o condenas. Se ha mencionado el desfase entre ciberataques registrados y clasificados, investigaciones policiales, procedimientos judiciales penales abiertos y condenas. El porcentaje de incremento de las últimas es mucho menor que el alza relativa de los ciberataques, por lo que esa brecha, lejos de contenerse con más medios tecnológicos disponibles, se ha venido aumentando año a año. Debe tenerse presente que un porcentaje muy alto de los procedimientos judiciales y las condenas tienen que ver con los delitos contra el patrimonio, por lo que si se analizan los procedimientos instruidos por ciberataques contra la seguridad nacional, estos son prácticamente inexistentes y los incoados se refieren más a la integridad de las infraestructuras que a la prestación de servicios esenciales, por lo que sigue existiendo un sesgo, persistente en el caso español, más matizado en la directiva comunitaria, entre redes y datos. Por más que se hacen ingentes esfuerzos por acrecentar la denominada cultura de la ciberseguridad, se ha venido a aceptar generalizadamente una especie de relajación de la respuesta penal frente a graves ataques a un bien jurídico tan sensible como el de la seguridad nacional. La mejor manifestación de esta censurable tendencia es que ataques que hubieran merecido inmediata y contundente respuesta en el mundo físico -por ejemplo, el traspaso de las fronteras, el uso no autorizado del espacio aéreo o el ataque contra infraestructuras militares- se contemplan laxamente cuando se producen en el ciberespacio.

3.1. LA RESTRINGIDA PROTECCIÓN PENAL

Si bien para el Derecho Penal es posible contemplar el ciberespacio²⁵ en conjunto y no solamente a efectos del empleo de métodos de comisión telemáticos de los delitos, no se ha producido en el ámbito de la protección penal de la

25 Lorenzo Picotti, "Ciberespacio y Derecho penal", en *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, ed. Gonzalo Basso, vol. 2 (Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2019), 1191-1204.

seguridad nacional un esfuerzo de adaptación de las normas similar al que se ha operado para la seguridad pública. En este último se ha ido dando cabida en las más recientes reformas a la paulatina contemplación del uso de las nuevas tecnologías de la telecomunicación y las nuevas herramientas informáticas para la comisión dolosa de hechos típicos que estaban ya recogidos en el Código Penal y de nuevos ilícitos. Respecto de los primeros, la capa ciber utilizada para la comisión variaba parcialmente algunos elementos objetivos de los tipos penales, como se observa particularmente en el caso de estafas o apropiaciones indebidas; en relación con los segundos, el cambio de visión introducido por la Ley Orgánica 1/2015 parece un modelo adecuado, aunque insuficiente.

Consideremos como posibles ejemplos las novedades incluidas para los delitos de interceptación de las transmisiones de datos, los delitos informáticos relacionados con la propiedad intelectual e industrial y los de intrusión informática regulados en los artículos 197 bis, 197 ter, 197 quater, 197 quinquies y ss. y 270 y ss del CP. Todos ellos han incorporado una doble novedad: la existencia del ciberespacio como lugar de comisión de los delitos, y la imprescindible utilización de medios telemáticos en las modalidades de comisión más tecnificadas. Nada de esto está presente en el tenor literal del Código Penal ni del Código Penal Militar para los delitos relativos a la seguridad nacional. Si se atiende a la redacción de todos los artículos del título XXIII CP y se considera la traza histórica, sorprende negativamente la invariable literalidad de muchos de ellos desde el Código Penal de 1870, y aún para algunos desde el de 1848. En aras a la necesaria concisión no es posible detenerse en este momento en ellos, pero cuando se analizan los delitos de traición, espionaje, injerencia en la soberanía o revelación de secretos relativos a la Defensa Nacional, todos vinculados con la seguridad nacional, se aprecia que se sigue manteniendo hoy el concepto de infraestructuras esenciales para la seguridad que estaba plenamente vigente en los códigos decimonónicos. Si tenemos en cuenta que la incorporación de las últimas infraestructuras susceptibles de atacarse para debilitar la seguridad nacional eran los aeródromos, que se introdujeron en el Código Penal de 1928, en plena dictadura primorriverista, se comprende el desfase que impide relacionar perspectiva alguna de ciberseguridad con la seguridad nacional apreciada penalmente.

No hay únicamente inconvenientes de tipo dogmático. El mayor impedimento que cabe achacar a la ley penal para proporcionar una adecuada protección en el ciberespacio la seguridad nacional deriva principalmente de la distancia que se percibe entre los medios tecnológicos y la finalidad de política criminal que debería perseguir una normativa más actualizada y realista. Esta habría de ser la orientación que pudiera darse a una nueva redacción de los artículos de ese título XXIII CP para apreciar más adecuadamente la singularidad del elemento objetivo del tipo²⁶. Así pues, del mismo modo que se ha afirmado con carácter general, la perspectiva penal está particularmente necesitada de puentes interdisciplinarios²⁷ para una protección integral de la seguridad nacional. De forma particularmente intensa se proyecta aquí la insuficiencia hasta este momento en el paso de una visión dogmática a otra de política criminal más comprensiva y amplia, que acreciente el campo de protección que sociedades tan abiertas como la española plantean en estos momentos como desafío principal para los poderes públicos²⁸.

Con particular vinculación con la visión penal surgen las severas restricciones e inconvenientes derivados de las exigencias procesales y la inexistencia de normas de auténtica proyección internacional o transnacional, más allá de los tibios intentos hasta ahora impulsados por algunas organizaciones internacionales de ámbito territorial limitado y de escasa especialización temática.

3.2. PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA

Afortunadamente se ha superado ya un interés parcial del Derecho Administrativo que se relacionaba únicamente con una visión de la administración

²⁶ María Pilar Serrano Ferrer, *El reflejo de las nuevas tecnologías en el derecho penal y otros destellos* (Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2016), cap. 2 Internet como medio comisivo.

²⁷ Diana Patricia Arias Holguín, "Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal", en *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco* (Valencia: Valencia : Tirant lo Blanch, 2018), 49-62.

²⁸ Fernando Miró Llinares, *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 191-95.

militar²⁹. Si la defensa del sistema es reactiva en la perspectiva penalista, es más preventiva en el ordenamiento administrativo. Comenzando por la existencia de un abanico mayor de medidas que pueden ser implementadas para la protección de la seguridad nacional, y que van desde una doctrina constante, revisada y comparada con los países del entorno de seguridad y defensa europea y atlántica, hasta unas normas más precisas para la protección de infraestructuras y de servicios necesarios para el desarrollo normal de la vida, pasando por planes aprobados, homologados e implementados de forma rigurosa por las distintas autoridades intervinientes en la seguridad nacional. Además, esta pluralidad de mecanismos se aplica simultáneamente sobre las misiones militares, el trabajo policial y las operaciones de inteligencia.

Son tres los campos sobre los que se ha proyectado esta ampliación de la atención administrativista sobre la ciberseguridad nacional de naturaleza tuitiva. En todos ellos ha habido una primera preocupación en los Estados que han sufrido mayores quebrantos a la seguridad nacional en forma de terrorismo y espionaje, pero ese interés no se ha convertido en norma positiva hasta la intervención de las instancias comunitarias. En uno de tales campos con menor énfasis (la asignación de parámetros estratégicos vinculados con un ámbito de seguridad europeo como el fijado por la PESC), pero decididamente en los dos restantes (la regulación administrativa de las infraestructuras críticas y la normativa sobre integridad de las redes y sistemas).

Ya se ha abundado en la primera de esas líneas, que lleva a la fijación de estrategias de seguridad nacional compartibles para aquellos Estados que participan en dos mecanismos tan relevantes como Schengen, para la dimensión policial, y las misiones bajo paraguas UE, para la dimensión militar. En relación con este último aspecto se buscaba una mayor homogeneización de las decisiones estratégicas dentro de un marco jurídico más estable que el proporcionado para la OTAN por el *Manual de Tallin 2.0 sobre Derecho Internacional aplicable a las ciberoperaciones*, que sigue basado en el respeto a la soberanía estatal,

29 Juan Díaz del Río Durán, "La ciberseguridad en el ámbito militar", *Cuadernos de estrategia*, n.o 149 (2011): 215-56.

la diligencia debida, la no intervención como principio general porque se espera un correlato, el de la responsabilidad internacional de los Estados, que raramente se da en las confrontaciones híbridas actuales. Basta ver su definición de ciberataque como operación cibernética ofensiva o defensiva de la que se espera que pueda causar pérdidas de vidas humanas, lesiones a las personas y daños o destrucciones de bienes, para inferir su inadecuación por seguir siendo tan formalista y tan tributario de la visión del art. 49 del del *Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*.

Fruto de esa diferente mentalidad es la sucesiva aprobación de las estrategias de seguridad nacionales de España y de la aludida jurídicación en la LSN. Mejor aún, la aprobación de la Estrategia Nacional de Ciberseguridad por la Orden Ministerial PCI/487/2019, y el alineamiento de muy diferente normativa sectorial que incide en la ciberseguridad, como la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, o el Real Decreto que regula el esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la administración electrónica.

En el mismo sentido positivo ha de valorarse la creación del Sistema de Seguridad Nacional, del Departamento de Seguridad Nacional y del Consejo Nacional de Ciberseguridad como organismos de apoyo basados en la habilitación de la ya antigua Ley del Gobierno de 1997.

El segundo de los ejes mencionados se refiere a la transposición y ampliación en el ordenamiento administrativo español de la normativa de protección en el ciberespacio de las infraestructuras críticas, la Directiva 2008/114/CE del Consejo, de 8 de diciembre de 2008, sobre la identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y la evaluación de la necesidad de mejorar su protección. La Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas y el Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección de las infraestructuras críticas han conseguido el mayor grado de protección en las normas

administrativas, que debería ser modelo a seguir para cualquier regulación futura, puesto que se ha desarrollado un auténtico sistema con una Comisión Nacional para la Protección de las Infraestructuras Críticas creada en 2014 y que en los años sucesivos ha declarado sectores, operadores e infraestructuras, llevando un grado de ciberprotección muy avanzado.

La necesidad de establecer una gobernanza multinivel en relación con la seguridad nacional se percibe claramente en las infraestructuras críticas de titularidad pública que se refieren a servicios esenciales prestados en España a través de la administración de las Comunidades Autónomas y que requieren un complemento normativo a la legislación básica estatal a través de la legislación de desarrollo autonómico, como ocurre en materia de industria, gestión hospitalaria o transportes.

El tercero de esos ejes, también traspuesto a nuestro ordenamiento, es el relativo a la adaptación de la Directiva 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información o directiva NIS (*Network and information security*)³⁰. Indudablemente ha supuesto una mejora de la protección integral de la ciberseguridad³¹, pero aun así manifiesta una cierta insuficiencia de la protección de las redes e infraestructuras, incluso cuando se habla de los sistemas, porque tiene que abarcar además los datos y también la prestación de los servicios, sobre todo cuando se trata de la implementación de servicios públicos, que es lo que preocupa a los ciudadanos.

En este momento se procede por la Comisión Europea a la reevaluación de la directiva NIS³². El juicio que esta ha merecido en España ha puesto de manifiesto el desacoplamiento con otras normas españolas administrativas aplicables, como el Reglamento de Protección de Datos, mucho más que la falta de

30 Jesús Fernández Acevedo, "Directiva NIS y la transposición al derecho interno", en *Aspectos jurídicos de la ciberseguridad*, 2020, 91-101.

31 Vicente Moret Millás, "Aspectos relativos a la incorporación de la Directiva NIS al ordenamiento jurídico español", *bie3: Boletín IEEE*, n.º 5 (2017): 733-51.

32 Félix Arteaga Martín, "La evaluación y la revisión de la Directiva NIS: la Directiva NIS 2.0", *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, n.º 19 (2021).

apoyo para su implementación de las Administraciones Públicas españolas. La propia Comisión Europea reconoce el desfase de la normativa comunitaria como consecuencia del considerable aumento de la conectividad y del incremento de la digitalización, por lo que en estos momentos es prioritario incorporar en las normas españolas que hayan de adoptarse la regulación de las actividades de los proveedores de servicios digitales. Otro reto pendiente de definir fuera de las infraestructuras críticas se refiere al intercambio de información entre actores públicos y privados concesionales.

4. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Siendo parcial, insuficiente y en cierto modo obsoleta la regulación actual, se hace imprescindible acometer algunas reformas legislativas de gran calado y en los tiempos comprometidos políticamente. Estos parecen haberse alterado sustancialmente por los cambios de prioridades introducidos por la pandemia de Covid 19; pero resultaría un error aprovechar la ocasión para diferir la resolución de las disfunciones más graves ya detectadas y unánimemente criticadas por los operadores técnicos y jurídicos de la ciberseguridad. La intensificación de los ciberataques sufridos por usuarios domésticos y empresariales palidece ante la profundidad y la notoriedad mediática de los padecidos por el sector público estatal y autonómico durante las épocas de más severa restricción durante los sucesivos estados de alarma, como los ataques de *ransomware* sobre la red de hospitales públicos y la paralización de los servicios del Servicio Público de Empleo estatal pusieron de manifiesto descarnadamente. En este tiempo los ciberatacantes de toda condición, presumiblemente también aquellos que pueden servir a intereses de países ajenos a la esfera de libertades de la UE, no han cesado en su empeño por paralizar el normal desenvolvimiento de los servicios públicos esenciales e incluso por obstaculizar la operatividad de las fuerzas de seguridad. Por tanto, lejos de relajarse la necesidad de contar con un ordenamiento actualizado robusto, esta se encuentra en el punto más alto desde la multiplicación de los ataques sobre infraestructuras críticas.

Se apuntan catorce modificaciones de la actual regulación, que se agrupan, para una mejor comprensión de las sinergias buscadas y de las interacciones positivas necesarias, en sugerencias provenientes de necesidades exógenas, apuntes para la perfección de la protección administrativa de la ciberseguridad, propuestas de ampliación de la protección penal para los casos más graves de conculcación de los derechos individuales y de alteración de los servicios públicos, así como de brecha de la seguridad nacional y, finalmente, recomendaciones para mejorar la cooperación judicial en la persecución de los delitos cometidos en el ciberespacio desde países situados fuera del espacio Schengen, puesto que solucionar ese déficit se antoja en la actualidad imposible.

Las primeras derivan principalmente de la estrategia de política pública a adoptar por las autoridades nacionales españolas en consonancia con las exigencias de seguridad del contexto europeo. Los segundos de la adaptación a un perfeccionamiento creciente de la normativa supranacional de protección de los consumidores de servicios TIC y de las infraestructuras esenciales, especialmente en el ámbito comunitario. Las terceras de la obsolescencia del tenor literal del Código Penal al recoger los elementos objetivos, especialmente las conductas típicas, de los delitos contra la independencia del Estado y contra la Defensa Nacional. Las últimas de la imposibilidad de hacer avanzar los procedimientos judiciales por medio de imputaciones eficaces cuando las acciones iniciales de comisión de los delitos se han producido en territorios pertenecientes a Estados que no las persiguen por lagunas en su propia normativa o por simple dejadez, cuando no por abierta complicidad e incluso promoción de tales conductas por sus propios intereses estratégicos.

4.1. PROPUESTAS CON RENDIMIENTO PARCIALMENTE EXTRAJURÍDICO

El debate social y político condiciona enormemente las propuestas jurídicas, dado que el arsenal tecnológico actual posibilita acciones muy invasivas de los ciberatacantes que vulneran las libertades públicas, pero a la vez los instrumentos informáticos disponibles para los poderes públicos permitirían tanto anticiparse como contraatacar con riesgo cierto de extralimitación, por lo que el celo

en la defensa de los derechos individuales afectados por ciberataques no puede contrarrestarse por el uso ilimitado de la fuerza informática disponible para los aparatos policiales, militares y de inteligencia de los Estados de Derecho. En esta estrecha, débil y polémica franja se deben situar estas propuestas que desde lo jurídico limiten la amplia capacidad coactiva e intervencionista de la tecnología actual.

Las cuatro primeras propuestas de reforma normativa tienen por objeto aproximar interés nacional, planes estratégicos y regulación positiva. Se refieren: 1º) a la juridificación de los mecanismos de la seguridad nacional también en materia de ciberseguridad; 2º) la uniformización en normas positivas de la terminología necesaria para aplicar las normas penales subsumiendo situaciones fácticas en las que la tecnología es altamente especializada; 3º) favorecer en términos constitucionalmente irreprochables la capacidad preventiva que toda ley de seguridad demanda, máxime cuando están en juego varios de los derechos fundamentales que hacen reconocible nuestra sociedad como una democracia avanzada; 4º) acompasar la capacidad reactiva a los principios de legalidad y proporcionalidad, con la incidencia especial de la denominada legítima defensa anticipada en evitación de las últimas consecuencias de los ciberataques severos contra la seguridad interior del Estado.

La primera propuesta tiene que ver con la necesidad de adecuar la visión política al ordenamiento jurídico también a los efectos de la regulación de la ciberseguridad nacional. Debe constatarse la reluctancia mantenida desde los tiempos de la Transición hasta hoy a expresar en términos jurídicos las propuestas políticas sobre seguridad nacional. Basta considerar el lapso temporal entre las primeras formulaciones estratégicas de seguridad nacional y la aprobación de la Ley 32/2015 de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (LSN). Por un inconsistente poso histórico, las cuestiones relacionadas con la seguridad han preferido sustanciarse en la esfera de los documentos doctrinales y, en último caso, de la planificación pública, pero la dirección de los servicios policiales, de inteligencia, y en menor medida, militares, se han mostrado refractaria a la juridificación pormenorizada de estas cuestiones, probablemente por no querer atarse en la operativa práctica. En tal sentido, la LSN marca un camino adecuado

que no puede detenerse en este momento, sino profundizarse para darle mayor soporte a la Estrategia de Seguridad Nacional y a la Estrategia de Ciberseguridad Nacional. Las actualmente vigentes beben directamente en las fuentes de la LSN de 2015 y son respectivamente de 2017 y 2019.

Sería aconsejable que cuando toque su actualización, ya próxima, pudiera hacerse con mayor grado de exigibilidad coercitiva que el actual, que evitaría problemas como los vividos recientemente con la pandemia, pues no hay que olvidar que en la vigente Estrategia de Seguridad Nacional se consignan a la vez la vulnerabilidad del ciberespacio entre las amenazas y las pandemias entre los desafíos. Es de esperar que, si se produce un problema de seguridad cibernética de dimensiones tan importantes como el de la seguridad sanitaria reciente, no se tenga que recurrir a la improvisación de medidas como la declaración del estado de alarma, que tantas controversias constitucionales ha provocado. Dicho de otra forma, juridificar estas cuestiones permitiría, si es que llega el caso de su aplicación por un ciberataque crítico a escala masiva, una protección más incontrovertida de la seguridad nacional.

La segunda se relaciona con la construcción de un léxico especializado, absolutamente imprescindible para avanzar con seguridad jurídica en este momento, pues, en efecto, no deriva esta necesidad tanto de una adecuación técnica, sino de la necesidad de erradicación de la inseguridad jurídica al calificar conductas ilícitas. Sin embargo, no es precisamente el contenido jurídico el más problemático a la hora de forjar este vocabulario. Como en puridad tampoco es exclusivamente un problema de léxico, sino también de su significado. El avance técnico vertiginoso que ofrecen las nuevas tecnologías abre simultáneamente enormes posibilidades de comisión de ilícitos que se diferencian únicamente por los procedimientos de comisión en detalles mínimos.

Está indudablemente necesitada de actualización la Guía de Seguridad del Centro Criptológico Nacional CCN-STIC-401 que contiene el Glosario y Abreviaturas. Se trata de un documento pocas veces utilizado en el mundo técnico, por considerarlo parcialmente insuficiente y obsoleto, y menos aún en el mundo jurídico, por la elevada inclusión de aspectos propios de la ingeniería que se

escapan a una fácil comprensión de los profanos en esta materia. Sin embargo, es absolutamente crucial que desde ambos campos se hiciesen aportaciones significativas para su precisión. El objetivo no es primariamente mejorar la documentación aplicable, sino hacer comprensible a especialistas de ambas disciplinas las peculiaridades de significado de los términos utilizados cotidianamente.

La urgencia de esta mayor precisión se percibe claramente cuando se pasa del debate doctrinal a la reforma legal, particularmente la que está llamada a perfilar las respuestas más inmediatas del sistema ante los ciberataques y su análisis forense, momento en el que se revela con toda crudeza que técnicos y juristas no aluden a las mismas realidades con nombres semejantes, o incluso que carecen de algunos términos que sería importante precisar de cara a una exigencia de responsabilidades de contenido jurídico o económico. Urge, en consecuencia, vincular más estrechamente semántica y léxico, tarea que no corresponde a los lingüistas, sino a quienes hacen uso de ese vocabulario para identificar, clasificar, contrarrestar, reponer y auditar los ciberataques, que son en algunas de estas fases técnicos, y en la última, juristas. Lo que es una constante necesidad en el campo jurídico³³, se convierte en este caso, por la presencia decisiva de elementos tecnológicos, en una verdadera barrera para la protección del bien jurídico integral de la seguridad nacional.

Cualquier jurista que haya debido realizar una calificación de ciberataques, bien con carácter preventivo en el Derecho Administrativo, bien reactivamente en el Derecho Penal, se ha enfrentado a una maraña de siglas, neologismos y anglicismos que ha solventado a los técnicos la necesidad de invenciones de términos equivalentes en español, a la vez que ha incorporado inmediatamente las novedades surgidas en la esfera internacional del ciberespacio en la que se produce la práctica totalidad de los ciberincidentes, pero que dificultan en extremo su traslación al ámbito jurídico. Particularmente cuando se trata de aplicar esas palabras con el mecanicismo que requiere la acreditación procesal de un soporte

33 Rafael García Pérez, “¿Desde cuándo se cometen delitos?: relaciones entre léxico y sintaxis en la evolución histórica de la lengua del derecho penal”, en *Palabras, norma, discurso*, ed. Luis Santos Río (Salamanca: Universidad de Salamanca, 2005), 509-20.

probatorio tantas veces dificultado en el paso entre los términos tecnológicos y los conceptos jurídicos penales. La necesaria aplicación del principio de legalidad para las sanciones, tanto administrativas como penales, requiere ajustar necesariamente las definiciones y taxonomías de las conductas perseguibles en los ciberataques para poder subsumirlas en tipos penales que no deban ser aplicados por analogía, especialmente cuando se trata de distinguir entre autoría y participación. En este momento se está lejos de alcanzar un nivel óptimo en esas clasificaciones, en unas ocasiones porque la utilización indebida de la tecnología va tan rápido que no da tiempo a incorporar jurídicamente las nuevas formas comisivas y en otros casos porque hay una abierta contradicción entre la terminología técnica y la semántica jurídica, especialmente en lo que se refiere a la aceptación del riesgo (ver la implicación en la certificación de funciones de la *risk acceptance*) y la actuación responsable (en relación con la autoría el *privilege creep* por escalada no definida de privilegios).

La tercera reforma legislativa debería centrarse en el problema de la prevención, que a diferencia de otras esferas del ordenamiento penal resulta indispensable, pues inhabilitaría la protección real de la sociedad española esperar a la efectiva puesta en riesgo de la ciberseguridad nacional, no digamos ya con un nivel de afectación paralizante de las infraestructuras públicas críticas como la distribución de energía, la red hospitalaria o la distribución de alimentos.

Se trata de favorecer en términos constitucionalmente irreprochables la capacidad preventiva que toda ley de seguridad demanda, máxime cuando están en juego varios de los derechos fundamentales que hacen reconocible nuestra sociedad como una democracia avanzada. Estamos, por supuesto, muy lejos de los debates sociales y jurídicos apreciados en Estados Unidos con ocasión de la creación de Homeland Security en 2002 con la Administración Bush tras los ataques a las Torres Gemelas o de la asunción de capacidades de monitorización muy amplias por la NSA. El garantista sistema instaurado en España para el funcionamiento del CNI con supervisión judicial permanente de sus operaciones por la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, es indudablemente el modelo a seguir. Pero establecida una cautela como la contemplada en el art. 12 de la Ley

11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, efectuada a través del art. 342 bis LOPJ, nada impide el escrupuloso respeto a las libertades constitucionales también para las operaciones que requieran una cierta anticipación para evitar las consecuencias más nocivas de la efectiva producción de los resultados dañinos para la seguridad nacional. De ahí la conveniencia de eludir la generación de daños concretos que tantas veces se ha vinculado con la visión penalista. En materia de ciberseguridad nacional, contemplar las amenazas efectivas desde la producción de sus resultados acarrea irreparables perjuicios para el sistema de seguridad integral y puede que también incontables daños sociales al bien jurídico que, tal como se ha definido, requiere asimismo protección preventiva³⁴.

Sería posible de este modo una reorientación de política criminal preventiva que no incurriera en el trance de identificar la naturaleza de estos delitos exclusivamente con la producción de daños efectivos en la comisión telemática³⁵, sino que permitiera contemplar simultáneamente daños y riesgos³⁶.

Cuanto no ha podido avanzarse en el derecho preventivo, ha tratado de volcarse sobre el derecho retributivo, empezando por la capacidad para responder a los ciberataques y terminando por las sanciones y penas. Desde el punto de vista de las capacidades, los organismos públicos especializados en ciberdefensa cuentan con CERTs y CESIRTs, equipos de respuesta tanto policiales como militares, perfectamente preparados para cualquiera de estas eventualidades, ya sean amenazas, ya ciberataques.

Convendría acompasar la capacidad reactiva a los principios de legalidad y proporcionalidad, con la incidencia especial de la denominada legítima defensa anticipada. Pero es que si nos atenemos a la estricta aplicación de la *NATO AJP*

34 José Luis González Cussac, “Estrategias legales frente a las ciberamenazas”, *Cuadernos de estrategia del Ministerio de Defensa* 149 (2011): 85-127.

35 Mariana Noelia Solari Merlo, “El legislador penal ante la innovación tecnológica: los daños informáticos en el dilema entre la reflexión filosófica y la práctica jurídico científica”, en *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías: memorias [del] III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales, 17, 18 y 19 de junio de 2013*, ed. Fernando Pérez Álvarez (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2014), 201-17.

36 Edgar Iván Colina Ramírez, *Sobre la legitimación del derecho penal del riesgo* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2014), 119-35.

3-12 *Cyberspace operations* de 8 de junio de 2018 que sustituyó a la 3-20 *Joint doctrine for cyberspace operations*, y al *UE Concept on cyberdefence for EU-led military Operations and Missions*, revisado en abril de 2019, documentos ambos que vinculan a España, en la práctica la respuesta se produciría cuando los daños fuesen efectivos, graves y cuantiosos. Incluso para los tipos de ciberataques menos dañinos se estaría ante pasos indefectibles en el eje vulnerabilidad – riesgo – amenaza – ataque – que tendría a partir de ahí dos caminos: recuperación o respuesta.

¿Cuál es el que se debe privilegiar en las democracias occidentales? Antes de contestar convendría tener presentes algunas implicaciones de la visión conceptual rusa y la práctica de la *deziformatsiya*, la desinformación deliberada que, como han puesto de relieve los informes del Real Instituto Elcano, para una opinión pública sorprendida en España se emplea como método militar asimétrico e indirecto en la guerra híbrida, que tiene su antecedente en las denominadas “medidas activas” y se define como una acción cuyo fin es “desacreditar y debilitar a los oponentes y distorsionar su percepción de la realidad”. No se trata de simples *fake news* dispersas, sino de una estrategia deliberada y orquestada para distorsionar la percepción de la realidad, aprovechando las posibilidades de la posverdad. Comparar esa estrategia con las occidentales desvela la importancia de adecuar los mecanismos de respuesta por los que aquí se aboga, con la diferencia de que en el marco de la UE siempre se haría dentro de los límites constitucionales y del respeto a los derechos humanos que falta en la contraparte atacante. ¿Cuál va a ser la respuesta europea al proyecto Lakhta ruso y sus granjas de trolls: anticipación, contraataques, respuesta o simple recuperación?

4.2. PROPUESTAS CON RENDIMIENTO ADMINISTRATIVISTA

¿Es suficiente una perspectiva reactiva ante ciberataques crecientemente graves? Probablemente la respuesta venga mejor por la continuación de la senda ya emprendida de ampliación y adaptación de las normas antes relacionadas de naturaleza administrativa, que por una reforma del Código Penal que se antoja casi imposible en el actual clima parlamentario. Tres vías son aconsejables: 1º)

resolver el problema de la segmentación del bien jurídico integral de la seguridad nacional en microbienes tangibles -como la integridad territorial o el dominio físico de las infraestructuras- o sectoriales -como redes y datos-; 2º) la facilitación de los mecanismos de alerta temprana al incorporarse a planes necesarios por mandato legal; 3º) la posible ampliación del modelo de seguridad física y de ciberseguridad de las infraestructuras críticas.

Es el momento de acompasar la protección administrativa a lo que operadores públicos y usuarios entienden como ciberseguridad. Aquellos pueden ser titulares de infraestructuras, pero las poseen para garantizar la integridad del ciberespacio. Todos, unos y otros -a los que hay que sumar los operadores privados- quieren que la garantía sea del suministro de servicios, por lo que en torno a este debería girar cualquier futura ampliación de la denominada impropriadamente normativa de ciberseguridad, el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, que adaptó la Directiva NIS. El primer paso, reciente, pues se contiene en el Real Decreto 43/2021, de 26 de enero, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información, es adecuado, pero insuficiente a su vez. En buena medida se centra en el aspecto orgánico de las autoridades intervinientes. Otros dos contenidos, en cambio, avanzan en buena dirección: la supervisión y la comunicación de incidentes. Pero aquí se aboga por un cambio más profundo, que afecta incluso al nombre, y que denote que se va más allá de las redes y sistemas para centrarse en datos, servicios y usos.

En segundo lugar, es el momento de trasladar la buena práctica del establecimiento de mecanismos de alerta temprana desde los planes a las normas. Mientras se queden en los primeros, por mucho que se desarrollen, solo servirán voluntaristamente para considerar la interrelación entre prevención, anticipación y respuesta. Si pasasen a exigirse normativamente de manera generalizada se podría estandarizar sus contenidos, homologar mejor su implementación obligatoria, e incorporar a una respuesta inmediata que, sin duda, redundaría en una más eficaz contención y recuperación.

La puesta en marcha del SAT o Servicio de Alerta Temprana del CCN-CERT en 2008 buscaba incluso pasar de la detección rápida a la anticipación, con una identificación inmediata de anomalías en las dependencias administrativas. Existe, por tanto, una práctica de acción preventiva y correctiva que ha servido eficazmente a la mayor contención posible de las intrusiones. Se trata ahora de perfeccionarla, generalizarla y exigirla para cualquier operador cuyo trabajo condicione la seguridad nacional. La experiencia de SAT INET para identificar patrones de tipos de ataques y amenazas en el tráfico de datos y en los flujos de información dentro de los organismos de seguridad españoles, a modo de sonda individual que recolecta información y la filtra para evitar afecciones al sistema central es la pauta a generalizar. Para ello tiene que salir de la dimensión dispositiva de la planificación pública de los CERTS gubernamentales para incrustarse definitivamente en la obligatoria de las exigencias normativas.

La tercera propuesta tiene que ver con una mejor articulación entre regulación de la gestión y de la auditoría, una vez más con el modelo de ciberseguridad de las infraestructuras críticas. Se han ido sustituyendo progresivamente las prácticas de homologación que provenían de los planes de Protección Civil hacia las más específicas de certificación, propias del mundo de la ciberseguridad. El definitivo avance en la generalización de clasificaciones, terminología y métricas que requiere la norma procesal solo será enteramente útil si se alcanza este paso, al menos en los planes de contingencia y de recuperación en entornos OT (Operation Technology).

La auditoría no es solo del hardware y del software, sino de su rendimiento, vulnerabilidades, eventuales configuraciones mejoradas, ciberseguridad perimetral y otros aspectos operativos. Exista ya una Resolución de 27 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Seguridad de Auditoría de la Seguridad de los Sistemas de Información, aunque se trata de elevar su rango normativo si se quieren evitar sucesos como la grave afección del SEPE en marzo de 2021.

4.3. PROPUESTAS CON RENDIMIENTO PENALISTA

La enorme diferencia entre ataques en la red y procedimientos abiertos en el orden jurisdiccional penal demuestra la insustancialidad de la normativa vigente, a la vez que suscita un debate apenas sugerido hoy en sede parlamentaria sobre la ampliación de la ley penal: 1º) la inadecuación y obsolescencia de algunos elementos objetivos de los tipos actuales 2º) el debate sobre los tipos penales abiertos o cerrados en los delitos contra la seguridad nacional, la independencia del estado, la paz y la Defensa nacional; 3º) en qué medida se desdibuja el esquema de la autoría por los condicionantes de trazabilidad en delitos cometidos a larga distancia y por medios humanos y materiales interpuestos o mediatos.

La primera cuestión se refiere a la inadecuación de la regulación de determinadas conductas que impiden proporcionar certezas sobre la protección de la seguridad nacional comprometida en la proyección exterior del Estado por la presencia en foros y teatros de operaciones con normativas diferentes a la nuestra, o bajo mando directo de organizaciones internacionales con diferente ordenamiento jurídico rector de sus operaciones, y ello aunque existiera una autorización o mandato parlamentario en España.

Los delitos de espionaje³⁷, revelación de secretos y traición deberían ver variada su redacción profundamente para acoger las modalidades comisivas en el ciberespacio o con utilización de medios telemáticos, que varían significativamente la autoría. Es difícil imaginar una exfiltración de información contenida en papel en un momento en que se ha digitalizado desde la cartografía hasta las herramientas de ataque y defensa. Pero nuestro Código Penal sigue anclado en una redacción hecha cuando no existía siquiera la máquina de escribir.

¿Cómo delimitar supuestos muy frecuentes de coautoría y de autoría mediata en acciones que necesariamente requieren una acumulación de actos, si algunos de ellos están automatizados en la programación informática y no se

³⁷ Diego Navarro Bonilla, "Espionaje, seguridad nacional y relaciones internacionales", *Colección de estudios internacionales*, n.º 14 (2014): 1-45.

desarrollan con total conocimiento de los intervinientes en la ejecución? ¿Cómo modular el fundamento último de la punición del partícipe en estas modalidades de comisión telemática a larga distancia y con extraterritorialidad, especialmente en casos de accesoria cualitativa? ¿Cómo contemplar la cooperación necesaria, imprescindible, de los técnicos que habilitan redes, pero no lanzan el ciberataque? ¿Cómo acotar debidamente el *iter criminis* especial de estos delitos en el ciberespacio con una visión obsoleta de un derecho penal del enemigo que resulta inconciliable hoy con la capacidad tecnológica? No es lugar para detenerse en propuestas de redacción que corresponderán al legislador, oídos los expertos técnicos, pero sí de decir que no admite más dilación afrontar esta reforma, a la vista de los graves quebrantos para la seguridad nacional que algunos sonoros y mediáticos casos de filtraciones han ocasionado a nuestros aliados atlánticos.

Algunos de los episodios que a continuación se referirán de interferencia en el normal desenvolvimiento de los procesos democráticos electorales en los países europeos han tenido su origen en Rusia, incluso sin prejuzgar la eventual participación de algunos aparatos de inteligencia del Kremlin. Los que han conseguido un mayor impacto no lo han hecho penetrando las redes militares de España, Francia, Reino Unido, Italia o Alemania, sino agitando sus opiniones públicas ante acontecimientos puntuales que generaban enorme malestar. Se trata de procesos deliberadamente promovidos, que vistos desde las legislaciones nacionales penales de los países afectados resultaron claramente susceptibles de persecución por comisión dolosa de diversos ilícitos penales relacionados con la sedición, la independencia exterior del Estado por los delitos electorales y que habían sido perpetrados mediante una ingeniería social³⁸ todavía necesitada de regulación específica.

38 Javier Alonso García, *Derecho penal y redes sociales* (Madrid: Aranzadi, 2015); Jorge Eduardo Miceli, Omar Gabriel Orsi, y Nicolás Rodríguez García, *Análisis de redes sociales y sistema penal* (Tirant lo Blanch, 2017); Juan Periago Morant, "TICS y Redes Sociales en derecho penal: pensamiento analítico", en *IN-RED 2019: V Congreso de Innovación Educativa y Docencia en Red*, 2019, 488-501.

¿Demanda el ciberespacio y las modalidades comisivas telemáticas de las amenazas híbridas una mayor generalización de tipos penales abiertos? Este es un debate en curso que debería mantenerse en los estrictos términos jurídicos de delimitación de la autoría y no abrir inconvenientes contaminaciones políticas ante la posibilidad de variar algunos elementos objetivos en los delitos contra la seguridad nacional y la independencia del Estado. La presión de los operadores técnicos siempre apunta hacia la apertura de los tipos penales, lo que no es únicamente una preocupación relacionada con los delitos contra la seguridad nacional³⁹. No es esta, sin embargo, la línea apuntada en este artículo cuando se reclama una mayor juridificación de las estrategias de seguridad nacional, porque es tan delicado el conjunto de derechos que puede resultar afectado por la aplicación de las situaciones de interés para la seguridad nacional que contemplan los artículos 23 y 24 LSN, que se dificultaría el enjuiciamiento⁴⁰ de algunas conductas que se refieren más a la habilitación del substrato tecnológico utilizado para la comisión del delito, que a esta última.

4.4. PROPUESTAS CON RENDIMIENTO PROCESAL

Cuatro son las principales sugerencias en este apartado: 1º) un deseable mimetismo entre trazabilidad tecnológica y nexo causal de la imputación; 2º) un mejor tratamiento de las implicaciones de la transnacionalidad de algunas acciones delictivas; 3º) demandar una respuesta conjunta en el seno de la Unión Europea, en tanto que la seguridad nacional está igualmente comprometida en este ámbito, como reiteradamente ha considerado el Parlamento Europeo; 4º) perfeccionar la capacidad de auditoría forense exigida ahora por las normas administrativas y los planes públicos, de manera que pase de los contenidos

39 Ángel Torío López, “Tipicidad. Referencia a la teoría de los tipos abiertos”, en *Vinculación del juez a la ley penal*, ed. José Jiménez Villarejo (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995), 7-34.

40 Daniel Gustavo Gorra, “¿Los jueces crean derecho cuando “definen” los tipos penales abiertos?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7 (2014): 199-206.

técnicos a la conformación de soportes probatorios inatacables en los procedimientos penales.

En relación con la primera cuestión, en nuestro país y en el conjunto de la Unión Europea se ha constatado la enorme dificultad de acreditar fehacientemente un reparto de responsabilidades ante la comisión de ilícitos penales mediante un soporte probatorio suficiente como para prosperar la acusación en sede judicial⁴¹. Si tomamos los episodios más impactantes para el funcionamiento de las empresas en relación con los ciberdelitos contra el patrimonio esta es ya una dificultad notable, más por las implicaciones reputacionales que por verdaderas dificultades de averiguación, pues muchas grandes compañías, una vez solventada la brecha de seguridad de sus sistemas, prefieren afrontar pagos a las víctimas que promover la condena penal a los delincuentes para evitar noticias alarmantes sobre las vulnerabilidades de sus operaciones en el ciberespacio. Pero cuando se pasa de esa esfera a la de los delitos aquí analizados contra la seguridad nacional -quizás con la sola excepción del ciberterrorismo⁴²- asistimos a una auténtica incapacidad probatoria, bien sea por las dificultades de indagación de la autoría -sirva de ejemplo el ataque al SEPE de marzo de 2021- o porque se topa con una eventual responsabilidad de agentes que pudieran actuar por cuenta de terceros Estados que les confieren inmunidad -véase el episodio de la injerencia rusa a través de casi cinco mil bots en apoyo del desafío secesionista catalán entre el 29 de septiembre y el 19 de octubre de 2017-, ejemplos enormemente didácticos para comprender la verdadera naturaleza del reto al que España se enfrenta para garantizar la ciberseguridad nacional.

De ahí la relación con la segunda propuesta, que tiene que ver con las frustrantes cortapisas impuestas a la persecución, investigación y enjuiciamiento de los ciberataques contra la seguridad nacional cuando se producen desde el extranjero. Una vez más la injerencia rusa sirve para ejemplificar los problemas surgidos ante acciones que constituyen ilícitos penales de acuerdo con el Código

41 Sara Arrazola Ruiz, "La ciberdelincuencia como fenómeno jurídico. Su tratamiento procesal", *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, n.o 18 (2021): 371-402.

42 Vicente Pons Gamon, "Ciberterrorismo: amenaza a la seguridad. Respuesta operativa y legislativa, nacional e internacional" (UNED, 2018), 117-58.

Penal español y que pueden tener distinto tratamiento en otros Derechos a efectos de su persecución dentro de las fronteras de terceros Estados, con un tratamiento práctico muy distinto entre los delitos perseguibles de acuerdo a las normas del Derecho Penal Internacional y aquellos que no han adquirido un estatuto jurídico tan consolidado y son únicamente perseguibles a tenor de las legislaciones nacionales.

En los hechos más alarmantes fallan las previsiones construidas por el Derecho Internacional Público para otros escenarios, tangibles o intangibles pero abiertos y carentes del anonimato que caracteriza este⁴³. Basta considerar la doctrina internacionalista, más que la letra de los acuerdos internacionales y la escasa jurisprudencia disponible sobre los denominados “hechos del Estado” al reputar responsable a un Estado del comportamiento de individuos que actúan bajo instrucciones, dirección o control, puesto que en este caso es más probable que se dé ante la inacción y la deliberada inhibición u omisión de control del Estado que por mandato expreso.

Occidente constató mediante trazabilidad tecnológica inequívoca la procedencia rusa de los ataques sobre las elecciones presidenciales norteamericanas en 2016, las elecciones presidenciales francesas, las elecciones generales alemanas, la campaña electoral del Brexit y el desafío independentista catalán -injerencia rusa que fue analizada incluso en el Senado de los Estados Unidos-, todas estas últimas intervenciones promovidas por la agencia rusa IRA en 2017. Pero ante todos y cada uno de esos eventos la negativa a aceptar responsabilidades del gobierno ruso se amparaba no en su desconocimiento de tales hechos, sino la imposibilidad de monitorizarlos, como puso de manifiesto la tensa reunión entre los presidentes Putin y Macron en Versalles. Algo parecido constató España cuando el CERT Gubernamental intervino en el ciberataque de *ransomware* Netwalker evitando la encriptación maliciosa de las redes de hospitales públicos españoles en plena incidencia dura de la pandemia. En ambos casos

43 Martha Lliana Sánchez Lozano, *Los retos del derecho internacional humanitario para los conflictos armados en el ciberespacio* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018), cap. 4 Propuestas de solución para los retos planteados en conflictos armados en el ciberespacio.

saber de dónde proceden los ciberataques y poder llevar a cabo una imputación formal son cosas muy distintas.

Igual dificultad de aplicación práctica de los principios del Derecho Internacional Público plantea la definición para el uso de la fuerza en el ciberespacio de los tres conceptos clave de gravedad, inmediatez e intrusión, que darían lugar a un uso de la fuerza mediante respuesta de ciberarmas en caso de legítima defensa. E incluso en supuestos de inminencia, en los más controvertidos casos de legítima defensa anticipada que, por definición, en el ciberespacio se multiplicarían infinitamente dada la inmediatez entre la perpetración del ciberataque y sus consecuencias, a diferencia de lo que sucede en el mundo físico que requiere movimientos de grupos o tropas.

Finalmente, entre estas dificultades de aplicación de las previsiones del Derecho Internacional Público, resalta la imposibilidad de aplicación *stricto sensu* del principio de proporcionalidad como complemento al principio de necesidad, puesto que la asimetría de medios es parte inescindible de la guerra híbrida en el ciberespacio.

No son esos los únicos obstáculos procesales, porque se puede recordar igualmente la compleja determinación de la competencia jurisdiccional territorial penal, con enorme dificultad para precisar en relación con el artículo 14.2 LECr el lugar de comisión del delito cuando el ataque pasa por las redes y servidores de distintos países.

Existe ya una preocupación palpable de la Unión Europea que ha venido a completar la parcial visión de la OTAN⁴⁴, que contempla la seguridad desde la perspectiva militar. La imbricación de ese interés en la seguridad en una acción conjunta se ha beneficiado de un rápido cambio de mentalidad. Si fue evidente en la conformación de la Política Exterior y de Seguridad Común entre los tratados de Maastricht y Lisboa, está necesitada de mayor refuerzo tras los atentados yihadistas sufridos por una pluralidad de Estados miembros. Fruto de esa

44 Nestor Ganuza Artiles, "Situación de la ciberseguridad en el ámbito internacional y en la OTAN", *Cuadernos de estrategia*, n.º 149 (2011): 165-214.

ocupación existen incipientes mecanismos cooperativos⁴⁵, que están llamados a intensificarse, porque las amenazas en el ciberespacio están ocupando paulatinamente el lugar de las amenazas en el mundo físico.

No se puede cerrar esta enumeración de propuestas sin mencionar la conveniencia del desarrollo de la capacidad forense⁴⁶ y la auditoría: camino emprendido desde la técnica al Derecho. Se trata de perfeccionar la capacidad de auditoría forense para permitir imputaciones con suficiente soporte probatorio⁴⁷. Este es en la actualidad el principal obstáculo al que se enfrenta la persecución de los delitos con eficacia preventiva, por ejemplarizante. Cuando las averiguaciones policiales revelan que el origen del ciberdelito está en España, los procedimientos judiciales son los habituales, con una gran continuidad entre la investigación policial, la instrucción, el enjuiciamiento y la eventual condena. Aunque siempre es deseable una mejor dotación de medios humanos y materiales, no parece que el escollo se encuentre en la formación y dotación de unidades especializadas en delitos telemáticos, también contra la seguridad, en los cuerpos policiales integrales (la Brigada de Investigación Tecnológica del Cuerpo Nacional de Policía, el Grupo de Delitos Telemáticos de la UCO y el Grupo de Ciberinteligencia y Ciberterrorismo de la Guardia Civil, la Unidad de Ciberseguridad Policial de los Mossos d'Esquadra y la Sección Central de Delitos en Tecnologías de la Información de la Ertzaintza). No obstante, a diferencia de lo que sucede en los ciberdelitos contra el patrimonio, los delitos cometidos en el ciberespacio contra la seguridad y la Defensa Nacional suelen tener origen territorial fuera de las fronteras nacionales, habitualmente en países con escasa cultura e instrumentos obligatorios de cooperación judicial internacional.

45 Antonio Manrique de Luna Barrios, "El rol de la Unión Europea en el ámbito de la paz y de la seguridad regional e internacional", en *Retos del Derecho ante las nuevas amenazas*, ed. Susana de Tomás Morales (Madrid: Dykinson, 2016), 387-96.

46 Andres Caro Lindo, "Reto en ciberseguridad: análisis forense de discos", en *Actas de las primeras Jornadas Nacionales de Investigación en Ciberseguridad: León, 14, 15, 16 de septiembre de 2015. I JNIC2015* (León: Área de Publicaciones Universidad de León, 2015), 148-55.

47 Andrés Sánchez Magro, "El ciberdelito y sus implicaciones procesales", en *Principios de derecho de internet* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 293-324; Ignacio Flores Prada, *Criminalidad informática: (aspectos sustantivos y procesales)* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012); Moisés Barrio Andrés, *Delitos 2.0: Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos* (Madrid: Wolters Kluwer, 2018).

Aunque el Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia de 23 de noviembre de 2001, ratificado por España en 2010, constituyó un hito importante en la cooperación internacional en la persecución de los delitos tecnológicos⁴⁸, ha quedado parcialmente desfasado y después de dos décadas muestra su absoluta inadecuación para los niveles de ataques y conectividad actuales. Se impone una actualización para mejorar la investigación⁴⁹ en la fase de instrucción que facilite las vistas.

5. CONCLUSIONES

Expuestas las razones que parecen abonar una modificación importante en varias direcciones de las normas vigentes en materia de ciberseguridad, e incluso su extensión más allá de los límites actuales, corresponde apuntar sucintamente las principales conclusiones que hilan estas reflexiones, sin necesidad de enumerar de nuevo las medidas desgranadas en el apartado anterior.

La primera es la constatación del desfase normativo por obsolescencia de la regulación pensada para instrumentos tecnológicos menos maduros e invasivos que los actuales. Los cambios del tenor literal de los artículos del Código Penal obedecían tradicionalmente a razones dogmáticas, mientras que aquí parecen venir aconsejados por motivos de política criminal. No se trata de buscar una mayor punición, sino una mejor definición de los elementos objetivos del tipo penal, precisando particularmente las conductas dolosas con una pluralidad de intervinientes y una sucesión de actos de ejecución. Respecto a la normativa administrativa, se aprecia una mayor actualización constante, por lo que se trata

48 Andrés Díaz Gómez, “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, n.º 8 (2010): 169-203; Francisco Jiménez García, “La ciberseguridad en el marco internacional. El sistema del Convenio de Budapest de 2001 sobre la ciberdelincuencia adoptado en el Consejo de Europa”, en *La protección y seguridad de la persona en internet: aspectos sociales y jurídicos* (Madrid : Reus, 2014, 2014), 49-79.

49 José María Asencio Gallego, “Los delitos informáticos y las medidas de investigación y obtención de pruebas en el convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia”, en *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 44-67.

únicamente de incluir mecanismos de anticipación a la producción efectiva de daños graves a la seguridad nacional.

La segunda es la necesidad de evitar una compartimentación perniciosa como la actual, lo que solo se logrará mediante soluciones jurídicas interdisciplinarias que pretendan una eficacia mayor de la persecución penal de los delitos y de la investigación policial en los casos de mayor afección de la extraterritorialidad y el anonimato proporcionados por el ciberespacio. Para ello deben intensificarse los puentes entre la perspectiva procesal, la norma penal y el sustrato administrativo y tecnológico.

La tercera es la necesidad de proyectar la amplitud normativa de la Ley de Seguridad Nacional sobre los próximos cambios. Su mayor flexibilidad para acoger esos acercamientos interdisciplinarios jurídicos puede informar eficientemente las reformas legislativas simultáneas que en el futuro inmediato agilicen los mecanismos de resiliencia y recuperación frente a ciberataques graves a la ciberseguridad nacional respecto a alguna normativa administrativa, al Código Penal y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La cuarta es la conveniencia de acometer algunas de las reformas propuestas en este artículo en un razonable y corto plazo, dentro de la presente legislatura estatal las más urgentes, aprovechando la necesidad de transponer las oportunas modificaciones que se introduzcan en la normativa comunitaria que puedan afectar a las herramientas utilizadas en el ciberespacio y que tienen connotaciones de ciberseguridad, que indefectiblemente terminan por afectar a la seguridad nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcantarilla, Jesús. “«Big Data»” en los departamentos de seguridad, una oportunidad para un nuevo modelo”. *Seguritecnia*, n.º 434 (2016): 48-49.
- Aldana Montes, José Francisco, José Manuel García Nieto, Juan Carlos Gonzalvez, y Ismael Navas Delgado. *Big data: seguridad y gobernanza*. Madrid: García Maroto Editores, 2018.

- Alonso García, Javier. *Derecho penal y redes sociales*. Madrid: Aranzadi, 2015.
- Álvarez Rodríguez, Ignacio. “Constitución y Derecho del Ciberespacio”. En *Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante*, editado por Covadonga Mallada Fernández, 21-46. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2019.
- Arias Holguín, Diana Patricia. “Contexto, interdisciplinariedad y dogmática penal”. En *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, 49-62. Valencia: Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Arazola Ruiz, Sara. “La ciberdelincuencia como fenómeno jurídico. Su tratamiento procesal”. *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, n.º 18 (2021): 371-402.
- Arteaga Martín, Félix. “Contexto estratégico de la inteligencia artificial”. En *La inteligencia artificial, aplicada a la defensa*, 153-72, 2019.
- Arteaga Martín, Félix. “La evaluación y la revisión de la Directiva NIS: la Directiva NIS 2.0”. *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)*, n.º 19 (2021).
- Asencio Gallego, José María. “Los delitos informáticos y las medidas de investigación y obtención de pruebas en el convenio de Budapest sobre la ciberdelincuencia”. En *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*, 44-67. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Baldin, Serena. “Diritto e interdisciplinarieta: note sulla integrazione metodologica con le altre scienze sociali”. *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 25 (2019).
- Barreto Roza, Antonio. “La interdisciplinariedad horizontal. Las formas económica, social, política y jurídica de construir realidades”. *Co-herencia: revista de humanidades* 13, n.º 24 (2016): 43-58.
- Barrio Andrés, Moisés. *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio*. Madrid: Reus, 2017.
- Barrio Andrés, Moisés. *Delitos 2.0: Aspectos penales, procesales y de seguridad de los ciberdelitos*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.
- Caro Bejarano, María José. “Alcance y ámbito de la seguridad nacional en el ciberespacio”. *Cuadernos de estrategia*, n.º 149 (2011): 47-82.
- Caro Lindo, Andres. “Reto en ciberseguridad: análisis forense de discos”. En *Actas de las primeras Jornadas Nacionales de Investigación en Ciberseguridad: León, 14, 15, 16 de septiembre de 2015. I JNIC2015*, 148-55. León: Área de Publicaciones Universidad de León, 2015.
- Carrillo Ruiz, José Antonio, Jesús Marco de Lucas, Juan Carlos Dueñas López, Fernando Cases Vega, José Cristino Fernández, Guillermo González Muñoz De Morales, y Luis Fernando Pereda Laredo. “Big data en los entornos de defensa y seguridad”. *Pre-biez*,

- n.º 6 (2013).
- Ciuro Caldani, Miguel Ángel. “Reflexiones básicas sobre integrativismo e interdisciplina en el Derecho (un planteo interdisciplinario de la interdisciplina)”. *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, n.º 37 (2016): 61-85.
- Colina Ramírez, Edgar Iván. “La seguridad como bien jurídico”. *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, n.º 56 (2018): 41-60.
- Colina Ramírez, Edgar Iván. *Sobre la legitimación del derecho penal del riesgo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2014.
- Cubeiro Cabello, Enrique. “Inteligencia artificial para la seguridad y defensa del ciberespacio”. En *Usos militares de la inteligencia artificial, la automatización y la robótica*, 97-130, 2020.
- Díaz del Río Durán, Juan. “La ciberseguridad en el ámbito militar”. *Cuadernos de estrategia*, n.º 149 (2011): 215-56.
- Díaz Gómez, Andrés. “El delito informático, su problemática y la cooperación internacional como paradigma de su solución: El Convenio de Budapest”. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, n.º 8 (2010): 169-203.
- Fernández Acevedo, Jesús. “Directiva NIS y la transposición al derecho interno”. En *Aspectos jurídicos de la ciberseguridad*, 91-101, 2020.
- Fernández Bermejo, Daniel, y Gorgonio Martínez Atienza. *Ciberseguridad, ciberespacio y ciberdelincuencia*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2018.
- Flores Prada, Ignacio. *Criminalidad informática: (aspectos sustantivos y procesales)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Fuente Chacón, José Carlos de la. “La inteligencia artificial y su aplicación en el mundo militar”. En *La inteligencia artificial, aplicada a la defensa*, 69-98, 2019.
- Galán, Carlos. “El derecho a la ciberseguridad”. En *Sociedad Digital y Derecho*, editado por Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo y José Luis Piñar Mañas, 573-90. Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.
- Ganuza Artilles, Nestor. “Situación de la ciberseguridad en el ámbito internacional y en la OTAN”. *Cuadernos de estrategia*, n.º 149 (2011): 165-214.
- García Pérez, Rafael. “¿Desde cuándo se cometen delitos?: relaciones entre léxico y sintaxis en la evolución histórica de la lengua del derecho penal”. En *Palabras, norma, discurso*, editado por Luis Santos Río, 509-20. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2005.
- Gené Badia, Joan, Pedro Gallo, y Itziar de Lecuona Ramírez. “Big data y seguridad de la información”. *Atención primaria: Publicación oficial de la Sociedad Española de Familia y Comunitaria* 50, n.º 1 (2018): 3-5.

- Gómez de Ágreda, Ángel. “Ciberseguridad en un mundo hiperconectado”. En *Ciberseguridad. Un nuevo reto para el Estado y los gobiernos locales*, editado por Dolors Canals i Ametller, 29-62. Madrid: Wolters Kluwer, 2021.
- González Cussac, José Luis. “Estrategias legales frente a las ciberamenazas”. *Cuadernos de estrategia del Ministerio de Defensa* 149 (2011): 85-127.
- González Hurtado, Jorge Alexandre. “Un nuevo bien jurídico protegido en el uso y disfrute de la tecnología: la seguridad en los sistemas de información”. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 107 (2014): 4.
- González Rus, Juan José. “Los ilícitos en la red (I): hackers, crackers, cyberpunks, sniffers, denegación de servicio y otros comportamientos semejantes”. En *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales.*, 241-71. Granada: Comares, 2006.
- Gorra, Daniel Gustavo. “¿Los jueces crean derecho cuando “definen” los tipos penales abiertos?” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 7 (2014): 199-206.
- Gutiérrez Espada, Cesáreo. “¿Existe (ya) un derecho aplicable a las actividades en el ciberespacio?” En *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas autónomas y ciberespacio*, editado por María José Cervell Hortal, 225-48. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.
- Jiménez García, Francisco. “La ciberseguridad en el marco internacional. El sistema del Convenio de Budapest de 2001 sobre la ciberdelincuencia adoptado en el Consejo de Europa”. En *La protección y seguridad de la persona en internet: aspectos sociales y jurídicos*, 49-79. Madrid: Reus, 2014, 2014.
- Malhado, Ricardo. “Big Data y sistemas cognitivos están cambiando el paradigma de seguridad”. *Red seguridad: revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, n.º 78 (2017): 42-44.
- Manrique de Luna Barrios, Antonio. “El rol de la Unión Europea en el ámbito de la paz y de la seguridad regional e internacional”. En *Retos del Derecho ante las nuevas amenazas*, editado por Susana de Tomás Morales, 387-96. Madrid: Dykinson, 2016.
- Márquez Díaz, Jairo Eduardo. “Armas cibernéticas. Malware inteligente para ataques dirigidos”. *Revista Ingenierías USBMed* 8, n.º 2 (2017): 48-57.
- Miceli, Jorge Eduardo, Omar Gabriel Orsi, y Nicolás Rodríguez García. *Análisis de redes sociales y sistema penal*. Tirant lo Blanch, 2017.
- Miró Linares, Fernando. *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Moret Millás, Vicente. “Aspectos relativos a la incorporación de la Directiva NIS al ordenamiento jurídico español”. *bie3: Boletín IEEE*, n.º 5 (2017): 733-51.
- Moret Millás, Vicente. “Blockchain and National Security”. *Revista de privacidad y*

- derecho digital* 5, n.º 18 (2020): 97-128.
- Navarro Bonilla, Diego. “Espionaje, seguridad nacional y relaciones internacionales”. *Colección de estudios internacionales*, n.º 14 (2014): 1-45. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=6509142>.
- Navarro Ruiz, Manuel. “La seguridad se convierte en el principal reto de Big Data”. *Byte España*, n.º 238 (2016): 8-9.
- Periago Morant, Juan. “TICS y Redes Sociales en derecho penal: pensamiento analítico”. En *IN-RED 2019: V Congreso de Innovación Educativa y Docencia en Red*, 488-501, 2019.
- Picotti, Lorenzo. “Ciberespacio y Derecho penal”. En *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, editado por Gonzalo Basso, 2:1191-1204. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 2019.
- Pons Gamon, Vicente. “Ciberterrorismo: amenaza a la seguridad. Respuesta operativa y legislativa, nacional e internacional”. UNED, 2018.
- Requena Jiménez, Antonio. “Blockchain como disrupción para aplicaciones de seguridad”. *Revista SIC: ciberseguridad, seguridad de la información y privacidad* 26, n.º 127 (2017): 114-16.
- Salas, Minor E. “Interdisciplinarietà de las ciencias sociales y jurídicas: ¿impostura intelectual o aspiración científica?” *Revista de ciencias sociales*, n.º 113 (2006): 55-69.
- Sánchez Hidalgo, Adolfo Jorge. *Epistemología y metodología jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Sánchez Lozano, Martha Lliana. *Los retos del derecho internacional humanitario para los conflictos armados en el ciberespacio*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2018.
- Sánchez Magro, Andrés. “El ciberdelito y sus implicaciones procesales”. En *Principios de derecho de internet*, 293-324. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- Serrano Ferrer, María Pilar. *El reflejo de las nuevas tecnologías en el derecho penal y otros destellos*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters, 2016.
- Singer, Peter W. “Ciberarmas y carreras de armamentos: un análisis”. *Vanguardia dossier*, n.º 54 (2015): 42-47.
- Solari Merlo, Mariana Noelia. “El legislador penal ante la innovación tecnológica: los daños informáticos en el dilema entre la reflexión filosófica y la práctica jurídico científica”. En *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías: memorias [del] III Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales, 17, 18 y 19 de junio de 2013*, editado por Fernando Pérez Álvarez, 201-17. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2014.
- Souto, Claudio. “La ficción de la autosuficiencia en los saberes jurídicos fundamentales”.

- Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 3 (1986): 149-57.
- Suñé Llinas, Emilio. “Del derecho de la informática al derecho del ciberespacio y a la constitución del ciberespacio”. *Estudios jurídicos 2007* (2007).
- Tejerina Rodríguez, Ofelia. “Seguridad pública en el mundo digital”. En *Sociedad Digital y Derecho*, editado por Tomás de la Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo y José Luis Piñar Mañas, 553-72. Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018.
- Terrón Santos, Daniel (dir.), y José Luis (dir.) Domínguez Álvarez. *Inteligencia artificial y defensa: nuevos horizontes*. Aranzadi Thomson Reuters, 2021.
- Torío López, Ángel. “Tipicidad. Referencia a la teoría de los tipos abiertos”. En *Vinculación del juez a la ley penal*, editado por José Jiménez Villarejo, 7-34. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- Valls Estefanell, Marc. “La inteligencia artificial y su encaje en las Estrategias de Seguridad Nacional”. *bie3: Boletín IEEE*, n.º 12 (2018): 472-85.

EDUARDO FERNÁNDEZ GARCÍA
Área de Historia del Derecho y de las Instituciones
Facultad de Criminología
Universidad Isabel I. Burgos
eduardo.fernandez.garcia@ui1.es
<https://orcid.org/0000-0002-9225-1071>



LA APORÍA DE LA JURIDICIDAD GLOBAL:
HACIA UN RELATIVISMO UNÍVOCO DEL DERECHO

*THE APORIA OF GLOBAL LEGALITY:
TOWARDS AN UNIVOCAL RELATIVISM OF LAW*

FRANCISCO DE BORJA GALLEGO PÉREZ DE SEVILLA¹

Centro de Estudios Universitarios Cardenal Cisneros

Centro de Estudios Universitarios (CEDEU)

Recibido: 12/11/2021 Aceptado: 28/12/2021

RESUMEN

En el contexto de un mundo post-secular y globalizado, el derecho subjetivo emerge como una categoría unívoca para definir y reescribir el concepto de lo total bajo el pensamiento universalista que, asistido por las nuevas tecnologías como principal instrumento de difusión, ha experimentado un vertiginoso proceso de imposición a todos los órdenes de la vida. El siguiente trabajo tiene por objeto analizar la aparentemente contradictoria relación entre la equivocidad del voluntarismo que subyace al derecho subjetivo y su posterior pero inevitable transformación en una categoría absoluta de

1 Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad San Pablo CEU y doctor Cum Laude en Filosofía del Derecho por la UNED. Actualmente alterna su labor docente en el CES Cardenal Cisneros y en el Centro de Estudios Universitarios (CEDEU), adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Además, forma parte del grupo de investigación "Fundamentos histórico-filosóficos de la ciudadanía jurídica", asociado al Departamento de Filosofía Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid, donde también imparte clases como colaborador honorífico. Ha participado en numerosos congresos y seminarios relacionados con la filosofía política y jurídica, así como también ha publicado artículos de rigor científico en diferentes revistas de este campo.

pensamiento con pretensión de objetividad, haciendo del derecho un mero instrumento para la satisfacción del capricho individual y del querer privado, al tiempo que se formaliza dentro de una lógica unívoca mediante el fenómeno filosófico-teológico de la imputación. Será por tanto interés de este estudio ofrecer una respuesta desde lo analógico propia del derecho para tratar de devolver el sentido ontológico al mismo.

Palabras clave: Equivocismo, univocismo, voluntarismo, imputación, juridicidad, analogía.

ABSTRACT

In the context of a post-secular and globalized world, subjective right emerges as a univocal category to define and rewrite the concept of the total under the universalist thought that, assisted by new technologies as its main instrument of diffusion, has undergone a vertiginous process of imposition to all orders of life. The following paper aims to analyze the apparently contradictory relationship between the equivocality of voluntarism underlying subjective law and its subsequent but inevitable transformation into an absolute category of thought with a claim to objectivity, making law a mere instrument for the satisfaction of individual whim and private will, while formalizing it within a univocal logic by means of the philosophical-theological phenomenon of imputation. It will therefore be in the interest of this study to offer a response from the analogicity of law itself in order to try to restore its ontological meaning.

Keywords: Equivocism, univocism, voluntarism, imputation, juridicity, analogy.

Sumario: 1. *Introducción a la problemática.* 2. *La encrucijada unívoco-equívoca.* 3. *La violencia inmanente del subjetivismo jurídico.* 4. *el redescubrimiento ontológico-analógico del Derecho.* 5. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

El hodierno panorama de una noción del derecho cada vez más diluido en la totalidad de un mundo globalizado –de ahí precisamente la aproximación del pensamiento universalista a la idea de lo total, probablemente y hasta ahora el intento más exitoso de acercarse al concepto siempre abstracto y siempre

distante de lo absoluto-, constituye la quintaesencia del problema tan típicamente moderno entre el relativismo propio de un derecho volátil y su constante necesidad de ser objetivado por una voluntad o causa eficiente que lo formalice en última instancia. Las nuevas tecnologías, el telón de fondo de todo este asunto que rodea a la globalización y al rápido impulso ideológico de las democracias occidentales, por medio de su volatilidad, inmediatez y su facilidad para la hiper-conexión entre individuos aislados que se arrojan ciegamente como un fulgor al desnortado maremágnum de la sociedad global –definida irónicamente por su inextricable individualismo-, han generado no obstante nuevas categorías de pensamiento –relativistas, pero a la vez unívocas, como voy a pretender demostrar en este texto- que afectan directamente a la concepción de lo jurídico.

Una concepción que ha sido, por medio de esta “deconstrucción” nominalista propia de un mundo que se reinventa a sí mismo constantemente, autofagocitándose –siendo esta la indefectible dinámica del consumismo capitalista en tanto proclamación constante de lo nuevo frente a lo vetusto y obsoleto, que se auto-liquida al perder cualquier valor intrínseco-; desustantivada, vaciada o evacuada de todo contenido o referencia ontológica. El desplazamiento del fundamento ontológico del derecho a nuevas categorías subjetivistas radicadas en la mera interpretación equívoca del mismo coincide precisamente en este sentido con el necesario movimiento de la sociedad global-digital en torno al progreso, un mítico político por excelencia en la Modernidad y de forma todavía más enconada en la postmodernidad, que no es otra cosa que una prórroga hipertrofiada de los mismos presupuestos voluntaristas, incluida la necesidad de una causa eficiente que impute el derecho a capricho.

El Derecho solo progresa, aparentemente, y a la luz de este nuevo entendimiento de lo jurídico como algo totalmente maleable, a rebufo de las transformaciones tecnológicas, en la medida en la que se adapta al constante cambio que exige el vertiginoso proceso técnico-industrial –diría Schmitt-; ahora actualizado en este sistema virtual, todavía más etéreo, efímero y estéril que el contexto de progreso técnico-industrial que describía el jurista de Pletenberg.

El Derecho opera ahora bajo la servidumbre de esta sociedad de masas universal, atomizada y atomizante, neutral y neutralizadora –pues se basa en la técnica, y la técnica, algo que también Schmitt, y en el mismo sentido que lo anterior, supo analizar con la brillantez que le caracterizaba- tiene por función natural eliminar toda característica peculiar e identitaria, pues tiende hacia la homogeneización de las cosas a través del uso, para todos igual, de la misma. La paradoja que subyace a esta concepción equívoca del derecho –pues como sostengo se diluye en el relativismo de la sociedad global, que carece de fundamento, incluso de fundamento antropológico porque ya ni tan siquiera se basa en el individuo, sino en la mera posibilidad del individuo-, es que, al tiempo que busca neutralizar la diferencia, parece también querer sacralizarla en la medida que esta sirve como consagración del derecho subjetivo, y por lo tanto, equívoco.

Aquí radica, al menos, una de las aporías que justifican la rúbrica de este texto: en primer lugar, que la sociedad global, por su dinamismo, encabezado por el mundo digital, tiende a la uniformización de las cosas. Esto sucede en la medida en la que el creciente uso de las tecnologías ha copado la vida diaria de las personas hasta un límite donde es difícil encontrar verdaderas diferencias sociales. Esto no significa que las nuevas tecnologías hayan erosionado la brecha social, pero si han logrado una suerte de igualación entre ellas que intensifica aun más la fuerza de la masa global. No se trata pues tanto de una verdadera igualación material, sino psicosocial.

De alguna manera, las nuevas tecnologías y especialmente las redes sociales, el mayor instrumento de propaganda jamás creado, son capaces de transmitir masivamente un mensaje de homogeneidad entre los individuos, cuyas aspiraciones y deseos, materiales y metafísicos parecen haberse acertado en distancia entre unos y otros. Esto sucede en la medida en la que el mundo virtual, esa ventana indiscreta al mundo exterior que hace pornografía de la cotidianidad y especialmente del consumismo hedonista, ha generado la mentalidad concreta de que cualquiera, en algún momento, puede aspirar a disfrutar un estilo de vida parecido o similar. Y, más aún, parece transmitir la idea de que, para poder ser alguien socialmente notable, es necesario realizar o llevar a cabo una serie de acciones que parecen convenientemente programadas por los propios usuarios,

habitantes –o incluso prisioneros- de un sistema que pese a estar revestido de un halo democrático, es cerrado, privativo y excluyente.

El sistema está al servicio de la masa, pero esa misma masa tiende a discriminarse a sí misma cualitativamente, sometiendo empero al individuo al imperio de lo cuantitativo, pues se le asigna un valor intrínseco con el que el individuo ha de lidiar, proyectando una constante necesidad de validación moral en la aceptación ajena. Esto, como sostengo, no solo relaja las distancias sociales, sino que tiende a igualar el pensamiento y a provocar o intensificar el deseo mimético en el sentido que emplea René Girard², aunque el tipo de violencia que genera esta nueva dinámica es ya de naturaleza intrínseca, y por lo tanto imposible de abolir mediante el acto sacrificial. La violencia será contenida, como veremos, a través de la codificación del derecho subjetivo al concentrar el deseo y el pensamiento identitario bajo una abstracción jurídica.

En segundo lugar, parte de esta monumental maniobra para la homogenización –que se consagra por medio de la religión mercantil del dinero, una fe de la que nadie parece declararse ateo-, es lograda gracias a la sacralización de la diferencia individual, concretada en el derecho, en lo que de nuevo tiene que ver el papel primordial del derecho subjetivo como principal elemento de imputación de nuevas realidades de intercambio³, como también voy a tratar de explicar. La reificación de la diferencia, elemento nuclear de la batalla cultural por la hegemonía moral de los colectivos, parte necesariamente de la identificación –emocional, auto-percibida y por lo tanto netamente voluntarista- de una realidad subjetiva, que ha de ser aceptada, interiorizada y formalizada jurídicamente.

2 Es de sobra conocida la tesis de René Girard sobre la violencia desatada por el deseo mimético y el rito sacrificial para expiarlo, lo que para el autor franco-canadiense es el origen –religioso y mítico- de toda política. Para mayor información, ver René Girard, *La violencia y lo sagrado* (Barcelona: Anagrama, 1995).

3 “Esta concepción es, sin duda, la adecuada para un nuevo orden en el que se atisba ya el predominio de la economía dineraria sobre la de subsistencia, de la acumulación sobre el intercambio, del valor de cambio frente al uso: la forma subjetiva es la más adecuada para reducir el orden natural y estable de las cosas al de una coexistencia marcada por el valor abstracto dinerario, cuyo relato jurídico-político, no menos abstracto, es el derecho subjetivo. El derecho natural en esta forma subjetivizada (no ontológica) y absoluta (no analógica) es el denominador común de lo moderno...”. José Luis Muñoz de Baena, *La abstracción del mundo: sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018), 62.

Pero esta sublimación de la diferencia constituye el principal instrumento para dicha homogenización social-cultural e individual-comunitaria, pero también jurídica, precisamente porque, a la postre, queda diluida en la mística igualitaria de la sociedad de masas global, impuesta mediante los sortilegios del sistema económico internacional, basado en una fe mercantilista que rinde tributo al intercambio mientras predica la diferencia y somete al individuo a la uniformización que exigen las reglas de producción y de consumo⁴.

No existe mayor igualación que la de ser integrado por dicha masa, y esto es lo que paradójicamente es fruto de conquistar las diferencias individuales, porque a través de la aceptación de lo distinto como algo ordinario, se genera una sensación inédita de igualdad. Esta tensión lógica entre lo igual y lo diferente, entre la sublimación de un yo solipsista y su desintegración definitiva en el todo, se traslada a la sempiterna paradoja entre la univocidad y la equivocidad del pensamiento moderno; una dialéctica que sintetiza muy adecuadamente los desplazamientos intelectuales de los últimos siglos: la emancipación de la voluntad individual respecto de la idea de lo absoluto y, al mismo tiempo, como decía, el retorno constante a esa misma necesidad de ser integrado por una totalidad. El continuo movimiento pendular y oscilante entre lo objetivo y lo subjetivo, al hallarse siempre bajo esta radical polarización del entendimiento y carecer de todo elemento integrador o analógico, constituye por tanto la principal causa de la desintegración ontológica del derecho y, por ende, del surgimiento de nuevas categorías que, pese a su pretendida equivocidad, son necesariamente indexadoras de una nueva –y artificiosa- objetividad.

4 Esto lo ha sabido ver Byung Chul Han: “La cultura de la constante comparación igualatoria no consiente ninguna negatividad del *atopos*. *Todo lo vuelve comparable, es decir, igual. Con ello resulta imposible la experiencia del otro atópico*. La sociedad del consumo aspira a eliminar la alteridad atópica en favor de las diferencias consumibles, heterotópicas. Frente a la alteridad atópica, la diferencia es una positividad. El terror de la autenticidad como forma neoliberal de producción y de consumo elimina la alteridad atópica. La negatividad de lo completamente distinto cede a la positividad de lo igual, de lo *otro que es igual*”. Byung Chul Han, *La expulsión de lo distinto* (Barcelona: Herder, 2017), 39.

2. LA ENCRUCIJADA UNÍVOCO-EQUÍVOCA

Podría decirse que es ya un tópico que una de las grandes consecuencias de la posmodernidad es la fragmentación de la realidad –o mejor dicho, de lo real, puesto que el concepto de realidad exige ya un cierto grado de formalización-, así como los modos de entender la realidad, en una multiplicidad de unidades que tienden a formalizarse e hipertrofiarse, difuminando la sustancia primera de la que proceden al reificar la operación intelectual que permite o ejecuta su intelección -en detrimento de su auténtica significación⁵- a través de un acto de voluntad. Esto parece retrotraer el asunto a la vieja fórmula de la causa eficiente del derecho al terreno de lo teológico, pues presupone la intervención de una volición absoluta bajo el presupuesto nominalista *de potentia absoluta dei*.

De esto ya se dio cuenta André de Muralt cuando se refería a aquella “estructura” de la filosofía moderna, definida por la condición de que la voluntad solo puede operare a través de sí misma por el mismo hecho de ser deseada⁶. Así, las categorías de la Modernidad se amparan necesariamente en formalizaciones escotistas y en abstracciones nominalistas definidas por la imputación. Esta es una abstracción de tipo positivista, pero de categoría moral, porque necesariamente tiene que ver con el acto de la voluntad y la primacía del mandato, que se impone imperativamente sobre el individuo, aunque carezca en el fondo toda finalidad y por tanto se constituya como una suerte de voluntad “amoral”,

5 Generando así su propia realidad intrínseca, y por tanto de suyo inmanente y condicionada no tanto por una finalidad extrínseca o extrajurídica, sino netamente política al partir de una voluntad soberana infranqueable.

6 Porque el único *leitmotiv* que impulsa la voluntad es su propia capacidad de imponer o conjurar un querer privado, que desea el objeto no por ser intrínsecamente bueno, sino por su propia capacidad para desearlo. Según De Muralt: “El voluntarismo se define como una doctrina en la que la voluntad, indiferente en tanto al bien como al mal, absoluta, por consiguiente, respecto de toda ordenación al bien, es única causa eficiente por sí de sus actos, independientemente de toda causalidad objetiva ejercida por su fin, y donde, por tanto, la voluntad, en razón de su indiferencia absoluta con respecto a su objeto, se dice libre esencialmente, es decir, por naturaleza y por creación arbitraria de Dios de *potentia absoluta dei*”. André de Muralt. *La estructura de la filosofía moderna. Sus orígenes medievales en Escoto, Ockham y Suárez* (Madrid: Itsmo, 2002), 78.

al moverse exclusivamente por razón de su pulsión desiderativa y no teleológicamente hacia el bien⁷.

También, en un análisis similar sobre las categorías de la Modernidad y su dimensión teológica-secularizada, Schmitt fue consciente del peso de una voluntad supra-individual de tipo nominalista escondida en el acto soberano del legislador al actuar sobre el estado de excepción, un milagro político, según el autor. Podría concluirse entonces que la Modernidad y su correlato posmoderno han cifrado lo real en una interpretación subjetiva movida exclusivamente por la voluntad, en la que ha triunfado, por encima de todas las cosas, el equivocismo relativista de base nominalista. La evidencia de esto queda ejemplificada en las constantes transformaciones del derecho –ahora ya devenido en mera juridicidad- dado a su eminente carácter performativo.

Por supuesto esto no significa que la formalización del derecho haya periclitado del todo –de hecho, la propia idea del concepto de juridicidad, como el de realidad, antes mencionado, así lo constata- sino que antes, al contrario, la proliferación de sistemas, unidades y ordenamientos que formalizan escotista-mente el derecho parece ser la nota característica del derecho en la posmodernidad. Su origen, no obstante, por su ineluctable génesis nominalista, es equivocista, lo que no obsta para que continúe formalizándose cada vez más en un sistema cerrado e inmanente de cosas, cuyo centro de imputación es y siempre será la voluntad. No importa que esta sea esta individual o supra-individual, en cualquier caso sometida a la sempiterna tensión entre la voluntad equívoca del individuo y la voluntad unívoca del Estado, que opera como causa eficiente del derecho, y que de alguna manera define toda la problemática de la modernidad bajo la estructura de pensamiento escotista-nominalista –reducción unívoca del

7 “Esa primacía del mandato no es, como vimos, sino la sustitución de un orden inmanente del mundo por una referencia al positivismo teónimo. No resulta extraño en un panorama filosófico que ha renunciado a la sindéresis, la capacidad innata para captar los primeros principios de la ley natural. La primacía del deber casa bien con el origen nominalista del ámbito moral: pues la inseparabilidad del deber y el mandato (ya sea este de Dios, el príncipe o la asamblea) hace imposible hablar de lo bueno en ese ámbito. *El contenido concreto del acto moral es irrelevante, lo importante es la norma que lo rige*”. Muñoz de Baena, *La abstracción...*, 80-81.

ser a un ente formal-disolución de éste en el relativismo antiformalista⁸-, resuelto en el binomio imputación-ontologización⁹.

Pero lo que interesa para este texto es precisamente la tendencia del equivocismo a volverse unívoco, de ahí que podamos referirnos a una suerte de dogmática relativista, un oxímoron que, pese a su aparente imposibilidad conceptual, parece protagonizar el pensamiento ideológico de los últimos tiempos, demostrando en el fondo la naturaleza nihilista del derecho en la postmodernidad, ya que de su vacuidad ontológica surgen nuevos ontoteologismos capaces de operar como remedos de las viejas categorías universales. Sobre esto, asevera José Luis Muñoz de Baena que “el univocismo es un equivocismo transido de voluntad (...), el nominalismo no hace sino recordar que el mandato está en un lugar preeminente, que toda estructura es provisional y puede ceder ante el acontecimiento, que la causa formal oculta la eficiente”¹⁰.

Dicho de otra manera, estos nuevos ontologismos equivocistas, surgidos constante e ilimitadamente al albur de una volición accionada exclusivamente bajo el veleidoso designio del capricho humano –recordemos que la posmodernidad es el reino de lo potencial frente a lo actual, postergado al olvido filosófico-, constituyen en el fondo las nuevas categorías de pensamiento que se reifican a sí mismas vía imputación –aquel que imputa, posee el poder, casi en los términos decisionistas definidos por Schmitt-, así como a todos los conceptos que alberguen, que ya no son organizables jerárquicamente, solo lingüísticamente, de ahí la posmoderna tendencia a ontologizar el lenguaje. Por eso aparece el relativismo como una forma unívoca de interpretación: solo es válido aquello que está necesariamente circunscrito al querer de la voluntad, porque no existe más

8 Francisco de Borja Gallego Pérez de Sevilla, *Las religiones políticas: sobre la secularización de la fe y la sacralización del mundo* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2021), 203.

9 José Luis Muñoz de Baena define esto como el “eterno juego dialéctico entre lo unívoco y lo equivoco”, pues ante la infinidad de posibilidades derivadas de “la ruptura del condicionamiento del acto cognoscente por el objeto”, al final lo que prima es la decisión “y el centro de esa posibilidad infinita sigue siendo la *imputación*, la cual, al descansar sobre la voluntad de quien imputa (el teórico en el caso de un sistema de conocimiento, el Estado cuando se trata de un sistema de poder), resulta plenamente mudable”. Muñoz de Baena, *La abstracción...*, 341.

10 Muñoz de Baena, *La abstracción...*, 241.

realidad que aquella que se desea, reduciendo ésta a un mero simulacro¹¹, en constante actualización. La realidad se describe a sí misma vía imputación, lo que exige una mutabilidad incesante al tener que adaptarse a la sociedad en la que se integra, pueslo social y lo real han sido escindidos entitativamente –vía *ex natura rei*- de forma definitiva. Así, toda posibilidad de referencia extrínseca a un fin o a una dimensión ontológica –moral y trascendente- queda desubicada dentro de esta unidad de pensamiento inmanentista, que se presume universal y objetiva, pese a partir de presupuestos equivocistas. Y esto afecta directamente al derecho, que se subsume en esta suerte de unidad relativista del mundo, descrita ahora en términos de globalización a través de las nuevas tecnologías como método expansivo de crecimiento e igualación capitalista bajo términos exclusivamente cuantitativos.

Por eso es posible referirse a un derecho globalmente unívoco, y que por tanto tiende a absolutizarse –como todas las categorías en la Modernidad, definidas por su totalidad, especialmente la idea del poder, bajo la que se subsume la legalidad estatalista- al mismo tiempo que es necesario reconocer su inevitable origen subjetivista, así como su indefectible corolario nihilista. A partir de aquí trataré de analizar las consecuencias y especialmente tratar de ofrecer una solución mediante el redescubrimiento ontológico del Derecho.

3. LA VIOLENCIA INMANENTE DEL SUBJETIVISMO JURÍDICO

La atomización del derecho en un núcleo de pensamiento operado como una abstracción artificialista del mismo, constituye una evacuación de su fundamento ulterior, pero también la abrogación de su lógica interna. La aniquilación del sentido de justicia y de la idea de lo justo como principio rector, reduce el derecho exclusivamente a sus causas materiales, haciendo de él un producto fácilmente formalizable y puesto al servicio instrumental del Estado. Es por esto

¹¹ La cuestión del simulacro de la realidad, también descrito como “asesinato”, se encuentra retratado en Jean Baudrillard, *El crimen perfecto* (Barcelona: Anagrama), 2000.

que la lógica formal-unívoca del legalismo estatal emplea la plasticidad y la equívocidad del derecho subjetivo como una herramienta de poder. El concepto del Derecho, atado al de la justicia y al bien común, se desintegra a favor de esta legalidad fáctica, basada eminentemente en su propia capacidad para poder imponerse mediante la violencia. Precisamente la dialéctica entre la violencia interna del individuo y la violencia externa sobre lo que le rodea me va a servir para explicar esto.

No se trata pues ya de la eterna tensión entre el derecho natural y el positivismo formalizador, que es de suyo unívoco, sino de su capacidad sistémica para replugar el derecho a un aparato lógico de control sobre las voluntades humanas, supuestamente equívocas –pero con pretensión de objetividad- y que son las que a la vez generan el derecho como una producción volitiva, fruto del intelecto y no de la interacción humana, negando cualquier sentido antropológico del mismo en tanto reconocimiento de la justicia o del bien. Aquí radica, como vengo indicando, la cuestión del nihilismo, pues mientras que el derecho se sostenía bajo el pensamiento ideológico –siempre revolucionario, pero siempre bajo la aspiración final de ordenar el caos o de reproducir mecánicamente la idea del Todo, y por lo tanto admitiendo la existencia de un orden, creado o increado pero de suyo objetivo-, todavía sobrevivía en él un sentido aproximativo a su esencia prístina, que no es otra cosa que la regulación del orden social que descansa en una, aunque sea, mínima noción objetiva de la realidad.

El jacobinismo, todavía una ideología –o una religión política- al introducir la moral e identificarla con derecho –por herencia calvinista-, y hacer de este un instrumento para la higienización social por medio de la violencia con el objeto de instaurar un paraíso político en el mundo, -una exégesis nominalista del agustinismo político, otra herencia protestante- diseñó los presupuestos tanto teóricos como prácticos del totalitarismo¹².

Pero lo que nos interesa saber de esto es precisamente que en la semilla filosófica del pensamiento total, aquel que va a permitir la mutación constante

12 Gallego Pérez de Sevilla, *Las religiones...*, 144-146.

del derecho bajo el arbitrio de la voluntad, radica nihilismo, pues al asentarse en la *nada*-y en la *ausencia*, especialmente de todo límite-, y fijarse exclusivamente en la existencia inmanente –negando así la preexistencia y la existencia ulterior del orden del ser pues la violencia queda ahora integrada por los mecanismos institucionales de la política, volviéndose sistémica y estructural a través del derecho¹³.

No obstante, superada la violencia física de los neo-paganismos totalitarios, el nihilismo subyacente al derecho en la modernidad cobra una especial significación al ahora de entender la relación de violencia con el individuo. Ahora, el orden del ser, alienado de todo horizonte trascendente, es reclamado exclusivamente por la política como un producto artificioso¹⁴ diseñado arbitrariamente para un fin abstracto, o en todo caso relegado a cumplir las exigencias de una cotidianidad fútil, limitada a satisfacer los placeres de la sociedad de consumo. El derecho aparece ya no ya un instrumento para la protección del individuo, sino como garante del bienestar material, un remedo secular de la bienaventuranza espiritual, y por lo tanto una herramienta para la doblegación moral del individuo; pues la legalidad del Estado, entendido ya como un sistema cerrado de leyes y normas que condicionan dicha existencia –y porque no decirlo, condicionan la misma condición humana- permite ya penetrar las conciencias e invadirlas definitivamente. Esta es la razón de la proliferación del derecho subjetivista y performativo bajo ese hálito revolucionario, que en el fondo no es más que el vástago no reconocido de un nihilismo tardío, pues arrastra en su seno la esencia del totalitarismo al concentrar las vindicaciones individuales en la

13 Esta reducción a la mera existencia temporal permitió lo Hannah Arednt entendió como la *banalidad del mal*, pues la violencia fue capaz de producirse y reproducirse de forma sistémica sin el condicionamiento moral expresado antropológicamente en el sentido de la culpa. La frase es en referencia a los argumentos esgrimidos por los nazis tras los crímenes del holocausto. Es interesante el análisis del asunto que ofrece José María Enríquez Sánchez en *Desgracia e injusticia, del mal natural al mal consentido* (Madrid: Sequitur, 2015), 95-96.

14 Podría incluso hablarse de una cierta artificialidad de la existencia humana bajo los parámetros del trans-humanismo, que soslayan la muerte en pos de una eternidad palingenésica y, más recientemente, bajo la égida sanitaria, que sacraliza la salud como depositaria de una nueva moral nihilista, pues radica exclusivamente en el concepto corpóreo de la existencia, lo que Agamben ha definido convenientemente como “nuda vida”. Ver Giorgio Agamben. *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida* (Valencia: Pre-Textos, 2005); y más recientemente, del mismo autor *¿En qué punto estamos? La epidemia como política* (Madrid: Adriana Hidalgo Editora, 2020).

voluntad, reclamadas a través de una nueva forma de violencia, precisamente ya no de hecho, sino de derecho, ya que son capaces de transformar la realidad a través de la imputación de una ficción jurídica.

Aquí se produce un acto de violencia externa, del individuo hacia el plano objetivo que le rodea, y también una violencia interna o inmanente, del individuo hacia sí mismo, expresada en la codificación personal de ese derecho que se reclama. En este último sentido, apunta Byung Chul-Han que:

“En la Modernidad, la interiorización física es uno de los desplazamientos topológicos de la violencia. Esta toma la forma de un conflicto interior. Las tensiones destructivas se disputan internamente en vez de descargarse hacia fuera. El combate ya no se libra fuera del yo, sino en su interior”¹⁵. Continúa el autor: “Las técnicas de dominación también hacen uso de esta interiorización de la violencia. Se ocupan de que el sujeto de obediencia interiorice la instancia de dominación externa y la convierta en parte de su ser”¹⁶.

El *arché* de la violencia en la Modernidad, según Han, -lo que se aplica al derecho pues es la expresión más distintiva de esta violencia al codificarse internamente como interés privado del individuo y que se proyecta externamente como fuerza disruptiva de lo real/objetivo- radica precisamente en su falta de sometimiento, lo que le libera de su condición de sujeto “pues ha dejado de serle inherente cualquier tipo de sujeción (*subject to, sujet à*). Se positiviza, se libra a un proyecto”. Aquí radica para el autor la noción moderna de “proyecto”, entendido como el despliegue del individuo sobre el sistema, aunque este “despliegue”, que es de naturaleza expansiva porque es económico, exige necesariamente y al mismo tiempo un repliegue en la inmanencia de la individualidad a partir de una coacción interna –toda vez que la externa, la violencia física, ha quedado derogada-, que para Han en la Modernidad se tiende a identificar con libertad, algo que “está estrechamente relacionado con el modo de producción capitalista”¹⁷. De ahí que la voluntad se identifique con libertad –una nota

15 Byung Chul Han, *Topología de la violencia* (Barcelona: Herder, 2016), 20.

16 Han, *Topología...*, 20.

17 Han, *Topología...*, 21.

característica del pensamiento modernista- y ésta con poder-. Por eso para el surcoreano la violencia opera bajo un principio capitalista, ya que el hecho de la muerte constituye un valor intrínseco de superación y supervivencia¹⁸. Una tesis similar a la de Schmitt acerca del proceso mediante técnico-industrial, el cual se fagocita a sí mismo como el acto definitivo de consumo, esto es, la auto-liquidación del hombre a favor de una versión constantemente actualizada de sí mismo¹⁹, lo que entraña una lógica aplastantemente capitalista, pues el sistema –y la violencia jurídica que lo respalda- liquida lo obsoleto –bajo criterios cuantitativos de utilidad- siempre a favor de lo nuevo –bajo criterios cualitativos de aceptación moral del sistema y sus reglas intrínsecas-. La violencia, por tanto, tal y como adelantábamos antes, se proyecta –nuevamente el sentido de proyección del individuo no sujeto²⁰- internamente al codificarse bajo la forma o expresión de un derecho subjetivo o abstracción jurídica útil. Siguiendo un orden secuencial, toda vez que dicha violencia queda concentrada en la demanda de ese deseo privado –y privativo pues ha de ser necesariamente excluyente al reificar y ontologizar la diferencia-, esta se despliega sobre el sistema modificando y transformando la realidad a capricho, que se repliega infinitamente sobre sí misma al carecer de límite objetivo.

La fuerza disruptiva del derecho subjetivo aparece así como una suerte de estado de excepción -empleando la misma analogía que utilizó Schmitt para describir la excepcionalidad como un milagro jurídico-político-, siendo aquí de naturaleza equívoca en tanto personal-individual, de modo que la violencia ejercida se perpetra del interior al exterior y no al revés. De la equivocidad de la juridicidad subjetiva, tras el necesario resquebrajamiento de toda analogicidad

18 Han, *Topología...*, 25.

19 “El hombre nuevo es agresivo en el sentido del progreso incesante y de nuevas instauraciones incesantes; rechaza el concepto de enemigo y toda secularización o modificación de las viejas ideas de enemigo; supera lo anticuado mediante lo nuevo científico- técnico; lo viejo no es el enemigo de lo nuevo; lo viejo se liquida a sí mismo y por sí mismo en el proceso de un progreso científico- técnico industrial que utiliza lo viejo (en la medida de su nueva utilizabilidad), o lo ignora como inutilizable o lo aniquila porque carece de valor”. Carl Schmitt, *Teología Política*, Madrid: Trotta 2009), 113.

20 Aunque habría que dilucidar aún si la noción de sujeto de derecho moderno todavía le exime de estar sometido, según Han. Tal vez la supuesta libertad del sujeto precisamente pasa por su total sometimiento a los códigos y reglas del un sistema positivizado, que también positiviza al individuo al formalizar jurídicamente su existencia.

del derecho, se alcanza el estatus de sujeto imputado, aquel que es conocedor de esta excepcionalidad perpetua de la que dispone libérrimamente, reflejo de ese nihilismo reinante que consagra el vacío ontológico que se esconde detrás de la discrecionalidad y la performatividad del derecho subjetivo en su expansión unívocista a través de la juridicidad global.

4. EL REDESCUBRIMIENTO ONTOLÓGICO-ANALÓGICO DEL DERECHO

La cuestión analógica surge de la imperiosa necesidad de comprender la relación inextricable y trascendental del derecho con una causa final, sujeta a la idea de lo justo –que opera como principio rector- así como con el acto final de justicia inherente en el reconocimiento del derecho. Esto último, recogido en Santo Tomás, advierte una polémica inevitable, pues presupone que la justicia no es tanto la finalidad del derecho, como bien se pudiera instintivamente pensar, sino que, contrariamente, “la justicia presupone el derecho. Dicho con otras palabras. El derecho precede a la justicia”²¹. Existe aquí por tanto un reconocimiento antropológico del derecho en el individuo como ser moral, es decir, como *persona*, bajo la singularidad y la exclusividad que esto exige en la medida que la persona se define por la consustancialidad ontológica alma-cuerpo. De este fundamental sintagma –específico de la naturaleza humana, que es religada-se deduce la *dignidad*; que es al mismo tiempo individual –en tanto constituye una titularidad exclusiva-, y universal –en tanto reconocimiento de una virtud humana que no es imputable ni codificable-. Esto contrasta directamente con los presupuestos de la Modernidad en la que el derecho aparece como una construcción humana, fruto de un contrato o una asociación, es decir, como algo percibido y artificial, y por lo tanto necesariamente equívoco –pues se ordena e imputa intelectualmente-, pero al mismo tiempo separado escotísticamente, como si lo jurídico y lo social fuesen algo entitativamente distinto, de tal manera que pudiese existir la sociedad sin el derecho o el derecho sin la sociedad. Esta distinción *ex natura rei* es lo que permite, en

21 Elio A. Gallego, *Tradición Jurídica y Derecho Subjetivo* (Madrid: Dykinson, 1996), 46.

última instancia, esa tendencia a la *sociabilidad* y a la *juridicidad* como un atributo aislado, pero potencialmente imputado²².

Pero de la misma manera que no puede existir la forma sin la materia ni la materia sin la forma, el derecho constituye el precedente de toda sociedad, y es por esto que lo social-político, en tanto ordenador de la vida en común –la comunidad humana– ha de organizarse en torno al derecho, que prevalece necesariamente al orientarse al bien común; y no al revés, como ocurre en la Modernidad, subsumiendo el derecho a la política como una herramienta subsidiaria de la misma. Así, el derecho está inscrito inextricablemente en el individuo y se deduce de las interacciones humanas de estos en sociedad, que es el centro del acontecer humano. En su reconocimiento y concreción final, se produce el acto de justicia. Una operación realizada necesariamente a través de la virtud intelectual de la prudencia²³, que es la que permite desplazar la cosa de la potencia al acto –una operación rechazada por la Modernidad, que abroga el acto a favor de una suerte de potencia ilimitada–, siendo el acto la expresión factual del derecho, interpretado por la *prudentia iuris*; de ahí su ulterior sentido analógico²⁴. Precisamente, y siguiendo con esto, el sentido analógico del derecho se desprende de su naturaleza relacional, de ahí su descanso en la prudencia –la célebre *phrónesis* aristotélica– al configurar la justicia entendida como virtud o hábito moral²⁵ basada en la igualdad proporcional, expresada en su fórmula distributiva de “dar a cada uno lo suyo” definida por Ulpiano, y que sienta las bases de una sociedad justa.

La analogía opera pues como marco dialógico entre el relativismo propio de la natural subjetividad desprendida de la interpretación del derecho

22 Muñoz de Baena describe la operación de formalización absolutización de lo social como una subunción de lo real a un “principio meramente ideal”, en un contexto en que “el liberalismo pacticio y contractualista instauró la *sociabilidad*, no como una tendencia natural, sino como un principio garantizado por el creador del mundo, revelador de sus deseos. Y lo hizo precisamente porque el mundo, en tanto que creado *ex nihilo*, carecía de un orden inmanente y todo sentido sería siempre accidental, permanentemente sujeto a los designios trascendentes de su creador”. Muñoz de Baena, *La abstracción...*, 330.

23 Álvaro D’ors, *Una introducción al estudio del derecho* (Madrid: Rialp, 1963), 115.

24 D’ors insiste en la idea de que “el derecho es lo que aprueban los jueces”, validando la analogicidad del derecho a través de la interpretación. D’ors, *Una introducción...*, 110.

25 D’ors, *Una introducción...*, 12.

–que es necesariamente subjetiva y por tanto sujeta a un principio de identidad, que es de suyo maleable y volátil-, y su tendencia a volverse unívoca y estrictamente formalista bajo un principio de igualdad ontoteológico –y por lo tanto rígido e inapelable-; sin perjuicio de que se configure bajo una naturaleza no ontológica, artificiosa y racionalista, o bajo un positivismo lógico-formal. En cualquier caso, dependientes ambos de una voluntad pretendidamente moral –en tanto mandato- y pretendidamente objetiva –en tanto indexadora-, con independencia de que esta voluntad proceda originalmente de producción subjetiva y equívoca del derecho. Toda voluntad es necesariamente arbitraria. Por eso, colijo que el derecho en la Modernidad siempre es y siempre será subjetivista²⁶, y, por ende, de base o (anti) fundamento nihilista. Pero la analogía, en su función hermenéutica y mediadora y su fundamento necesariamente ontológico, opera además para sortear ese nihilismo ínsito en la equivocidad del derecho, pues si la contrastamos con el célebre *dictum* de Nietzsche “no existen hechos, solo interpretaciones” –que define magistralmente la esencia de toda la Modernidad-, observamos que en efecto ni debe haber hecho sin interpretación –univocismo²⁷- ni interpretaciones sin hechos –equivocismo-, sino una posición intermedia, modulada, que parta de la interpretación subjetiva para alcanzar el hecho objetivo. Mauricio Beuchot lo explica de la siguiente manera:

“Una hermenéutica analógica conlleva una ontología analógica también –esto es lo que el autor entiende como realismo analógico-, y hacia ella conduce desde sus supuestos. Es una ontología que no tiene la pretensión de la moderna, que pecó de univocidad, pretendiendo el conocimiento absoluto de la verdad, como vista desde el ojo de Dios. Pero tampoco se resbala hacia el equivocismo de la

26 Su principal consecuencia es la abstracción del derecho, que, tal y como indica Elio Gallego, desde plano de lo político permite “la proliferación de derechos abstractos, puramente formales y sin contenido alguno”, mientras que en plano del lenguaje permite la ontologización del interés privado mediante la vindicación de la satisfacción de un deseo o aspiración que busca primero formalizarse semánticamente, después jurídicamente. Gallego García, *La tradición...*p. 56.

27 Mauricio Beuchot, *Puentes hermenéuticos hacia las humanidades y la cultura* (Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2006), 20.

posmodernidad, en la que difícilmente cabe una ontología o una metafísica, porque su equivocidad la diluye y la destruye en mil pedazos. Es una ontología que admite esencias y causas y que trata de resguardar los reinos del ser que había señalado Aristóteles con sus categorías. No será una ontología dura y unívoca, sino abierta, una ontología o metafísica simbólica”²⁸.

La ontología hermenéutica es pues, señala el autor, una ontología “muy específica”, que no se sujeta al reduccionismo formalizador de las ontoteologías que imputan una determinada ontología desde su lógica unívoca, destruyéndola al suplantarla por una objetividad artificiosa, como la del Estado –y su hegeliana ontologización-; ni al emergentismo equivocista, que en su romántico relativismo termina por rechazar toda ontología dada su “desmesurada apertura y su falta de fundamento, inclusive de todo sustento objetivo”²⁹. La ontología analógica, por el contrario, “no es una ontología pretenciosa, que deseé abarcar todo y dar explicaciones apriorísticas y definitiva de las cosas, como quisieron hacerlo las ontologías univocistas que proliferaron en la modernidad. Tampoco será como esas ontologías equivocistas de la mayoría de los posmodernos que, deseando destruir la ontología, o debilitarla hasta desaparecer, lo único que hacen es levantar otra ontología, pero relativista y fragmentaria, que conduce al escepticismo en epistemología y al indiferentismo en ética”³⁰, señala el autor.

5. CONCLUSIONES

La analogía nos proporciona por tanto la respuesta ante la pérdida ontológica del derecho, porque en la analogicidad de éste se ha precisamente su ulterior fundamentación y lo que en última instancia le dota de una dimensión ética y moral, soslayando la aporía intelectual entre la equivocidad y la univocidad,

²⁸ Mauricio Beuchot, *Hechos e interpretaciones. Hacia una hermenéutica analógica* (Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2009), 135-136.

²⁹ Mauricio Beuchot y Francisco Arenas: *Hermenéutica de la encrucijada. Analogía, retórica y filosofía* (Barcelona: Anthropos, 2008), 110.

³⁰ Mauricio Beuchot, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002), 30.

ambas debeladoras de una auténtica ontología y de una auténtica objetividad. Si bien la Modernidad se ha esforzado en construir categorías unívocas mediante formalizaciones, y la posmodernidad de disolverlas mediante anti-formalismos, es ya sabido, o al menos he tratado de demostrar, que dicho proceso redunda nuevamente en la aparición de una univocidad de base relativista, o de una falsa ontología proporcionada por el pensamiento ideológico en su afán por hacer de lo relativo una religión universal, apoyándose para ello en las estructuras políticas mundiales, las nuevas tecnologías y la fe mercantil-capitalista del intercambio, el dinero y lo cuantificable.

Bajo este estado de cosas, en el que se da pábulo a las diferencias individuales, sacralizándolas para después sumir al sujeto en una mística igualitarista y homogeneizadora, surge esta nueva (anti)cultura nihilista –dada su vacuidad ontológica y metafísica–, que genera una contienda por la hegemonía moral y la legitimidad del derecho subjetivo. Es por esto, opino, tarea nuestra devolverle al derecho su fundamento prístino y recobrar la ontología del mismo para poder articular el sentido de la justicia y orientar la sociedad al bien común, entendido no solo como un agregado de intereses particulares, imputados por un sistema garantista del bienestar material, remedo modernista de la bienaventuranza espiritual, sino realmente como un fundamento último de las cosas; una meta a la que aspirar y a la que encauzar institucionalmente la comunidad política y el acontecer humano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamen, Giorgio. *¿En qué punto estamos? La epidemia como política*. Madrid: Adriana Hidalgo Editora, 2020.
- Agamben, Giorgio. *Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 2005.
- Baudrillard, Jean. *El crimen perfecto*. Barcelona: Anagrama, 2000.
- Beuchot, Mauricio. *Hechos e interpretaciones. Hacia una hermenéutica analógica*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2009.
- Beuchot, Mauricio. *Puentes hermenéuticos hacia las humanidades y la cultura*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2006.

- Beuchot, Mauricio. *Perfiles esenciales de la hermenéutica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- Beuchot, Mauricio y Francisco Arenas. *Hermenéutica de la encrucijada. Analogía, retórica y filosofía*. Barcelona: Anthropos, 2008.
- Han, Byung Chul. *La expulsión de lo distinto*. Barcelona: Herder, 2017.
- Han, Byung Chul. *Topología de la violencia*. Barcelona: Herder, 2016.
- De Muralt, André. *La estructura de la filosofía moderna. Sus orígenes medievales en Escoto, Ockham y Suárez*. Madrid: Itsmo, 2002.
- D'Ors, Álvaro. *Una introducción al estudio del derecho*. Madrid: Rialp, 1963.
- Enríquez, José María. *Desgracia e injusticia, del mal natural al mal consentido*. Madrid: Sequitur, 2015.
- Gallego García, Elio A. *Tradición Jurídica y Derecho Subjetivo*. Madrid: Dykinson, 1996.
- Gallego Pérez de Sevilla, Francisco de Borja. *Las religiones políticas: sobre la secularización de la fe y la sacralización del mundo*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- Girard, René. *La violencia y lo sagrado*. Barcelona, Anagrama, 1995.
- Muñoz de Baena, José Luis. *La abstracción del mundo: sobre el mal autoinmune de la juridicidad moderna*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.
- Schmitt, Carl. *Teología Política*. Madrid: Trotta, 2009.

FRANCISCO DE BORJA GALLEGO PÉREZ DE SEVILLA
Área de Filosofía del Derecho
Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Centro de Estudios Universitarios Cardenal Cisneros
(Centro Adscrito UCM)
bgsev@universidadcisneros.es
<https://orcid.org/0000-0002-6443-8525>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.139>

LA IDENTIDAD EUROPEA COMO MECANISMO DE LEGITIMIDAD
DEMOCRÁTICA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.
UN DESAFÍO GLOBALIZADOR

*THE EUROPEAN IDENTITY AS A MECHANISM OF DEMOCRATIC
LEGITIMACY IN THE CONSTRUCTION OF THE EUROPEAN
UNION. A GLOBALIZING CHALLENGE*

ADRIÁN GARCÍA ORTIZ¹

Universidad de Alicante

Recibido: 06/11/2021

Aceptado: 30/12/2021

RESUMEN

Este artículo pretende analizar los diferentes intentos por parte de los Estados miembros de la Unión Europea y de sus propias instituciones de configurar una identidad europea propia capaz de legitimar democráticamente el proyecto europeo. En una primera etapa, y debido a la todavía vigente percepción de los beneficios de la paz conseguida tras la Segunda Guerra Mundial y la integración económica, no se produjeron esfuerzos significativos en torno la construcción de una identidad europea. En una segunda etapa, iniciada en 1984, comienza a percibirse que la mera percepción de beneficios económicos

¹ Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Alicante. Estudios de Posgrado sobre justicia e interpretación constitucional, comparación jurídica y Derecho de la Unión Europea por las Universidades de Castilla-La Mancha y Bolonia y el European University Institute de Florencia. Sus principales líneas de investigación son la dimensión dogmática del Derecho constitucional europeo, el proceso de construcción constitucional de la Unión Europea y el principio democrático.

no es suficiente para fundamentar democráticamente el proyecto comunitario, por lo que comienzan a trasladarse a la Unión categorías y conceptos propios del constitucionalismo clásico; en particular la ciudadanía europea establecida por el Tratado de Maastricht. Finalmente, la Declaración de Laeken de 2001 abrió una tercera etapa en la que se produjeron importantes reformas estructurales y avances en materia de identidad europea y legitimidad democrática a través de la fallida Constitución europea y el posterior Tratado de Lisboa.

Palabras clave: Identidad europea, legitimidad democrática, ciudadanía europea, Unión Europea, Derecho constitucional europeo.

ABSTRACT

This article aims to analyse the several attempts by EU Member States and their own institutions to shape a European identity capable of democratically legitimising the European project. In the first stage, and due to the perception of the benefits of the peace achieved after the Second World War and economic integration, no significant efforts were made to build a European identity. In a second stage, since 1984, it began to be perceived that the mere perception of economic benefits was not enough to democratically base the Community project, and so categories and concepts of classical constitutionalism began to be transferred to the Union; in particular, European citizenship, established by the Maastricht Treaty. Finally, the Laeken Declaration of 2001 opened a third stage in which important structural reforms and advances were made in terms of European identity and democratic legitimacy through the failed European Constitution and the subsequent Lisbon Treaty.

Keywords: European identity, democratic legitimacy, European citizenship, European Union, European Constitutional Law.

Sumario: 1. *Introducción: identidad europea y legitimidad democrática.* 2. *Primera etapa (1951-1984): la ausencia de debate identitario y el Informe Tindemans.* 3. *Segunda etapa (1984-2001): la traslación del lenguaje constitucional a la Unión Europea.* 4. *Tercera etapa (2001 a la actualidad): la construcción de un nuevo relato legitimador.* 5. *Observaciones finales.*

1. INTRODUCCIÓN: IDENTIDAD EUROPEA Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

La Unión Europea (UE) se ha enfrentado desde sus orígenes a un problema identitario: confirmado el éxito del proyecto europeo como mecanismo de consecución y preservación de la paz y como mercado común sin fronteras interiores, éste ha fracasado en la conformación de un *demos* o de una identidad propia europea que pudiera legitimar democráticamente el nivel de ejercicio de poder en que ha devenido la Unión.

Las múltiples crisis a las que se enfrenta la Unión (las consecuencias de las políticas de austeridad de la crisis económica del 2008, la salida del Reino Unido, el drama de los refugiados o los ataques al Estado de Derecho por parte de Estados miembros como Polonia y Hungría) pueden ser consideradas, de hecho, como síntomas de la inexistencia de una identidad propia, a la que contribuye, sin duda, su complejidad institucional (y burocrática), la inexistencia de un debate político en la Unión entre mayorías y minorías —en favor de un debate de los Estados *contra* la Unión— o la ausencia de partidos políticos o medios de comunicación europeos.

La UE, no obstante, consciente de que la débil o inexistente identidad europea lastra la legitimidad democrática del proyecto y, con ello, su propia supervivencia, ha desarrollado a lo largo de su existencia, a través de cambios normativos y de la adopción de políticas públicas, una serie de medidas tendentes a fomentar un sentimiento de conciencia colectiva entre los pueblos de Europa. El objetivo de este artículo consiste en la elaboración de una cronología de los esfuerzos que, en el plano jurídico-constitucional y político, han adoptado las instituciones europeas en favor de la consecución de una mayor legitimidad democrática.

2. PRIMERA ETAPA (1951-1984): LA AUSENCIA DE DEBATE IDENTITARIO Y EL *INFORME TINDEMANS*

La actitud de las instituciones comunitarias sobre la necesidad de dotar a la UE de una identidad propia legitimadora ha atravesado tres etapas. Durante una

primera fase, que transcurre desde la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) hasta 1984, no se produjo prácticamente ningún debate riguroso sobre la conveniencia de conseguir la adherencia de la ciudadanía al proyecto comunitario, que era, en este momento, un proyecto de naturaleza esencialmente económica. Por ello, la construcción europea descansó en este periodo en una tolerancia pasiva o acrítica por parte de la ciudadanía fundamentada en una ponderación aceptable entre el beneficio percibido y los poderes (entonces reducidos) otorgados a las instituciones supranacionales.

La cooperación económica que suponía la Comunidad Económica Europea (CEE), y que constituía su objetivo prioritario, se presentaba como el *medio* idóneo para alcanzar un *fin* político incuestionable: el mantenimiento de la paz. La amenaza al conflicto era evidente durante las primeras décadas, cuando aún Europa trataba de reponerse de la devastación producida por la Segunda Guerra Mundial y permanecía en el imaginario colectivo los horrores del Holocausto. La Guerra Fría permitió la continuación de la lógica del conflicto, especialmente por la configuración del continente europeo como el dique de contención frente al comunismo soviético. Además, comenzaron a ser perceptibles los primeros beneficios económicos; en concreto, la supresión en 1968 de las barreras aduaneras entre los Estados miembros y la creación de un arancel aduanero común a las mercancías procedentes de terceros Estados.

Con todo, es posible constatar en estas décadas un exiguo atisbo de debate sobre la necesidad de obtener el apoyo ciudadano a la CEE: el producido en torno al *Informe Tindemans*². En la cumbre de París de 19 y 20 de octubre de 1972, los jefes de Estado y de Gobierno de los nueve Estados Miembros decidieron abrir un proceso de transformación de las relaciones existentes entre los Estados en una Unión Europea (término utilizado por primera vez en este momento)³, que debería culminar antes de la finalización del decenio. A tal efecto,

2 De modo paralelo, a partir de la Declaración sobre la identidad europea de 1973 (“Declaration on European Identity”. *Bulletin of the European Communities* 12 (1973): 118-122), se incorpora al discurso de las instituciones comunitarias, paulatinamente, los valores y derechos fundamentales.

3 “Texto íntegro del comunicado final de la Conferencia ‘Cumbre’ de París, de los días 19 y 20 de octubre de 1972”. *Revista de Instituciones Europeas* 1, n° 1 (1974): 498.

en la cumbre, celebrada también en París, de 9 y 10 de diciembre de 1974 — definida por el anfitrión, Giscard d’Estaing, como la última cumbre y el primer Consejo Europeo—, encargaron al primer ministro belga, Leo Tindemans, la redacción de un informe que debía recoger la opinión de las instituciones comunitarias y los resultados de las consultas realizadas con los gobiernos y los medios representativos de la opinión pública de la Comunidad⁴. Tindemans, tras estudiar los informes remitidos por las instituciones y entrevistarse con responsables gubernamentales y un elevado número de interlocutores del mundo político, sindical, profesional, universitario y periodístico⁵, remitió su informe al Consejo Europeo el 29 de diciembre de 1975, publicándose el 7 de enero de 1976⁶.

El informe no dio lugar a la adopción de ninguna medida concreta, pero sí inició una serie de debates en el seno del Consejo Europeo sobre sus propuestas: el Consejo Europeo de La Haya de 29 y 30 de noviembre de 1976 expresó la necesidad de lograr una Unión Europea a través del fortalecimiento de la solidaridad entre sus Estados y sus pueblos y que debería convertirse en una realidad que contribuyera a proteger los derechos de la ciudadanía y la mejora de su

4 “La Conferencia de los Jefes de Gobierno de la Comunidad Económica Europea (9/10-12-74)”. *Revista de Instituciones Europeas* 2, nº 2 (1975): 614.

5 Antonio Truyol Serra, “El informe Tindemans”, *Revista Española de Derecho Internacional* 29, nº 1 (1976): 92.

6 “Report on European Union. Report by Mr Leo Tindemans, Prime Minister of Belgium to the European Council”. *Bulletin of the European Communities. Supplement* 1/76 (1976). Para un análisis en profundidad sobre el *Informe Tindemans* y las reacciones al mismo puede consultarse: Ferrán, Gabriel. “El informe Tindemans sobre la Unión Europea”. *Revista de Instituciones Europeas* 3, nº 2 (1976): 327-348. El informe realizaba un conjunto de propuestas —realistas y factibles, según su autor— para el tránsito hacia una Unión Europea que no debía constituir el destino final sino un paso más en el proceso de unificación de Europa. Tindemans propone dos líneas de actuación para acercar Europa a su ciudadanía: la protección de los derechos de los europeos y la “manifestación concreta de la solidaridad europea a través de signos externos perceptibles en la vida cotidiana”. En la primera, se sugiere un recurso directo ante el Tribunal de Justicia contra los actos de las instituciones que violen los derechos fundamentales, la adopción de medidas para la tutela de los derechos de los consumidores y la protección del medio ambiente; en la segunda, se propone, entre otras, la desaparición gradual de los controles fronterizos a las personas que se desplazan entre Estados miembros, los intercambios estudiantiles y la equivalencia de diplomas y estudios. Además, propone la creación de una “Fundación Europea” financiada por la Comunidad, los Estados y fondos privados, que debería promover “anything which could help towards greater understanding among our peoples by placing the emphasis on human contact: youth activities, university exchanges, scientific debates and symposia, meetings between the socio-professional categories, cultural and information activities”. Report on European Union..., 26-28.

calidad de vida⁷. Asimismo, encomendó a la Comisión y al Consejo de Asuntos Exteriores la elaboración de un informe anual sobre los resultados conseguidos y los progresos alcanzables a corto plazo en las diferentes áreas de integración en las que la concepción común de la UE fueran convirtiéndose en una realidad práctica. El *Informe Tindemans*, pese a caer en el olvido de las instituciones europeas, fue relevante tanto porque la ciudadanía adquiriría un protagonismo insólito hasta la fecha⁸, como porque muchas de las reformas propuestas fueron, décadas después, llevadas efectivamente a la práctica⁹.

3. SEGUNDA ETAPA (1984-2001): LA TRASLACIÓN DEL LENGUAJE CONSTITUCIONAL A LA UNIÓN EUROPEA

En el periodo que transcurre desde 1984 hasta la Declaración de Laeken de 2001 se puso de manifiesto que la mera percepción de beneficios económicos no era suficiente para fundamentar democráticamente el proyecto comunitario¹⁰;

7 Conclusiones del Consejo Europeo de La Haya de 29 y 30 de noviembre de 1976, recuperado de: https://www.consilium.europa.eu/media/20791/the_hague_november_1976__eng_.pdf.

8 Tindemans afirmará en el informe que

[n]o one wants to see a technocratic Europe. European Union must be experienced by the citizen in his daily life. It must make itself felt in education and culture, news and communications, it must be manifest in the youth of our countries, and in leisure time activities. It must protect the rights of the individual and strengthen democracy through a set of institutions which have legitimacy conferred upon them by the will of our peoples. The image of Europe must be in line with its motivations and opportunities, it must demonstrate to those within and without the solidarity of our peoples and the values of our society. I am convinced that this Europe, a progressive Europe, will lack neither power nor impetus (Report on European Union..., 12).

9 Las predicciones se hicieron realidad en el ámbito, sobre todo, de las reformas institucionales: Tindemans propuso la celebración de un debate anual sobre el estado de la Unión en el Parlamento Europeo; la atribución al Consejo Europeo de la función de proporcionar directrices coherentes de política general basadas en una visión integral de los problemas; el recurso al voto mayoritario en el Consejo como práctica habitual; o un nuevo sistema de elección del presidente de la Comisión en el que la designación correspondía al Consejo Europeo y la confirmación, previa declaración del candidato, al Parlamento Europeo, tras lo cual el nuevo presidente debía designar a los comisarios en colaboración con el Consejo, teniendo en cuenta el número asignado a cada país. Report on European Union..., 29-34.

10 Algunos autores han denunciado que la cooperación económica no sólo no genera automáticamente un sentimiento de pertenencia, sino que tampoco conduce necesariamente a una mayor integración política:

[e]conomic integration simply does not, of itself, lead to political integration because markets cannot produce a politically resilient solidarity. (...) Markets may create the economic basis of a polity, and are therefore an indispensable condition of its political constitution. But they cannot on their own produce the Union's political integration. The original expectation that the EU's political unity would be a consequence of the European common market has proven illusory.

era necesario dotar a la nueva UE de un discurso que le otorgara identidad y legitimidad, por lo que empieza a utilizarse en el nivel europeo conceptos como democracia, soberanía y constitución. Es conocida la apelación del entonces presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, a la necesidad de encontrar un “alma de Europa” (“¿quién es el que se enamora de un mercado común?”¹¹) que constituyera la dimensión espiritual de la UE, necesaria para conseguir la lealtad de su ciudadanía¹². Como señalan Moreno y Núñez, la narrativa europea se había construido

“en un mundo dominado por el conflicto bipolar con el objetivo de evitar una nueva guerra y de consolidar una cierta autonomía europea, y en ese contexto tuvo un notable éxito. Sin embargo, el relato europeo de posguerra se adecua mucho peor a la globalización, al cambio civilizatorio y al juego de múltiples poderes a escala planetaria, y sus resultados necesariamente son mucho más mediocres”¹³.

Esta segunda etapa arranca del Consejo Europeo de Fontainebleau (25 y 26 de junio de 1984)¹⁴, que decidió la constitución de dos comités *ad hoc*: uno debía realizar propuestas de índole institucional para la mejora de la cooperación europea¹⁵; el otro preparar y coordinar la acción de la Comunidad respecto a una *Europa de los ciudadanos (A People’s Europe)*, denominación con la que a par-

Kurt Biedenkopf et al., “Concluding Remarks”, en *What holds Europe together?*, ed. por Krzysztof Michalski (Budapest: Central European University Press, 2013), ap. 11, <http://books.openedition.org/ceup/1784>. En este sentido, DAHRENDORF apunta que Bélgica y Luxemburgo compartieron moneda durante sesenta años y ello no se tradujo en ningún tipo de integración política. Ralf Dahrendorf, *Perché l’Europa? Riflessioni di un europeista scettico* (Bari: Editori Laterza, 1997), 21-22.

11 Citadas en Hermann Lübbe, *La identidad de Europa y el proceso de Unión Europea* (Alcalá de Henares: Instituto de dirección y organización de empresa y Universidad de Alcalá, 1992), 3.

12 Ivan Krastev, “Europe’s Solidarity Deficit”, en *What holds Europe together?*, ed. por Krzysztof Michalski (Budapest: Central European University Press, 2013), ap. 2, <http://books.openedition.org/ceup/1784>.

13 Antonio Moreno Juste y Vanessa Núñez Peñas, *Historia de la construcción europea desde 1945* (Madrid: Alianza Editorial, 2017), 30.

14 Conclusiones del Consejo Europeo de Fontainebleau de 25 y 26 de junio de 1984, recuperado de: https://www.consilium.europa.eu/media/20673/1984_june_-_fontainebleau__eng_.pdf.

15 Los resultados del comité Dooge —que debe su nombre al de su presidente, James Dooge—, relativos a la mejora del proceso de toma de decisiones en el Consejo, la ampliación de competencias del Parlamento Europeo, los poderes administrativos de la Comisión o el fortalecimiento de la cooperación política, sentarían las bases para las reformas institucionales adoptadas por el Acta Única Europea.

tir de entonces se haría referencia a las propuestas procedentes de las instituciones comunitarias sobre la generación de una identidad europea, y que ya había sido utilizada en el *Informe Tindemans*. El segundo comité respondía a las aspiraciones de la Comunidad de responder a las expectativas de los ciudadanos europeos mediante la adopción de medidas para fortalecer y promover su identidad y su imagen tanto para su ciudadanía como para el resto del mundo¹⁶.

La primera versión del *Informe Adonnino*¹⁷, así denominado por haber ostentado el italiano Pietro Adonnino la presidencia del comité relativo a la *Europa de los ciudadanos*, fue examinada y aprobada en el Consejo Europeo de Bruselas de 29 y 30 de marzo de 1985, que requirió al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros la adopción, en el ámbito de sus competencias, de las medidas propuestas a la mayor brevedad posible¹⁸. Estas medidas, algunas clasificadas según su posibilidad de realización a corto o largo plazo, se referían fundamentalmente a la eliminación de trabas a la libertad de movimientos de personas y bienes (simplificación de los controles en las fronteras, supresión de la doble imposición sobre bienes personales o reconocimiento de las cualificaciones profesionales en todos los Estados miembros). Las propuestas estrictamente identitarias aparecieron posteriormente en el informe definitivo¹⁹ y fueron agrupadas en torno a ocho bloques temáticos: los derechos especiales de los ciudadanos²⁰; cultura y comunicación²¹; información²²; juventud, educación y

16 Conclusiones del Consejo Europeo de Fontainebleau..., 8. En concreto, debía realizar sugerencias sobre los símbolos europeos, la formación de equipos deportivos europeos, la racionalización de los procedimientos en los puestos fronterizos, la acuñación de una moneda europea o el voluntariado europeo.

17 "Report from the *ad hoc* Committee on a People's Europe to the European Council, Brussels, 29 and 30 March 1985". *Bulletin of the European Communities, Supplement 7/85* (1985): 9.

18 Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 29 y 30 de marzo de 1985, recuperado de: https://www.consilium.europa.eu/media/20653/1985_march_-_brussels_eng_.pdf: 9.

19 "Report to the European Council. Milan, 28 and 29 June 1985". *Bulletin of the European Communities, Supplement 7/85* (1985): 18.

20 Procedimiento electoral único para la elección del Parlamento Europeo, Ombudsman, codificación y simplificación del Derecho comunitario, asistencia ante la representación consular de otro Estado miembro, etc.

21 Coproducciones audiovisuales en el nivel comunitario, una Academia Europea de la Ciencias, la Tecnología y el Arte, una "eurolotería", etc.

22 Potenciación de la información sobre eventos históricos de la Comunidad, sus políticas, etc.

deporte²³; trabajo voluntario para el desarrollo del tercer mundo; salud, seguridad social y drogas²⁴; hermanamiento de ciudades; y fortalecimiento de la imagen y la identidad de la Comunidad²⁵.

De este modo, es en el Consejo Europeo de Milán de 28 y 29 de junio de 1985²⁶ donde encontramos, por medio de la aprobación del *Informe Adonnino*²⁷, el origen de algunos de los actuales símbolos europeos, necesarios para la materialización de la identidad colectiva europea²⁸: la bandera²⁹, el himno³⁰ y el 9 de mayo, aniversario de la Declaración Schuman, como día de Europa³¹. Por lo de-

23 Estudio de idiomas oficiales de la Comunidad, intercambios y hermanamiento entre escuelas, campos de trabajo voluntario para jóvenes, enseñanza de temas europeos en el sistema educativo, la fijación del 9 de mayo como día de Europa, la cooperación y movilidad universitaria, programas de intercambio, la introducción de un sistema de créditos académicos transferibles, reconocimiento de titulaciones, eventos deportivos comunitarios, equipos de la Comunidad, etc.

24 Mejora de las condiciones de vida de las personas discapacitadas, refuerzo de la investigación y la tecnología médicas, etc.

25 Bandera y símbolo, himno, sellos y el rediseño de las fronteras físicas interiores para facilitar la apreciación de la unidad europea. La bandera propuesta en el *Informe Adonnino* era un rectángulo azul con un círculo de doce estrellas doradas de cinco puntas que no se tocan rodeando una letra E dorada, para diferenciarla de la bandera del Consejo de Europa. Report to the European Council. Milan, 28 and 29 June 1985..., 9.1.

26 Conclusiones del Consejo Europeo de Milán de 28 y 29 de junio de 1985, recuperado de: https://www.consilium.europa.eu/media/20646/1985_june_-_milan__eng_.pdf.

27 Para un balance de los avances realizados por las Comunidades Europeas en el ámbito de la Europa de los ciudadanos puede verse la “Comunicación de la Comisión sobre la Europa de los ciudadanos”. *Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 2/88* (1988): 6.

28 Como afirma Walzer, “[t]he state is invisible; it must be personified before it can be seen, symbolised before it can be loved, imagined before it can be conceived”. Citado en Cris Shore, *Building Europe. The Cultural Politics of European Integration* (Londres y Nueva York: Routledge, 2000), 221.

29 La bandera, un círculo de doce estrellas doradas sobre un fondo azul, había sido diseñada en 1955 por Arsène Heitz para el Consejo de Europa y fue adoptada en 1983 por el Parlamento Europeo. Resolution of the European Parliament on the adoption of a flag for the European Community, 11 April 1983, Diario Oficial de la Unión Europea C 128, de 16 de mayo de 1983. Tras convertirse en el “emblema” oficial de las Comunidades Europeas en 1985, empezó a ser utilizada por las instituciones europeas en 1986. El círculo representa la unión de los pueblos de Europa, y las doce estrellas —no relacionadas con el número de Estados miembros de la Unión —, la perfección y la unidad.

30 El himno europeo es un extracto del prelude del cuarto y último movimiento de la Sinfonía n.º 9 en re menor, op. 125, “Coral”, de Beethoven (1824), en la que el compositor alemán musicó la “Oda a la Alegría” escrita por Friedrich Schiller en 1785. Previamente a la adopción por el Consejo Europeo de Milán como himno de la Unión, ya era el himno del Consejo de Europa desde 1972.

31 El Parlamento Europeo propuso en febrero de 2019 que los Estados miembros instauraran el 9 de mayo como día festivo europeo, a fin de fortalecer el sentimiento europeo de pertenencia y crear espacios para actividades y movimientos cívicos. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre la aplicación de las disposiciones del Tratado relacionadas con la ciudadanía de la Unión, recuperado de: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0076_ES.html.

más, las propuestas del informe sobre *Europa de los ciudadanos* quedaron, no obstante, muy reducidas en el texto del Acta Única Europea³².

El Tratado de Maastricht³³ constituye uno de los mayores intentos de potenciación de la identidad colectiva por medio, en concreto, de la ciudadanía europea. El escenario en el que se produce su firma, el 7 de febrero de 1992, era el resultado de un conjunto de importantes cambios endógenos y exógenos producidos en un breve espacio de tiempo. Desde el punto de vista endógeno, se habían adherido a la CEE Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Grecia, España y Portugal, y en 1995 lo harían Austria, Finlandia y Suecia, dando lugar a la “Europa de los Quince”. Además, el Acta Única Europea había establecido las bases para la creación del mercado interior y la moneda única. Desde el punto de vista exógeno, se había producido la reunificación alemana, la caída de las repúblicas socialistas del este de Europa y la desintegración de la Unión Soviética (y, en definitiva, el “fin de la historia”³⁴), lo que obligaba a la CEE a decidir sobre su ampliación oriental. Los Estados Miembros se debían sumergir así en un profundo debate sobre la naturaleza y el futuro de la CEE que acabaría plasmándose en las amplias reformas adoptadas por el Tratado de Maastricht.

El Tratado de la Unión Europea (TUE)³⁵ orientó los esfuerzos hacia la construcción de un nuevo relato europeo en dos direcciones. En primer lugar, el fomento de la identidad cultural: devenía imprescindible que los ciudadanos que sustentaban el proyecto comunitario fueran conscientes de que constituían una unidad cultural común³⁶, para lo que devenía indispensable el refuerzo de la in-

32 Acta Única Europea, Diario Oficial de la Unión Europea L 169, de 29 de junio de 1987. Así lo señalan Moreno y Núñez. *Historia de la construcción europea...*, 165.

33 Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, Diario Oficial de la Unión Europea C 191, de 29 de julio de 1992.

34 Tomo la célebre expresión de: Fukuyama, Francis. *El fin de la historia y el último hombre*. Barcelona: Planeta, 1992.

35 Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 202, de 7 de junio de 2016.

36 De este modo, en la Comunicación de la Comisión sobre la Europa de los ciudadanos se afirmaba que “[l]a identidad europea es el resultado tanto de una historia compartida a lo largo de siglos como de una serie de valores culturales fundamentales comunes. La toma de conciencia de dicha identidad por parte del ciudadano europeo queda reforzada por iniciativas de valor simbólico, campañas de sensibilización y aspiraciones cada vez más convergentes en materia de construcción europea”. Comunicación de la Comisión sobre la Europa de los ciudadanos..., 7.

tegración³⁷ en materia educativa³⁸ y cultural³⁹. En segundo lugar, a un aumento de competencias del Parlamento Europeo se unió la traslación a la UE del lenguaje propio del constitucionalismo clásico, es decir, estatal; en particular, los valores, los derechos fundamentales y la ciudadanía europea⁴⁰, aunque constreñidos a los límites impuestos por el respeto a la “identidad nacional” de los Estados miembros⁴¹.

Sin embargo, la principal aportación del Tratado de Maastricht fue la creación de la “ciudadanía europea”, término empleado por primera vez en el conocido como “proyecto Spinelli”⁴². La ciudadanía europea, común a los nacionales

37 La UE asumió competencia en materia de educación y cultura: el art. 3.p) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea fijaría que “[p]ara alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado (...) una contribución a una enseñanza y a una formación de calidad, así como al desarrollo de las culturas de los Estados miembros”.

38 En el ámbito de la educación, se incorporó un nuevo capítulo tercero (“Educación, formación profesional y juventud”; arts. 126 y 127 TCE) al título VIII (“Política social, de educación, de formación profesional y de juventud”) de la tercera parte del TCE (“Políticas de la Comunidad”). El art. 126.2 TCE estableció que la acción de la Comunidad se encaminaría, entre otras, a “desarrollar la dimensión europea en la enseñanza, especialmente a través del aprendizaje y de la difusión de las lenguas de los Estados miembros” y a “favorecer la movilidad de estudiantes y profesores”. En virtud de estas nuevas competencias comunitarias, se puso en marcha en 1994 el programa educacional *Sócrates*, en el que se incluía el exitoso *Erasmus*, iniciado siete años antes.

39 El Tratado de Maastricht incorporó a la tercera parte del TCE un nuevo título IX, denominado “Cultura”, que incidía especialmente en la diversidad y los aspectos comunes europeos (art. 128 TCE)-
40 El tercer párrafo del preámbulo del Tratado de Maastricht proclamaba la adhesión de las Comunidades Europeas “a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho” y el segundo apartado del art. F señalaba que “[l]a Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el [Convenio Europeo de Derechos Humanos], y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

41 Según el primer apartado del art. F del Tratado de Maastricht, “[l]a Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos”. Con pocas variaciones, esta referencia se mantiene en el vigente art. 4.2 TUE: “[l]a Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional”. En realidad, como apunta RUBIO LLORENTE, “[l]as identidades que la Unión respeta no son las de las naciones europeas, sino las de los correspondientes Estados nacionales, las inherentes a “las estructuras fundamentales, políticas y constitucionales” de los Estados mismos”. Esto es, el TUE identifica nación y Estado, lo que significa, a efectos prácticos, que “el respeto por la identidad nacional de los Estados equivale al respeto por su soberanía”. Francisco Rubio Llorente, “Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 17 (2013): 523.

42 Resolution on the draft Treaty establishing the European Union, Diario Oficial de la Unión Europea C 77, de 19 de marzo de 1984. El proyecto de Tratado constitutivo de la Unión Europea fue aprobado por el Parlamento Europeo el 14 de febrero de 1984. Conocido como “proyecto Spinelli” por

de los Estados miembros (octavo párrafo del preámbulo), debía contribuir al objetivo de la Unión de reforzar la protección de los derechos e intereses de dichos nacionales (tercer párrafo del art. B), así como a la generación de un sentimiento de identidad colectiva europea o de pertenencia de los europeos a su comunidad política⁴³.

El Tratado de Maastricht dedicó una parte específica del reformado Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), la segunda, a la “Ciudadanía de la Unión” (arts. 8 a 8 E TCE)⁴⁴. El art. 8.1 TCE señalaba, en lo que hoy es el art. 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁴⁵, que “[s]e crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”. Adicionalmente, por medio de la Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, anexa al Tratado, los Estados miembros quisieron aclarar que

“cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate”.

En efecto, la determinación de la titularidad de la ciudadanía de la Unión, por tanto, no corresponde a la Unión, sino a los Estados miembros a través de

haber ocupado el eurodiputado italiano Altiero Spinelli la ponencia y coordinación de la comisión parlamentaria que redactó el texto, su art. 3 establecía que [t]he citizens of the Member States shall ipso facto be citizens of the Union. Citizenship of the Union shall be dependent upon citizenship of a Member State; may no be independently acquired or forfeited. Citizens of the Union shall take part in the political life of the Union in the forms laid down by this Treaty, enjoy the rights granted to them by the legal system of the Union and be subject to its laws.

43 Pablo Cristóbal Jiménez Lobeira, “EU Citizenship and Political Identity: The Demos and Telos Problems”, *European Law Journal* 18, n° 4 (2012): 506, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2012.00612.x>

44 Como señala von Bogdandy, la creación de una ciudadanía europea trata de seguir la tradición republicana según la cual la inclusión de los ciudadanos en el proceso de decisiones se consideraba el paradigma de la formación de la identidad colectiva. No obstante, como destaca el mismo autor, las previsiones relacionadas con el Parlamento Europeo, los partidos políticos y la ciudadanía europea no han desencadenado una identidad europea sustantiva en la mayoría de la ciudadanía. Armin von Bogdandy, “The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe”, *International Journal of Constitutional Law* 3, n° 2-3 (2005): 312, DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moio21>.

45 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 202, de 7 junio de 2016.

su propio y no armonizado régimen de nacionalidad, lo que da lugar a una multiplicidad de regímenes diferentes, tantos como Estados miembros, para adquirir la ciudadanía de la Unión. El segundo apartado del art. 8 TCE (hoy art. 20.2 TFUE) fijó, finalmente, el significado de esta ciudadanía: “Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado”⁴⁶.

La propuesta de incorporación de la ciudadanía europea al Tratado de Maastricht procede, en buena medida, de España. En una carta fechada el 4 de mayo de 1990, enviada por el presidente del Gobierno español Felipe González al presidente del Consejo Europeo Charles J. Haughey, aquél afirmaba, en el debate sobre el avance hacia una Unión Política, que ésta “consiste primordialmente en transformar un espacio, hasta ahora de carácter esencialmente económico, pensado para garantizar la libre circulación de trabajadores, servicios, capitales y mercancías, en un espacio común integrado, en el que al ciudadano europeo correspondería la posición de protagonista”⁴⁷.

Meses más tarde el Gobierno español presentó su propuesta oficial: “Hacia una ciudadanía europea”⁴⁸. En ella, la “ciudadanía de la Unión Política Europea” aparecía como el fundamento de la legitimidad democrática de la Unión⁴⁹ y se definía como el

“estatuto personal e inseparable de los nacionales de los Estados miembros, que por su pertenencia a la Unión son sujetos de derechos y deberes esenciales pro-

46 En concreto, la ciudadanía europea comportaba el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 8 A TCE), el derecho del ciudadano de la Unión que residiera en un Estado miembro del que no era nacional a ser elector y elegible en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que residía, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (art. 8 B TCE), el derecho a acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no estuviera representado el Estado miembro del que era nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (art. 8 C TCE), el derecho de petición ante el Parlamento Europeo (art. 8 D TCE) y el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo (art. 8 D TCE).

47 “Texto de la carta del Presidente del Gobierno de España, don Felipe González Márquez al Primer Ministro de Irlanda, Mr. Charles J. Haughey, fechada el 4 de mayo de 1990, sobre la Unión Política y la ciudadanía europea”, en Mesa Garrido, Roberto. “Europa, la Comunidad y los cambios en el Este. Una perspectiva desde las relaciones internacionales”. *Revista de Instituciones Europeas* 17, nº 3 (1990): 780.

48 “Hacia una ciudadanía europea (Propuesta oficial de España, octubre de 1990)”. *Revista de Instituciones Europeas* 18, nº 1 (1991): 333-338.

49 Hacia una ciudadanía europea..., 338.

pios del ámbito de la Unión y que se ejercen y tutelan específicamente dentro de las fronteras de ésta, sin perjuicio de que tal condición de ciudadano europeo se proyecte también fuera de esas fronteras”⁵⁰.

El concepto se configuraba como una “tercera esfera de derechos y deberes que se suma a las dos esferas existentes en la actualidad”: la nacionalidad — respecto de la que se especificaba que no iba ser sustituida “en ningún caso”— y la comunitaria — “la derivada de los Tratados para los nacionales de un Estado miembro de la Comunidad”—⁵¹.

La propuesta española contemplaba el siguiente elenco de derechos: derechos especiales básicos del ciudadano europeo (derecho a la libre circulación plena, a la libre elección de residencia y a la participación política en el lugar de residencia —libertad de expresión, de asociación y de reunión, procedimiento electoral uniforme, derecho al sufragio en el lugar de residencia en las elecciones al Parlamento europeo y, progresivamente, también en las elecciones locales—); derechos que se derivan del desarrollo dinámico de la Unión, cuya adquisición dependería de la progresiva asunción de competencias; derecho a la asistencia y protección diplomática y consular por parte de un Estado miembro a otros nacionales comunitarios; otros posibles desarrollos de la ciudadanía europea en la que se incluía el servicio militar; y la tutela de la ciudadanía por medio de la presentación de peticiones o quejas ante un *Ombudsman* europeo⁵².

Finalmente, el 20 de febrero de 1991 se emitió la propuesta de texto articulado sobre ciudadanía europea que presentaría la delegación española a la Conferencia Intergubernamental sobre Unión Política⁵³, cuyo preámbulo apelaba a la necesidad de “sentar las bases de un espacio integrado al servicio del ciudadano, origen mismo de la legitimidad democrática y pilar fundamental de la Unión, a través de la constitución progresiva de una ciudadanía común, cuyos derechos y deberes emanan de la Unión”. Muchas de sus propuestas fueron tras-

50 Hacia una ciudadanía europea..., 333.

51 Hacia una ciudadanía europea..., 335.

52 Hacia una ciudadanía europea..., 335-337.

53 “Propuesta de texto articulado sobre ciudadanía europea (20 de febrero de 1991)”. *Revista de Instituciones Europeas* 18, nº 1 (1991): 405.

ladadas al Tratado de Maastricht: la vinculación de la ciudadanía a la nacionalidad, el compromiso de respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones de los Estados miembros (“tradiciones constitucionales comunes” en el Tratado de Maastricht) y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), los derechos de circulación y residencia, los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones locales y al Parlamento Europeo o la protección diplomática y consular.

No obstante, la propuesta era más ambiciosa: incluía derechos como a la igualdad de oportunidades y al desarrollo pleno de sus capacidades en su medio habitual (art. 4) y la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 5), así como deberes: el deber de respetar la legislación del Estado miembro donde se encuentre la persona (art. 6.2) y el no poder ampararse en la libre circulación y residencia para eludir deberes que le incumbirían respecto de su Estado de origen o cualquier otro Estado miembro (art. 6.3). Asimismo, preveía la figura de un mediador en cada Estado miembro que debía asistir a la ciudadanía de la Unión en defensa de sus derechos ante las instancias administrativas y judiciales, así como hacerle accesible “una información clara y completa de sus derechos y de los medios para hacerlos valer” (art. 9).

En cualquier caso, al margen de la propuesta española, la ciudadanía europea contemplada en el Tratado de Maastricht era, advierten algunos autores, el reconocimiento de un estatuto de indudable —y casi único— valor simbólico, pero limitado a formalizar un estado de hecho ya adquirido:

*first, everyone knows that citizenship of the Union is not really citizenship at all, but just some fancy words on a piece of paper; and second, if it is more than some fancy words it does not confer on the holder any rights which he or she did not already have*⁵⁴.

Efectivamente, la traslación al nivel comunitario europeo de los términos propios del constitucionalismo clásico no fue acompañada, no obstante, de sus

54 Elspeth Guild, “The Legal Framework of Citizenship of the European Union”, en *Citizenship, Nationality and Migration in Europe*, ed. por David Cesarani y Mary Fulbrook (Londres: Routledge, 1997): 30.

significados y contenidos: se proclamaban los valores que compartían los Estados miembros, pero no se diseñaba ningún procedimiento de protección propio europeo; la incorporación de los derechos fundamentales se realizaba solamente en cuanto que “principios generales del Derecho comunitario”, sin atribución a la Unión de competencia en dicha materia; y se instauraba una ciudadanía europea, materialmente compuesta de un reducido espectro de derechos, respecto de la cual el Derecho de la UE no podía determinar sus requisitos de adquisición.

Los Tratados de Ámsterdam⁵⁵ y Niza⁵⁶ realizaron algunos avances en los aspectos dogmáticos de la Unión: el de Ámsterdam incorporó al preámbulo del TUE un nuevo cuarto considerando por el que la Unión se adhería a los derechos sociales fundamentales de la Carta Social Europea (1961) y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989) y creó un mecanismo sancionador (hoy art. 7.2 TUE) en caso de “violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6”, que podía conducir a la suspensión de determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados, incluidos los derechos de voto en el Consejo. Respecto a la ciudadanía europea, reiteró que “[l]a ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional” (art. 17.1 TCE)⁵⁷ y añadió un nuevo derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos en una de las lenguas oficiales y a recibir una contestación en esa misma lengua (tercer párrafo del art. 21 TCE, desarrollado en el art. 255 TCE).

Por su parte, el Tratado de Niza incorporó un mecanismo preventivo en caso de “riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de prin-

55 Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, Diario Oficial de la Unión Europea C 340, de 10 de noviembre de 1997.

56 Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, Diario Oficial de la Unión Europea C 80, de 10 de marzo de 2001.

57 Weiler se refirió a esta modificación como una “trite, banal phrase. But it reflects a profound anxiety and offers a semantic device with which to address, analytically and normatively, some of the deepest dilemmas in constructing the ends and means of transnational integration within the framework of the European Union”. Joseph H. H. Weiler, *The Constitution of Europe. “Do the new clothes have an emperor?” and other essays about European integration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), 324.

cipios contemplados en el apartado 1 del artículo 6” (actual art. 7.1 TUE). Asimismo, dos meses antes de la adopción del Tratado de Niza el 26 de febrero de 2001, los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión proclamaron solemnemente, en el Consejo Europeo de Niza de 7 de diciembre de 2000, una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁵⁸ que, no obstante, no se integraría en aquél, privándola así de eficacia jurídica.

Las anteriores medidas no recibieron, sin embargo, el respaldo unánime de la doctrina: para autores como LÜBBE, la consolidación de la conciencia unitaria europea “[s]e tiene que realizar a través de la evidencia pragmática, demostrando las ventajas de la futura Unión Europea”⁵⁹. Este autor consideraba, en 1991, que cuando se consiguiera la moneda única, las fronteras estuvieran abiertas y existiera una política de investigación o de medio ambiente europea y se apreciara que no se habría logrado nada de esto sin una actuación de las instituciones europeas, “habrá llegado el día en que cuando se icle la bandera de la Unión Europea, nos emocionaremos”⁶⁰. El propio desarrollo histórico, no obstante, ha refutado las palabras de Lübbe.

4. TERCERA ETAPA (2001 A LA ACTUALIDAD): LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO RELATO LEGITIMADOR

La declaración adoptada en el Consejo Europeo de Laeken (14 y 15 de diciembre de 2001), titulada “Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea”⁶¹, puso de manifiesto que la identidad, la legitimidad democrática y el respaldo ciudadano al proyecto comunitario eran necesidades reales para las que las anteriores reformas no habían dado una respuesta satisfactoria: “la

58 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 364, de 18 de diciembre de 2000.

59 Lübbe, *La identidad de Europa...*, 11.

60 Lübbe, *La identidad de Europa...*, 11.

61 “Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea”. *Cuadernos de Derecho Público* 17 (2002): 157.

Unión se encuentra en una encrucijada, en un punto de inflexión de su existencia. (...) [E]s preciso aproximar las Instituciones europeas al ciudadano. (...) [L]os ciudadanos consideran que las cosas se hacen demasiado a menudo a sus espaldas y desean un mayor control democrático”⁶². La Declaración abrió la que consideramos tercera, y, de momento, última etapa del desarrollo de la identidad europea, caracterizada por una intensificación de los esfuerzos en las dos líneas de actuación anteriormente descritas —cultural y política—.

Desde el punto de vista cultural, durante este periodo trata de fomentarse la conciencia de la historia y la cultura comunes compartidas por los europeos mediante proyectos como *Europa para los ciudadanos*⁶³, *Europa Creativa*⁶⁴ o la *Capital Europea de la Cultura*⁶⁵.

Desde el punto de vista jurídico-político, se pretende acometer una ambiciosa reforma del Derecho originario de la Unión, cuya máxima expresión será la *non nata* Constitución europea, en cuyo preámbulo ya es apreciable la apelación a la identidad europea (fruto de su “herencia cultural, religiosa y humanista”) y a unos vínculos tan estrechos entre los Estados de Europa (“ahora reunida tras dolorosas experiencias”), que devenía inevitable su unión para avanzar hacia el “destino común”.

En materia axiológica, el Tratado constitucional incorporaba al catálogo de principios —ahora valores—, en lo que suponía un cierto atisbo de los rasgos

62 Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea..., 157-158.

63 Reglamento (UE) 390/2014 del Consejo, de 14 de abril de 2014, por el que se establece el programa “Europa para los Ciudadanos” para el período 2014-2020, Diario Oficial de la Unión Europea L 115, de 17 de abril de 2014. Vid. también los predecesores: Decisión 1904/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por la que se establece el programa Europa con los ciudadanos para el período 2007-2013 a fin de promover la ciudadanía europea activa, Diario Oficial de la Unión Europea L 378, de 27 de diciembre de 2006; Decisión del Consejo de 26 de enero de 2004 por la que se establece un programa de acción comunitario para la promoción de la ciudadanía europea activa (participación ciudadana), Diario Oficial de la Unión Europea L 30, de 4 de febrero de 2004.

64 Reglamento (UE) 1295/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013 por el que se establece el Programa Europa Creativa (2014 a 2020) y se derogan las Decisiones n.º 1718/2006/CE, n.º 1855/2006/CE y n.º 1041/2009/CE, Diario Oficial de la Unión Europea L 347, de 20 de diciembre de 2013.

65 Decisión 445/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 por la que se establece una acción de la Unión relativa a las Capitales Europeas de la Cultura para los años 2020-2033 y se deroga la Decisión no 1622/2006/CE, Diario Oficial de la Unión Europea L 132, de 3 de mayo de 2014.

propios del constitucionalismo social, el respeto de la dignidad humana, la igualdad y los derechos de las personas pertenecientes a las minorías, así como la caracterización de la sociedad por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres (art. I-2). Asimismo, además de reconocer los derechos, libertades y principios enunciados en la CDFUE⁶⁶ (art. I-9.1), que se convertía en la Parte II de la Constitución y adquiriría, de este modo, eficacia jurídica, establecía que la Unión se adheriría al CEDH, sin que dicha adhesión supusiera modificación alguna de las competencias de la Unión (art. I-9.2)⁶⁷.

La Constitución europea no introdujo ninguna modificación sustantiva en el estatuto del ciudadano europeo. Su artículo de referencia, el I-10⁶⁸, simplificó la enumeración de los derechos que conllevaba la ciudadanía europea al incorporarlos en un mismo artículo, pero no añadió ningún otro. Sin embargo, el ciudadano se convertía, junto con los Estados, en la base de legitimación del sistema: ya no serían las “Altas Partes Contratantes” quienes constituían entre sí la UE (art. 1 TUE según Maastricht), sino que su art. 1 proclamaba que la UE era creada por la Constitución, que nacía “de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa de construir un futuro común”⁶⁹.

66 Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 202, de 7 de junio de 2016.

67 Las condiciones de dicha adhesión se concretaban en el Protocolo n° 32 sobre el apartado 2 del artículo I-9 de la constitución relativo a la adhesión de la Unión al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Asimismo, en la Declaración n° 2 relativa al apartado 2 del artículo I-9 se especificaba que la adhesión al CEDH “debería realizarse de manera que se preserven las especificidades del ordenamiento jurídico de la Unión. En este contexto, la Conferencia toma nota de que existe un diálogo regular entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; dicho diálogo podrá fortalecerse cuando la Unión se adhiera a este Convenio”.

68 El desarrollo de estos derechos se encontraba en los arts. III-123 a III-129.

69 Además, en la línea de seguir trasladando el lenguaje clásico del constitucionalismo a la esfera europea, la Constitución europea incorporaba un título VI a la primera parte, llamado “De la vida democrática de la Unión”, compuesto de ocho artículos. En el primero (art. I-45 —“Principio de igualdad democrática”—) se establecía que “[l]a Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos”. En el segundo (art. I-46) se identificaban las manifestaciones del principio de democracia representativa en la estructura institucional de la Unión y en el tercero (art. I-47), el de democracia participativa, incorporando en su cuarto apartado una nueva iniciativa ciudadana europea. Los restantes estaban dedicados a los interlocutores sociales y el diálogo social autónomo (art. I-48), el Defensor del Pueblo Europeo (art. I-49), la transparencia de los trabajos de las instituciones, órganos

El Tratado de Lisboa⁷⁰ mantuvo en buena medida las novedades introducidas por el Tratado constitucional: la referencia, en el segundo párrafo del preámbulo, a la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, la nueva formulación de los valores en el art. 2 TUE o la exigencia de adhesión de la Unión al CEDH (art. 6.2 TUE)⁷¹. No obstante, es posible identificar, a los efectos que nos interesan, tres diferencias entre el Tratado de Lisboa y la Constitución europea. En primer lugar, la doble legitimidad ciudadanía-Estados del art. 1 de la Constitución europea desaparecerá en el Tratado de Lisboa en beneficio de la legitimidad estatal única (art. 1 TUE). En segundo lugar, la Carta queda fuera del articulado, aunque adquirirá el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE). Finalmente, el Tratado de Lisboa no incorporaría al texto de los Tratados los símbolos europeos, si bien dieciséis Estados miembros⁷² suscribirían, en la

y organismos de la Unión (art. I-50), la protección de datos de carácter personal (art. I-51) y el estatuto de las iglesias y de las organizaciones no confesionales (art. I-52), en el que la Unión se comprometía a respetar el estatuto que cada uno de los Estados otorgara a las iglesias, las asociaciones o comunidades religiosas y las organizaciones filosóficas y no confesionales, así como el mantenimiento con ellas de un “diálogo abierto, transparente y regular”. Finalmente, los símbolos de la Unión se incorporaban al articulado en el art. I-8: “La bandera de la Unión representa un círculo de doce estrellas doradas sobre fondo azul. El himno de la Unión se toma del “Himno a la Alegría” de la Novena Sinfonía de Ludwig van Beethoven. La divisa de la Unión es “Unida en la diversidad”. La moneda de la Unión es el euro. El Día de Europa se celebra el 9 de mayo en toda la Unión”.

70 Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, Diario Oficial de la Unión Europea C 306, de 17 de diciembre de 2007.

71 Las condiciones de dicha adhesión se concretan ahora en el Protocolo nº 8 sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Del mismo modo, se mantuvo la Declaración nº 2 anexa al Acta Final del Tratado constitucional. Asimismo, el título II TUE (“Disposiciones sobre los principios democráticos”) recoge, por un lado, parte del articulado del título del Tratado Constitucional dedicado a “la vida democrática de la Unión” (en concreto, los arts. I-45, I-46 y I-47, que pasarán a ser, respectivamente, los arts. 9, 10 y 11 TUE), con lo que se incorpora al TUE la iniciativa ciudadana europea (art. 11.4 TUE). En cambio, los preceptos dedicados a los interlocutores y el diálogo sociales (I-48), el Defensor del Pueblo Europeo (I-49), la exigencia de transparencia (I-50), la protección de datos de carácter personal (I-51) y el estatuto de las iglesias y las organizaciones no confesionales (I-52), pasarán respectivamente, con modificaciones, a los arts. 152, 228, 15, 16 y 17 TFUE. Por otro lado, la ciudadanía de la Unión, que en el Tratado constitucional ocupaba un artículo específico —el I-10— (al margen de su desarrollo en los arts. III-123 a III-129), se dividirá entre una referencia genérica en el art. 9.1 TUE (“Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”) y una enumeración de los derechos en el art. 20 TFUE. El desarrollo de estos derechos, por su parte, se encontrará en los arts. 21 a 24 TFUE.

72 Se trata de Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia.

Declaración nº 52, que la bandera, el himno, la divisa⁷³, el euro⁷⁴ y el día de Europa seguían siendo, para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la UE y de su relación con ésta⁷⁵.

Con posterioridad al Tratado de Lisboa, y como consecuencia de la polémica reforma constitucional y otras medidas emprendidas por el presidente húngaro Viktor Orbán, a los mecanismos sancionador y preventivo por violación de los valores de la Unión previstos en el art. 7 TUE, se añadió en 2014 el Marco del Estado de Derecho⁷⁶, un mecanismo de diálogo político entre la Comisión europea y las autoridades gubernamentales del Estado miembro que trataba de evitar el recurso al art. 7 TUE, y que de momento sólo ha sido aplicado a Polonia⁷⁷.

Por otra parte, la Comisión europea ha tratado de implicar a la ciudadanía europea en los asuntos europeos más allá de los instrumentos jurídicos previstos en los Tratados; esto es, la iniciativa ciudadana europea y el derecho de petición

73 El lema o divisa, “unida en la diversidad”, se eligió a través de un concurso entre estudiantes de los quince Estados miembros de la UE, celebrado entre septiembre de 1999 y enero de 2000 y anunciado en el Parlamento Europeo el 4 de mayo de 2000. El lema quedó reflejado por primera vez en el art. I-8 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Algunos autores han criticado la ambigüedad de la divisa, que puede ser entendida como una apelación tanto al pluralismo como a la centralización del poder. Shore, *Building Europe...*, 54.

74 Aunque no es un símbolo típico, el euro, como también la CDFUE o, aunque fracasada, la denominación “Constitución europea”, también desempeñan indirectamente la función de representación e identificación propia de aquéllos.

75 No existe una normativa específica sobre el uso de los símbolos europeos, por lo que queda a la libre determinación de las autoridades estatales. Sí existe, sin embargo, un acuerdo con el Consejo de Europa que permite a toda persona física o jurídica, bajo determinadas condiciones, utilizar el emblema europeo o cualquiera de sus elementos: Acuerdo administrativo con el Consejo de Europa relativo al uso del emblema europeo por terceras partes, Diario Oficial de la Unión Europea C 271, de 8 de septiembre de 2012.

76 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho., Código Celex 52014DC0158, recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52014DC0158&qid=1548405136836>.

77 Vid. Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia, Diario Oficial de la Unión Europea L 217, de 12 de agosto de 2016; Recomendación (UE) 2017/146 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374, Diario Oficial de la Unión Europea L 22, de 27 de enero de 2017; Recomendación (UE) 2017/1520 de la Comisión, de 26 de julio de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374 y (UE) 2017/146, Diario Oficial de la Unión Europea L 228, de 2 de septiembre de 2017; Recomendación (UE) 2018/103 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2017, por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 y (UE) 2017/1520, Diario Oficial de la Unión Europea L 17, de 23 de enero de 2018.

(art. 24 TFUE). En concreto, a través de los “Diálogos con los ciudadanos”, en los que miembros de la Comisión o de otras instituciones de la UE como el Parlamento Europeo participan junto con cargos públicos locales en reuniones abiertas y gratuitas con la ciudadanía sobre las políticas de la UE⁷⁸; y también a través de diferentes vías de participación en la formulación de legislación europea: aportaciones a las hojas de ruta y las evaluaciones del impacto inicial, participación en las consultas públicas y formulación de comentarios a las propuestas legislativas y los proyectos de actos delegados y de ejecución, incluso cuando ya han entrado en vigor⁷⁹.

5. OBSERVACIONES FINALES

A pesar de los importantes avances producidos durante las últimas décadas, no es posible afirmar que la identidad europea haya conseguido la raigambre esperada y necesaria para legitimar democráticamente la UE. La Unión ha considerado erróneamente que la imagen (los símbolos, las instituciones, las meras proclamaciones) pueden sustituir unas aspiraciones de constitucionalización de la Unión (mayor legitimidad democrática, derechos fundamentales efectivos, etc.) cuya satisfacción sí podría generar un sentimiento de pertenencia. Como advierte SHORE,

[p]opular loyalty has to be earned gradually through incremental actions, not ‘captured’ by manufactured symbols and state-like institutions. To be effective, European flags, anthems, trophies and institutions must be meaningful, and that means they should come after, not before, political legitimacy has been established and accepted by the people of Europe⁸⁰.

Este autor denuncia también la contradicción existente entre, por un lado, la anteriormente descrita retórica sobre la ciudadanía, la cultura y el pueblo eu-

⁷⁸ Vid. la página web de la iniciativa: https://ec.europa.eu/info/events/citizens-dialogues_es.

⁷⁹ Vid. la página web de la iniciativa: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say_es.

⁸⁰ Shore, *Building Europe...*, 226.

ropeo y, por otro lado, el intento tecnocrático de desideologizar el proceso de integración y presentarlo como de carácter jurídico-racional y técnico⁸¹.

En definitiva, las actuales políticas públicas de identidad europea cometen en la actualidad el mismo error de partida que en los orígenes del proyecto comunitario: la creencia de que la ciudadanía europea desarrollará un sentido de pertenencia por medio de la simple adhesión gratuita o espontánea a un relato, y que, por tanto, los esfuerzos deben ir dirigidos a la articulación y difusión de dicho relato: el *ciudadano europeo* no sólo forma parte de un mercado común de innumerables beneficios, sino de una unión política en el que rigen los mismos *valores*, que garantiza los mismos *derechos fundamentales*, que comparte una misma *cultura* y que es heredero de un *pasado histórico común*. Este relato, que incluso podría afirmarse que no singulariza a la UE sino más bien al continente europeo, no está acompañado de medidas y reformas estructurales concretas. Por el contrario, consideramos que sólo una reforma ambiciosa de la arquitectura constitucional de la Unión, de una Constitución europea fruto de un proceso constituyente democrático en que la legitimidad ciudadana desplace al protagonismo estatal y que centralice a la persona en el ordenamiento jurídico-político de la Unión, frente a los intereses estatales y de mercado, puede ser capaz de erigirse en el proyecto político necesario para la generación de identidad propia europea que pueda, al fin, legitimar democráticamente la Unión Europea.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Biedenkopf, Kurt; Geremek, Bronisław; Michalski, Krzysztof y Rocard, Michel. "Concluding Remarks". En *What holds Europe together?*, editado por Krzysztof Michalski. 93-102. Budapest: Central European University Press, 2013. <http://books.openedition.org/ceup/1784>
- Dahrendorf, Ralf. *Perché l'Europa? Riflessioni di un europeista scettico*. Bari: Editori Laterza, 1997.

81 Shore, *Building Europe...*, 225.

- Guild, Elspeth. "The Legal Framework of Citizenship of the European Union". En *Citizenship, Nationality and Migration in Europe*, editado por David Cesarani y Mary Fulbrook. 30-55. Londres: Routledge, 1997.
- Jiménez Lobeira, Pablo Cristóbal. "EU Citizenship and Political Identity: The Demos and Telos Problems". *European Law Journal* 18, nº 4 (2012): 504-517, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2012.00612.x>.
- Krastev, Ivan. "Europe's Solidarity Deficit". En *What holds Europe together?*, editado por Krzysztof Michalski. 143-145. Budapest: Central European University Press, 2013. <http://books.openedition.org/ceup/1784>.
- Lübbe, Hermann. *La identidad de Europa y el proceso de Unión Europea*. Alcalá de Henares: Instituto de dirección y organización de empresa y Universidad de Alcalá, 1992.
- Moreno Juste, Antonio y Núñez Peñas, Vanessa. *Historia de la construcción europea desde 1945*. Madrid: Alianza Editorial, 2017.
- Rubio Llorente, Francisco. "Derechos fundamentales, principios estructurales y respeto por la identidad nacional de los Estados miembros de la Unión Europea". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 17 (2013): 515-527
- Shore, Cris. *Building Europe. The Cultural Politics of European Integration*. Londres y Nueva York: Routledge, 2000.
- Truyol Serra, Antonio. "El informe Tindemans". *Revista Española de Derecho Internacional* 29, nº 1 (1976): 91-97.
- Von Bogdandy, Armin. "The European constitution and European identity: Text and sub-text of the Treaty establishing a Constitution for Europe". *International Journal of Constitutional Law* 3, nº 2-3 (2005): 295-315, DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moi021>.
- Weiler, Joseph H. H. *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?" and other essays about European integration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

ADRIÁN GARCÍA ORTIZ
 Área de Derecho Constitucional
 Departamento de Estudios Jurídicos del Estado
 Facultad de Derecho
 Universidad de Alicante
 agarcia.ortiz@ua.es
<https://orcid.org/0000-0002-5964-3903>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.163>

LOCALIZACIÓN EMPRESARIAL Y RETO DEMOGRÁFICO. EL
ROL DE LA FISCALIDAD PORTUGUESA*

COMPANIES LOCALIZATION AND DEMOGRAPHIC CHALLENGE.
THE ROLE OF THE PORTUGUESE TAXATION

FÁTIMA PABLOS MATEOS¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 08/10/2021 Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

La localización de las empresas responde a diversos factores. La fiscalidad es uno de ellos. Ciertamente, la adopción de medidas fiscales competitivas puede ser un incentivo capaz de atraer nuevas empresas. Así lo ha entendido Portugal. El país vecino ha desarrollado, en el ámbito de la fiscalidad, medidas territorializadas de discriminación positiva con el fin de atraer nuevas empresas a los territorios del interior, áreas que presentan importantes tasas de despoblación, envejecimiento y pobreza. Con la llegada de nuevas empresas al interior del país se pretende dinamizar ese territorio, procurando su

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto regional I+D+i de investigación IB20117 “La necesaria reforma de las administraciones públicas y del modelo territorial español ante el reto demográfico en Extremadura” (IP: Gabriel Moreno González), cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional y la Consejería de Economía, Ciencia y Agenda Digital de la Junta de Extremadura.

¹ Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad de Extremadura. Su carrera como profesora universitaria se ha desarrollado en la Universidad de Extremadura, donde actualmente imparte docencia, y en la Universidad Internacional de la Rioja. Entre sus principales líneas de investigación destacan la Hacienda local, la fiscalidad en materia de género y los estudios sobre fiscalidad demográfica. Estudios que han sido objeto de una monografía, así como artículos en revistas especializadas y capítulos en obras colectivas. Participa como investigadora en diversos proyectos de investigación.

desarrollo económico, fijar población y reducir las asimetrías regionales existentes en la actualidad.

El reto demográfico es una cuestión de plena actualidad, por ello, el objetivo de este trabajo será analizar los beneficios fiscales regulados por Portugal con el fin de incentivar la localización de empresas en el interior del país en respuesta a esta problemática.

Palabras clave: Beneficios fiscales, localización empresarial, Portugal.

ABSTRACT

The location of companies responds to several factors. Taxation is one of them. Certainly, the adoption of competitive tax measures can be an incentive capable of attracting new companies. This is how Portugal has understood it. The neighboring country has developed in the field of taxation, territorialized positive discrimination measures in order to attract new companies to the interior territories, areas with significant rates of depopulation, ageing and poverty. With the arrival of new companies in the interior of the country, it is intended to boost that territory, ensuring its economic development, fixing population and reducing existing regional asymmetries.

The demographic challenge is a highly topical issue, therefore, the objective of this work will be to analyze the tax benefits regulated by Portugal in order to encourage the location of companies in the interior of the country in response to this problem.

Keywords: Fiscal benefits, companies localization, Portugal.

Sumario: 1. Introducción 2. Los planes adoptados en Portugal frente al reto demográfico 3. Los beneficios fiscales para las empresas que se ubiquen en los territorios del interior de Portugal 3.1. Tipo de gravamen reducido en el IRC 3.2. Beneficios fiscales contractuales a la inversión productiva 3.3. Régimen fiscal de apoyo a la inversión 3.4. Deducción por reinversión de los beneficios 4. Otros beneficios fiscales: incentivos fiscales a la actividad silvícola 5. El gasto fiscal que representan los incentivos fiscales analizados 6. Reflexiones finales.

1. INTRODUCCIÓN

La ubicación de las empresas en una determinada región responde a motivaciones diversas que condicionan la toma de decisiones. Son más atractivas aquellas localizaciones que pueden reportar mayores beneficios, que, principalmente, se traducen en un aumento de la rentabilidad y/o la reducción de los costes.

Por tanto, determinar el lugar más idóneo para la ubicación de la empresa comporta el análisis de distintos aspectos. Entre otros, la red de transporte existente, el mercado de trabajo, el coste de los suministros, la demanda, los recursos naturales, la fiscalidad, etc.

Atendiendo a los factores señalados, las zonas o territorios con escaso desarrollo económico y demográfico no parecen ser el destino apropiado. Ciertamente, los territorios poco poblados no resultan atractivos para la localización de las empresas, dadas las dificultades que conlleva generar riqueza en zonas donde la actividad económica es reducida². Por ello, es necesario desarrollar planes de recuperación capaces de generar crecimiento económico. Y en esos planes, el territorio debe convertirse en un elemento esencial capaz de contribuir a ese proceso de recuperación. A tal fin, es fundamental analizar su potencial de desarrollo, atendiendo a sus recursos naturales, las características de su población..., en definitiva, a sus particularidades. Esto es lo que, desde una perspectiva empresarial, hacen las nuevas corrientes basadas en las teorías de la globalización, que apuestan por el desarrollo contando con el territorio, y, de forma especial, considerando sus singularidades.

Así pues, conocer el potencial de desarrollo del territorio es determinante. Junto a ello es necesario elaborar políticas y estrategias adecuadas que, ofreciendo condiciones competitivas, sean capaces de atraer nuevos inversores. Es en este punto donde la fiscalidad puede ser decisiva. Esta combinación del territorio, con sus características propias, y una fiscalidad favorable puede favorecer

2 Sobre la relación entre la demografía y el desarrollo económico, *vide*. António Leitão Amaro, "Estagnação Secular? Consequência de uma efetiva tendência demográfica?", *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Año 9, núm. 4, (2017): 13-73.

la localización empresarial, contribuyendo al enriquecimiento de zonas despobladas, al generar desarrollo económico.

En suma, desde una perspectiva empresarial, la fiscalidad puede ser considerada como herramienta a favor de lo local integrada en las ideas de glocalización.

Por todo ello, el objetivo de este trabajo es analizar el papel que puede asumir la fiscalidad. Para este fin, estudiaremos las medidas territorializadas de discriminación positiva que han sido adoptadas en Portugal. El país vecino, entre otras medidas, ha regulado determinados beneficios fiscales para las empresas, tratando así de atraerlas hacia los territorios más desfavorecidos, lo que permitirá dinamizar esas zonas, fijar población en ellas y reducir las asimetrías regionales existentes entre las zonas del interior y el litoral portugués.

2. LOS PLANES ADOPTADOS EN PORTUGAL FRENTE AL RETO DEMOGRÁFICO

Para abordar el reto demográfico Portugal ha adoptado una serie de medidas que pretenden impulsar las zonas del interior. A diferencia de lo que sucede en las zonas costeras, en las regiones del interior existen importantes tasas de despoblación, envejecimiento y pobreza, lo que ha generado un desequilibrio territorial que ha requerido dar respuestas con las que garantizar un desarrollo análogo en todas las zonas del país.

Concretamente, con el fin de lograr el equilibrio territorial y reducir las asimetrías regionales, Portugal diseñó el Programa Nacional para la Cohesión³

3 Santinha nos recuerda que el principio de cohesión territorial surge "(...) con el objetivo general de lograr el desarrollo armónico de todos los territorios, valorando su diversidad y complementariedad y brindar a la población la posibilidad de hacer el mejor uso de las características existentes en cada territorio", para posteriormente concretar que la adopción del principio de cohesión territorial trata de abordar el equilibrio territorial "(...)destacando las características específicas de cada territorio, no solo en términos de problemas, sino también teniendo en cuenta las oportunidades. Este principio revela un nuevo enfoque, que une la idea (siempre necesaria) de combatir las disparidades regionales con una lógica de valorización territorial, es decir, de concebir el territorio como una oportunidad", en Gonçalo Santinha, "O princípio de coesão territorial enquanto novo paradigma de desenvolvimento na formulação de políticas públicas: (re)construindo ideias dominantes", *EURE: Revista Lationamericana de Estudios Urbano Regionales*, núm. 119, (2014): 82-83. En cuanto a su definición, Santinha y Marques indican que "(...) la definición de Cohesión Territorial no es clara o, en otras

Territorial⁴ (en adelante, PNCT). Este programa tiene por objetivo implantar medidas territorializadas de discriminación positiva, capaces de promocionar los territorios del interior, dinamizándolos económicamente y fijar población. Para ello se diseñan 164 medidas, que, a su vez, quedaron englobadas en 5 ejes de intervención: Eje 1. Un territorio Interior + Cohesivo; Eje 2. Un territorio Interior + competitivo; Eje 3. Un territorio Interior + Sostenible; Eje 4. Un territorio Interior + conectado; Eje 5. Un territorio Interior + Colaborativo.

En el PNCT también se recoge una «Agenda de Interior», que está formada por ocho iniciativas específicas para afrontar la promoción e impulso, justamente, de las zonas del interior. Son las siguientes: a) Envejecer con calidad; b) Innovación económica; c) Capital territorial; d) Cooperación transfronteriza; e) Relación rural-urbana; f) Accesibilidad digital; g) Atractivo territorial y h) Enfoques, redes y participación.

Por lo que se refiere a la delimitación del ámbito territorial fue la Portaria número 208/2017, de 13 de julio⁵ la encargada de su concreción, detallándose en la misma las zonas beneficiarias de las medidas del PNCT. Debe resaltarse la amplitud del ámbito territorial, que incide sobre una extensión muy relevante del país vecino. En concreto, conforman el interior del país 165 municipios y 73 freguesias o parroquias⁶.

palabras, queda por aclarar el significado y lo que implica para lograr un territorio más cohesionado. No obstante, se podría argumentar que la noción de Cohesión Territorial está asociada a la idea de acceso generalizado a Servicios de Interés General, desarrollo de infraestructuras y redes de transporte (es decir, accesibilidad y movilidad), uso de tecnologías de la información y la comunicación, apuestas por un modelo territorial policéntrico y desarrollo de redes”. En Gonçalo, Santinha y Teresa Marques, “A integração do princípio de Coesão Territorial na agenda política: o caso português”, *Revista de Geografia e Ordenamento do Território*, núm. 2, (2012): 226.

4 El PNCT se crea mediante la Resolución del Consejo de Ministros número 76/2016. Puede ser consultado en el ANEXO I de la Resolución del Consejo de Ministros número 76/2016, disponible en: <https://www.portugal.gov.pt/gc21/programas-de-acao-governativa/programa-de-valorizacao-do-interior/aprova-o-programa-nacional-para-a-coesao-territorial1.aspx> [Consulta realizada el 1 de octubre de 2021].

5 Puede consultarse en: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/legislacao/diplomas_legislativos/Documents/Portaria_208_2017.pdf [Consulta realizada el 1 de octubre de 2021].

6 Sobre las freguesias o parroquias, *vide*. Gabriel Moreno González, Xavier Marinêz de Oliveira y José Francisco Xavier dos Santos, “Los niveles competenciales e institucionales en Portugal”, en *Extremadura-Portugal. Una guía para la cooperación transfronteriza*, dir. por Gabriel Moreno González (Mérida: Junta de Extremadura. Dirección General de Acción Exterior, 2020), 43-57.

Para la ejecución del PCNT se creó la *Unidade de Missão para a Valorização do Interior*, mediante el Decreto-Lei número 251-A/2015, de 17 de diciembre. Posteriormente, la Resolución del Consejo de Ministros número 3/2016 definió su naturaleza, funciones y plazo de funcionamiento, atribuyéndole la responsabilidad de crear, implementar y supervisar el PNCT⁷, al igual que promover el desarrollo en el Interior.

El PNCT fue sustituido por el *Programa de Valorização do Interior* (en adelante, PVI)⁸. El PVI incluyó medidas adicionales, entre las que destacamos las de naturaleza tributaria, que fueron recogidas dentro del Eje 2 Un territorio Interior + Competitivo, y son las siguientes:

- Mejora de los gastos deducibles en el *Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares* (en adelante, IRS). Se trata de una deducción en el IRS aplicable cuando un miembro de la unidad familiar acuda a centros escolares o universitarios situados en el interior.

- Aumento de los gastos de arrendamiento y mejora de la deducción por gastos de arrendamiento destinados a aquellos que, residiendo en el litoral, trasladen su residencia y tengan su empleo en el interior.

- Reducción en el *Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas* (en adelante, IRC) por los puestos de trabajo creados en el interior.

- Mejora de los beneficios fiscales contractuales en el interior y del Régimen Fiscal de Apoya a la Inversión. Medidas que afectan al IRC.

- Mejora de los beneficios fiscales en el interior. Medida que afecta al IRC. Se trata de una mejora de los incentivos fiscales aplicables a las empresas cuando reinvierten sus beneficios en las zonas del interior.

7 Sobre la forma de implementar el PCNT, *vide* Alcides A. Monteiro, “Territórios do interior, coesão territorial e modelos de governança: a propósito do Programa Nacional para a Coesão Territorial”, *Revista da Associação Portuguesa de Sociologia*, núm. 19, (2019): 127-151.

8 El PVI fue aprobado por la Resolución del Consejo de Ministros número 116/2018, de 6 de septiembre. Puede consultarse en el ANEXO de la Resolución del Consejo de Ministros número 116/2018, de 6 de septiembre, que se encuentra disponible en: <https://www.portugal.gov.pt/gc21/programas-de-acao-governativa/programa-de-valorizacao-do-interior/aprova-o-programa-de-valorizacao-do-interior1.aspx> [Consulta realizada el 1 de octubre de 2021].

Los destinatarios de las medidas son tanto las familias como las empresas. Además, como puede observarse, mayoritariamente, la fórmula empleada consiste en incorporar mejoras sobre beneficios fiscales ya existentes.

Posteriormente, el PVI fue revisado por la Resolución del Consejo de Ministros número 18/2020, de 27 de marzo, implementándose nuevas medidas denominadas +CO3SO⁹, que se organizan en cuatro ejes: a) Valorizar los recursos endógenos y la capacidad empresarial del interior; b) Promover la cooperación transfronteriza para la internalización de los bienes y servicios; c) Captar inversiones y fijar población en el interior; d) Hacer los territorios del interior más competitivos.

Estas nuevas medidas, junto a las ya existentes, evidencian la necesidad de potenciar el desarrollo endógeno para lo que el territorio asume una importancia principal. El territorio pasa así a formar parte de la estrategia empresarial.

En suma, se busca potenciar el territorio para hacerlo más competitivo, contribuyendo con ello al desarrollo económico y social.

3. LOS BENEFICIOS FISCALES PARA LAS EMPRESAS QUE SE UBIQUEN EN LOS TERRITORIOS DEL INTERIOR DE PORTUGAL

Como ya se ha comentado, el emprendimiento en zonas desfavorecidas presenta numerosos inconvenientes. Aspectos tales como la escasa población, las características geográficas o insuficientes infraestructuras dificultan

⁹ Los programas concretos son:

1. Programas + CO3SO Conocimiento y +CO3SO Competitividad. Estos programas tienen como objetivo principal lograr la competitividad de las zonas del interior, mediante el apoyo de la inversión innovadora, el emprendimiento y la transferencia de conocimientos.
2. Programas + CO3SO Empleo y + CO3SO Programas de Innovación e Inclusión social, que tratan de atraer la inversión y fijar población en el interior, mediante la creación de empleo cualificado, la captación de talento y la promoción de la movilidad.
3. Programas +CO3SO Frontera, en el que pretende promover la cooperación transfronteriza.
4. Programas +CO3SO Capital Natural y +CO3SO Turismo, con los que se promueve los recursos propios y la capacidad empresarial del Interior.
5. Programas +CO3SO Proximidad y + CO3SO Digital, que surge con la finalidad de fomentar la inversión en servicios de proximidad basados en cobertura de banda ancha fija y móvil en todo el territorio.

enormemente la inversión empresarial. Sin embargo, a pesar de las desventajas o dificultades que las zonas más deprimidas presentan, también pueden encontrarse nuevas oportunidades de negocios. Por ello, es importante analizar detenidamente las particularidades de las distintas zonas para detectar nuevas oportunidades, nuevos nichos de mercados, que alienten el desarrollo empresarial.

Y en este escenario la fiscalidad puede ser un estímulo más para incentivar la inversión. Para ello se procede a la derogación de las reglas generales de tributación mediante la regulación de beneficios fiscales¹⁰ que reducen la tributación con el fin de dinamizar la economía¹¹. Portugal así lo ha entendido, desarrollando, como se viene mencionando, medidas de discriminación positiva que tratan de influir en la decisión de localización de las empresas, con el fin de promover el emprendimiento y dinamización de las zonas del interior.

Estas medidas tributarias adoptadas para empresas que quieran trasladarse al interior de Portugal son de diversa naturaleza, principalmente deducciones, mejoras sobre otros incentivos ya regulados previamente o reducción del tipo de gravamen del IRC.

Por lo que se refiere al marco jurídico, dos son las normas que deben consultarse con la finalidad de conocer la naturaleza y el alcance de los mencionados incentivos fiscales: el *Estatuto dos Benefícios Fiscais* (en adelante, EBF) y el *Código Fiscal do Investimento* (en adelante, CFI). .

10 En opinión de Sequeira y Sá, los beneficios fiscales «(...) buscan influir en el comportamiento de los agentes económicos, es decir, en la decisión de poner en marcha, el tamaño, la ubicación, el sector de actividad y el desarrollo de la empresa, en cualquiera de sus aspectos. Con este fin, los incentivos son medidas diseñadas específicamente para aumentar la tasa de rendimiento de una inversión o redistribuir sus costos». En Teresa Sequeira y Filipe Sá, «Benefícios fiscais ao serviço do desenvolvimento regional? O caso do distrito de Vila Real, no norte interior português», (15.º Congresso de APDR, 1.º Congresso de Desenvolvimento Regional Cabo Verde). Edición en PDF.

<http://www.apdr.pt/congresso/2009/pdf/Sess%C3%A3o%2024/221A.pdf> [Consulta realizada el 4 de octubre de 2021].

11 *Cfr.* António B. Fernandes, Anabela Dinis y Ana María Ussmane, “Impacto dos incentivos fiscais regionais na taxa de criação de empresas: Estudo aplicado às regiões portuguesas do interior”, (17.º Congresso da APPR, 5.º Congresso de Gestão e Conservação da Natureza, 29 de junio a 2 de julio de 2011). Edición en PDF. https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/6226/1/Capa%20com%20ISBN_APDR.pdf [Consulta realizada el 4 de octubre de 2021].

La incorporación de los mencionados incentivos fiscales en el EBF se produce mediante la Lei núm. 42/2016, de 28 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 2017. Es el artículo 225º de la norma mencionada el que contempla la incorporación de nuevos artículos al EBF. Concretamente, los artículos 41.º-B, 43.º-A y 59.º-E. De los artículos señalados nos interesa el contenido del artículo 41.º-B¹², pues es en este artículo donde se regularon beneficios fiscales de aplicación para las empresas que se instalasen en las áreas del interior de Portugal; beneficios que, con modificaciones, se mantienen vigentes desde su entrada en vigor hasta hoy.

Con respecto al CFI, segunda referencia normativa para conocer los beneficios fiscales regulados para las regiones del interior de Portugal, debe mencionarse que en él se recogen cuatro incentivos fiscales diferentes. En el Capítulo II los beneficios fiscales contractuales a la inversión productiva, en el Capítulo III el régimen fiscal de apoyo a la inversión, el Capítulo IV está dedicado a la deducción por reinversión de beneficios y, por último, el Capítulo V regula el sistema de incentivos fiscales en la inversión y el desarrollo empresarial. Como veremos, todos los incentivos fiscales, salvo los incluidos en el Capítulo V, que no contempla una regulación específica para el interior, son mejorados cuando van a surtir efecto en las zonas del interior del país.

Sin duda el empleo de la fiscalidad como herramienta en el marco del reto demográfico resulta de gran interés, dada la atención que ocupa en las agendas de numerosos Estados la problemática de la despoblación. Siendo además medidas de discriminación positiva podría afirmarse que forman parte del potencial endógeno del territorio.

Las medidas concretas adoptadas por el país vecino son las siguientes:

12 Este mismo artículo del EBF regula otros beneficios fiscales que tiene como beneficiarias a las personas físicas. Concretamente, a las familias con descendientes que cursen sus estudios en centros educativos que se encuentren en el territorio interior del país o en las Regiones Autónomas y a las familias que cambien su residencia hacia el interior.

3.1. TIPO DE GRAVAMEN REDUCIDO EN EL IRC

La posibilidad de aplicar un tipo de gravamen reducido en el IRC para empresas localizadas en el interior de Portugal queda regulada en el artículo 41.º-B del EBF. Sin embargo, dicho artículo delimita un poco más el ámbito subjetivo de esta medida tributaria, pues, además de la localización de la empresa en las zonas beneficiarias, se exige que las empresas sean calificadas como micro, pequeñas o medianas empresas¹³ y que ejerzan directa y principalmente una actividad agrícola, comercial, industrial o de prestación de servicios.

Concretamente, el tipo de gravamen previsto para las empresas mencionadas será del 12,5 %, que aplicarán sobre los primeros 25.000 euros de la base imponible. El resto de la base imponible quedará sujeta al gravamen general del IRC, es decir, a un 21 %. En consecuencia, el ahorro fiscal en los primeros 25.000 euros de renta empresarial se fija en un 4,5 % respecto del resto de pequeñas y medianas empresas que no ejerzan su actividad en las áreas del interior. En definitiva, supone una mejora respecto del tipo de gravamen específico para las pequeñas y medianas empresas portuguesas, pues, en la actualidad, el tipo de gravamen regulado en el IRC para el beneficio empresarial obtenido por este tipo de empresas es del 17 % para los primeros 25.000 euros, tributando el resto al tipo general del 21 %.

Este beneficio ha sido mejorado desde su aprobación inicial. Esta mejora se produjo al ampliar la parte de la base imponible sujeta al tipo reducido. En la regulación primigenia, el tipo de gravamen del 12,5 % se aplicaba a los primeros 15.000 euros de la base imponible.

La aplicación del tipo de gravamen reducido queda sometida al cumplimiento de una serie de requisitos. El primer requisito hace referencia a la exigencia de ejercer la actividad propia de la empresa y llevar a cabo la dirección efectiva en las zonas beneficiarias, es decir, las zonas del interior. Además, para

¹³ Según el artículo 2º del Anexo del Decreto-Lei número 372/2007, de 6 de noviembre, son consideradas micro, pequeñas y medianas empresas todas las que, con independencia de su localización, tengan hasta 250 empleados y su facturación anual no supere los 50 millones de euros o su balance anual no supere los 43 millones de euros.

poder reducir el tipo general del IRC es necesario que las empresas no tengan salarios atrasados, que la empresa no sea el resultado de una escisión efectuada dentro de los dos años anteriores al disfrute del beneficio fiscal y, finalmente, que la determinación de la base imponible se efectúe mediante la aplicación del método de estimación directa o del régimen simplificado.

Por lo que se refiere a su aplicación, el artículo 41^o-B del EBF en su apartado tercero establece que el empleo del tipo de gravamen reducido resulta incompatible con otros beneficios fiscales que pudieran ser regulados, sin perjuicio de poder optar por otro que sea más favorable.

Analizado el tipo reducido previsto para ciertas empresas localizadas territorialmente en zonas desfavorecidas debe valorarse muy positivamente el esfuerzo que el Estado portugués ha realizado, empleando la fiscalidad como herramienta para afrontar el reto demográfico. No cabe duda de que la rebaja del tipo de gravamen puede coadyuvar a atraer nuevas empresas e incentivar la continuidad de las ya existentes. No obstante, este tipo de medidas siempre debe ser analizado a la luz de la normativa europea. Particularmente, al establecer una medida tributaria diferenciada para un territorio o área concreta es necesario traer a colación el contenido del artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En dicho artículo se indica:

«Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

Atendiendo a esta prohibición, la regulación del beneficio fiscal analizado contempla expresamente el apartado 5 del artículo 41^o.-B del EBF que el mismo está sujeto a la normativa europea aplicable en relación con las ayudas de *minimis*, sin que el importe final del beneficio pueda superar dicho umbral. Es decir, el importe total de los beneficios fiscales más otros beneficios de los que las empresas afectadas pudieran ser beneficiarias no pueden superar la cantidad de 200.000 euros, en un periodo correspondiente a tres ejercicios económicos.

3.2. BENEFICIOS FISCALES CONTRACTUALES A LA INVERSIÓN PRODUCTIVA

Los beneficios fiscales contractuales a la inversión productiva es un ejemplo más del empleo del sistema tributario para la consecución de ciertos objetivos de carácter económico y/o social.

El Estado portugués busca la consecución de ciertos objetivos para lo que es necesario el compromiso del sector empresarial. El cumplimiento de los compromisos alcanzados entre el Estado y la empresa es garantía de la aplicación del beneficio fiscal, su cuantía y su continuidad. Tales circunstancias quedan recogidas en un contrato, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del CFI. En este artículo además se señala que dicho contrato tendrá una duración de diez años, a contar desde la finalización del proyecto de inversión. Asimismo, que en el mismo se harán constar los objetivos a conseguir por el promotor de la inversión productiva y los beneficios fiscales que serán de aplicación.

Pero es especialmente interesante este beneficio fiscal puesto que puede ser empleado con finalidad regional, como apoyo a la inversión y el desarrollo en determinadas zonas estratégicas.

No obstante, su aplicación quedará limitada. La Lei número 21/2021, de 20 de abril, introduce modificaciones en diversos Códigos tributarios, entre los que se encuentra en el CFI. Concretamente, el artículo 4 de la mencionada Lei indica que, hasta 31 de diciembre de 2021, se podrán otorgar beneficios fiscales, bajo el régimen contractual, con un periodo de vigencia de diez años a partir de la finalización del proyecto de inversión.

Por lo que se refiere a las inversiones que deben realizarse, la normativa reguladora indica que las inversiones relevantes tienen que alcanzar un importe igual o superior a tres millones de euros. Esta cifra resulta, en nuestra opinión, un límite excesivamente alto, que puede dejar sin opciones de acceso a numerosas empresas. Efectivamente, este límite cuantitativo nos hace presumir que van a ser las empresas con mayor capacidad económica las que más fácilmente van a poder acceder al beneficio fiscal. Esta circunstancia puede plantear cierta problemática en relación con el principio de igualdad. Pues, aunque por su finalidad,

aliviar los costes de la inversión en los inicios e impulsar la obtención de beneficios, la regulación del beneficio fiscal es loable, la realidad es que la limitación que se establece en cuanto a la inversión mínima impide su general aplicación.

Además de la elevada cifra de la inversión debe destacarse que no todas las empresas podrán aplicarlo, puesto que se delimitan también las actividades a las que va destinado. Será necesario que la empresa desarrolle su actividad en los sectores siguientes:

- a) Industria extractiva e industria manufacturera.
- b) Turismo, incluidas las actividades de interés turístico.
- c) Informática y actividades y servicios relacionados.
- d) Actividades agrícolas, acuícolas, piscícolas, ganaderas y forestales.
- e) Actividades de investigación y desarrollo y alta intensidad tecnológica.
- f) Tecnologías de la información y producción audiovisual y multimedia.
- g) Defensa del medio ambiente, energía y telecomunicaciones.
- h) Actividades de los centros de servicios compartidos.

En relación con el ámbito subjetivo es el artículo 3 del CFI el encargado de concretarlo, estableciendo las condiciones de elegibilidad. Condiciones que deben cumplirse para que el proyecto de inversión pueda ser susceptible de optar al beneficio fiscal. Y ello se produce cuando el promotor:

- a) Tenga capacidad técnica y de gestión
- b) Presente una situación financiera equilibrada¹⁴.
- c) Lleve una contabilidad ajustada a las disposiciones legales vigentes y adecuada a los análisis requeridos para la valoración y seguimiento del proyecto.
- d) No determine mediante métodos de estimación indirecta la base imponible sujeta a gravamen.

¹⁴ De conformidad a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 3 del CFI para que se la empresa presente una situación financiera equilibrada es necesario que su autonomía financiera medida por la relación entre el patrimonio neto y el activo neto total sea igual o superior a 0,2.

e) Su contribución financiera, con recursos propios o mediante financiación ajena, que no sea por apoyo público, corresponda al menos al 25 % de los costes subvencionables.

f) No sea considerado como empresa en crisis según las ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas no financieras en crisis, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea, número C 249, de 31 de 2014¹⁵.

g) Presente una situación fiscal regularizada.

h) No esté sujeto a una orden judicial de recuperación tras una decisión de la Comisión que declara la ayuda ilegal e incompatible con el mercado interior.

Junto a la condicionalidad subjetiva, la concesión del beneficio fiscal está sujeta también al cumplimiento de otros requisitos, en esta ocasión, de carácter objetivo. Es el artículo 4 del CFI el encargado de fijar tales condiciones, señalando al respecto que los proyectos de inversión deben demostrar viabilidad técnica, económica y financiera, prever la creación o mantenimiento de empleo y, además, cumplir al menos una de las condiciones siguientes:

- a) Sean relevantes para el desarrollo estratégico de la economía nacional;
- b) Sean relevantes para la reducción de asimetrías regionales;

15 Según las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis, en su punto número 20, se indica: «A efectos de las presentes Directrices, una empresa se considerará en crisis si, de no mediar una intervención del Estado, su desaparición económica fuera casi segura a corto o medio plazo. Por consiguiente, se considerará que una empresa está en crisis si concurre al menos una de las siguientes circunstancias:

- a) Tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, cuando haya desaparecido más de la mitad de su capital social suscrito como consecuencia de las pérdidas acumuladas; es lo que sucede cuando la deducción de las pérdidas acumuladas de las reservas (y de todos los demás elementos que suelen considerar fondos propios de la sociedad) conduce a un importe acumulativo negativo superior a la mitad del capital social suscrito;
- b) Tratándose de una sociedad en la que al menos algunos socios tienen una responsabilidad ilimitada sobre la deuda de la sociedad, cuando haya desaparecido por las pérdidas acumuladas más de la mitad de sus fondos propios que figuran en su contabilidad;
- c) Cuando la empresa se encuentre inmersa en un procedimiento de quiebra o insolvencia o reúna los criterios establecidos en su Derecho nacional para ser sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores;
- d) Tratándose de una empresa que sea un PYME, cuando, durante los dos años anteriores:
 - i) La ratio deuda/capital de la empresa haya sido superior a 7,5, y
 - ii) La ratio de cobertura de intereses de la empresa, calculada sobre la base del EBITDA, se haya situado por debajo de 1,0».

c) Contribuyan al impulso de la innovación tecnológica y la investigación científica nacional, la mejora del medio ambiente o refuercen la competitividad y la eficiencia productiva.

Atendiendo a la segunda de las condiciones, las empresas que, dedicadas a las actividades indicadas *supra* y que cumplan con el resto de los requisitos, realicen proyectos de inversión en el interior de Portugal pueden, en principio, optar al beneficio fiscal que analizamos, en la medida que se reducirían las asimetrías regionales que afectan al territorio portugués.

Si bien debe aclararse que la regulación de este beneficio fiscal no establece como condición que la empresa beneficiara desarrolle su actividad y tenga su dirección efectiva en las zonas del interior. Es decir, una empresa dedicada al turismo con sede en Oporto podría realizar un proyecto de inversión de tres millones de euros que sea relevante para la reducción de las asimetrías regionales y tener acceso al beneficio fiscal.

Finalmente, revisadas las condiciones que debe cumplir una empresa que quiera acceder a los beneficios fiscales contractuales por inversiones productivas, queda conocer en qué consisten los referidos beneficios fiscales.

Tales beneficios fiscales no afectan a una única figura tributaria, sino a cuatro. Son las siguientes: IRC, al *Imposto do Selo* (en adelante, IS), al *Imposto Municipal sobre Imóveis* (en adelante, IMI), y al *Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis* (en adelante, IMT). Si bien es la regulación respecto del IRC la más prolija. Respecto del IMI¹⁶ y el IMT el beneficio fiscal

16 Según el artículo 1 del Código do Imposto Municipal sobre Imóveis el IMI incide sobre al valor patrimonial tributario de los inmuebles rústicos y urbanos situados en territorio portugués, constituyendo un ingreso respecto de los municipios donde radican dichos inmuebles. Respecto de este impuesto Flores da Silva asevera que se trata de una de las figuras tributarias más controvertidas dentro del sistema fiscal portugués. Las críticas llegan desde diversos frentes: los desacuerdos con el régimen jurídico, la forma de determinación del valor impositivo de los inmuebles o la propia figura impositiva en sí. Resaltando, además, que la consideración de la simple titularidad del derecho de propiedad sobre los bienes inmuebles como elemento revelador de capacidad económica, recibiendo con gran resistencia por parte de los contribuyentes, siendo frecuente la afirmación que esta figura impositiva comporta la tributación de una capacidad económica que ya se había puesto de manifiesto en el ámbito de los impuestos sobre la renta. En Hugo Flores da Silva, «O Imposto Municipal sobre Imóveis: considerações sobre um imposto local», *Questões de Direito Local*, núm. 13, (2017): 47.

consistirá en una deducción o en una exención respecto de los bienes inmuebles empleados por el promotor en el ámbito del proyecto de inversión y en el IS el beneficio fiscal será la exención respecto de los actos o contratos necesarios para ejecutar el proyecto. No obstante, la regulación más desarrollada en torno a este beneficio fiscal es la que se refiere, tal y como indicábamos, al IRC.

En el IRC este beneficio fiscal se trata de un crédito fiscal que consiste en la reducción de la cuota tributaria del Impuesto que oscila entre el 10 y 25 % de la inversión relevante realizada. Dicho porcentaje se fija atendiendo a los siguientes criterios:

- 10% es el beneficio fiscal base.
- Mejora del porcentaje base entre un 8 y 12 %, en función de la renta per cápita de la región donde se realice el proyecto, según los siguientes niveles:
 1. En un 8% si el proyecto se ubica en una región NUTS 2, con renta per cápita igual o inferior al 90% de la media nacional.
 2. En un 10 % si el proyecto se ubica en una región NUTS 3 con renta per cápita igual o inferior al 90% de la media nacional.
 3. En un 12 % si el proyecto se ubica en un municipio que no presenta una renta per cápita superior al 80 % de la media nacional en los dos últimos cálculos anuales publicados.
- Mejora del porcentaje base entre un 1 y 8 %, dependiendo de la creación o mantenimiento de empleo, según lo siguiente:
 1. 1 %: igual o superior a 50 puestos de trabajo.
 2. 2 %: igual o superior a 100 puestos de trabajo.
 3. 3 %: igual o superior a 150 puestos de trabajo.
 4. 4%: igual o superior a 200 puestos de trabajo.
 5. 5%: igual o superior a 250 puestos de trabajo.
 6. 6%: igual o superior a 300 puestos de trabajo.
 7. 7 %: igual o superior a 400 puestos de trabajo.

8. 8 %: igual o superior a 500 puestos de trabajo.
- Mejora del porcentaje base hasta un 6 %, en función de la capacidad de la inversión para contribuir a las siguientes condiciones:
 1. Reducir las asimetrías regionales
 2. El desarrollo estratégico de la economía nacional
 3. A impulsar la innovación tecnológica y la investigación científica nacional, la mejora del medio ambiente o para el refuerzo de la competitividad y la eficiencia productiva.
 - Mejora del porcentaje base hasta un 5 % si el proyecto de inversión es reconocido de excepcional relevancia para la economía nacional mediante Resolución del Consejo de Ministros.

Como se mencionó anteriormente, el porcentaje máximo que puede aplicarse es de un 25 %, por lo tanto, las mejoras o aumentos del porcentaje base en ningún caso podrán rebasar este límite máximo. Además, debe tenerse en cuenta que este beneficio fiscal no es acumulable con otros de análoga naturaleza. No obstante, sí lo es con el beneficio fiscal regulado en los artículos 27º a 34º del CFI, por reinversión de los beneficios obtenidos, siempre que no se superen los límites máximos.

3.3. RÉGIMEN FISCAL DE APOYO A LA INVERSIÓN

Los artículos 22º a 26º del CFI recogen el Régimen Fiscal de Apoyo a la Inversión. Se trata de un régimen de ayudas regionales, siendo sus beneficiarios los contribuyentes en el IRC que realicen inversiones relevantes en sectores económicos estratégicos¹⁷ para Portugal.

17 El artículo 22º del CFI se remite al artículo 2º del mismo texto legal a los efectos de señalar los sectores económicos que pueden ser beneficiarios del Régimen Fiscal de Apoyo a la Inversión, y, por tanto, coinciden con los señalados para los Beneficios Fiscales Contractuales a la Inversión Productiva, esto es: a) Industria extractiva e industria manufacturera, b) Turismo, incluidas las actividades de interés turístico, c) Informática y actividades y servicios relacionados, d) Actividades agrícolas, acuícolas, piscícolas, ganaderas y forestales, e) Actividades de investigación y desarrollo y alta intensidad tecnológica, f) Tecnologías de la información y producción audiovisual y multimedia, g) Defensa del medio ambiente, energía y telecomunicaciones, h) Actividades de los centros de servicios compartidos.

Define el apartado segundo del artículo 22º del CFI qué debe entenderse por inversión relevante, indicando al efecto que tendrán tal consideración las siguientes:

- a) Las adquisiciones nuevas del inmovilizado material, excepto:
 - i) Los terrenos, salvo que estén destinados a la explotación de concesiones mineras, agua mineral natural y de manantial, canteras, presas y arenas en proyectos de industrias extractivas.
 - ii) Construcción, adquisición, rehabilitación y ampliación de cualquier edificio, excepto cuando esté afecto a actividades productivas o se utilicen para actividades turísticas, de producción audiovisual o administrativas.
 - iii) Vehículos ligeros de pasajeros o mixtos.
 - iv) Artículos de confort o decoración, excepto equipamiento hotelero con fines turísticos.
 - v) Equipamiento social.
 - vi) Otros bienes de inversión que no estén relacionados con la actividad de la empresa.
- b) Inmovilizado intangible consistente en gastos relacionados con la adquisición de derechos de patentes, licencias, Know-how o conocimientos técnicos no protegidos por patentes.

La aplicación del beneficio fiscal que lleva aparejado el Régimen Fiscal de Apoyo a la Inversión también requiere del cumplimiento de determinadas condiciones que le son exigibles al beneficiario, es decir, al sujeto pasivo del IRC. En concreto, de conformidad a lo indicado en el artículo 22.º. 4, se exige que cumplan lo siguiente:

- a) Llevar una contabilidad ajustada a las normas contables.
- b) Que la base imponible no sea determinada por medio de métodos indirectos;

c) En el caso de tener la consideración de micro, pequeña o mediana empresa, mantenerla en la región concreta por un periodo de tres años desde que se realiza la inversión. Este periodo será de cinco años para el resto de las empresas, que no ostenten la condición de micro, pequeña o mediana empresa.

d) No tengan deudas fiscales o con la Seguridad Social;

e) No sean consideradas empresas en crisis en los términos indicados en la Comunicación de la Comisión: Directrices sobre ayudas estatales para el salvamento y reestructuración de empresas no financieras en crisis.

f) Realizar una inversión relevante que prevea la creación de puestos de trabajo y los mantenga, al menos, hasta el final del periodo mínimo de mantenimiento de los bienes objeto de inversión.

Para aquellos sujetos pasivos el IRC que cumplan con las condiciones anteriormente señaladas, el Régimen Fiscal de Apoyo a la Inversión prevé una deducción de la cuota del IRC de las cuantías de la inversión relevante realizada, no obstante, el porcentaje de deducción varía en función de la región donde se realiza la inversión. Como no podía ser de otra manera al ser un incentivo regional su aplicación queda sometida a las normas del Derecho de la Unión Europea.

El incentivo fiscal que reporta es el siguiente:

1.- Inversiones realizadas en regiones señaladas en el artículo 107.3.a) del TFUE:

a) Deducción del 25 % de las inversiones relevantes, siendo el límite de la base de la deducción 15 millones de euros.

b) Deducción del 10% de las inversiones relevantes, aplicable a la parte de la inversión que supere los 15 millones de euros.

El artículo 43 del CFI señala que los límites máximos en relación con los beneficios fiscales concedidos a las empresas en el marco del Régimen de los Beneficios Fiscales Contractuales y el Régimen Fiscal de Apoyo a la Inversión son los siguientes:

Tabla número 1. Límites a las ayudas regionales de inversión

NUTS* II	NUTS III	LAU* 1/LAU 2	Límite máximo aplicable a las ayudas regionales a la inversión
1- Regiones elegibles para las ayudas en los términos de la letra a) del artículo 107 TFUE			
Centro			25 %
Norte			25 %
Alentejo			25 %
Región Autónoma de Azores			45 %
Región Autónoma de Madeira			35 %

*NUT: Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas.

*LAU: Unidad Administrativa Local.

Fuente: Elaboración propia a partir del artículo 43 del CFI

2. Inversiones realizadas en regiones señaladas en el artículo 107.3.d) del TFUE: En este caso la deducción aplicable será del 10% de las inversiones relevantes.

Para estas regiones el límite máximo señalado en el artículo 43 del CFI es el siguiente:

Tabla número 2. Límites a las ayudas regionales de inversión

NUTS* II	NUTS III	LAU* 1/LAU 2	Límite máximo aplicable a las ayudas regionales a la inversión
2- Regiones elegibles para las ayudas en los términos de la letra d) del artículo 107 TFUE			
Algarve	Grande Lisboa	Mafra	10 %
Grande Lisboa		Loures	10 %
		Vila Franca de Xira	10 %
		S. João das Lampas e Terrugem	10 %
Península de Setúbal			

*NUT: Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas.

*LAU: Unidad Administrativa Local.

Fuente: Elaboración propia a partir del artículo 43 del CFI

El Régimen Fiscal de Apoyo a la Inversión también afecta al IMI, el IMT y al IS, regulando una exención o deducción en el IMI y el IMT en relación con la adquisición de inmuebles que constituyan una inversión relevante, asimismo la exención respecto de esas adquisiciones en el IS.

Una cuestión de gran relevancia es la compatibilidad de los beneficios que se aplican en el Régimen Fiscal de Apoyo a la Inversión con la Deducción por los beneficios retenidos y reinvertidos. Este sería el caso de un contribuyente que reinvirtiera los beneficios retenidos cumpliendo con los requisitos de este Régimen. No obstante, a pesar de la compatibilidad de los beneficios fiscales que derivan de estos dos incentivos, debe recordarse que en ningún caso podrán superarse los límites fijados en torno a las ayudas regionales de inversión.

3.4. DEDUCCIÓN POR REINVERSIÓN DE LOS BENEFICIOS

El CFI regula en sus artículos 27^o a 34^o una deducción por beneficios retenidos y reinvertidos, cuyo objeto, tal y como se indica en el primero de los artículos señalados, es constituir un régimen de incentivo fiscal a la inversión para las micro, pequeñas y medianas empresas. Por tanto, no se trata de un beneficio fiscal específico para las empresas que se encuentran en el interior de Portugal, pues está pensado para cualquier micro, pequeña o mediana empresa, con independencia de su localización. Pero como en otras medidas tributarias se introduce una mejora del beneficio fiscal cuando la empresa se ubica en las áreas del interior.

El ámbito de aplicación subjetivo queda recogido en el artículo 28^o del CFI. Según este precepto podrán beneficiarse de la deducción los residentes en Portugal que sean contribuyentes del IRC, así como los no residentes con establecimiento permanente en territorio portugués, siempre que se dediquen de forma principal a la actividad comercial, industrial o agrícola, debiendo cumplir además los siguientes requisitos:

- a) Que sean consideradas micro, pequeñas y medianas empresas.

- b) Llevar una contabilidad ajustada a las normas contables y demás normas legales vigentes respecto del sector de actividad.
- c) Que el beneficio empresarial no se determine por métodos indirectos
- d) Que tengan regularizadas sus obligaciones fiscales.

Por lo que se refiere al concreto beneficio fiscal, los contribuyentes del IRC, indicados *supra*, podrán aplicar una deducción de hasta el 10 % de los beneficios reinvertidos en «inversiones relevantes», dentro de los cuatro años desde el final del periodo impositivo al que corresponden los mencionados beneficios retenidos, quedando limitado hasta el máximo de un 25% de la cuota del IRC. Además, la regulación de la reducción establece que el importe máximo de los beneficios reinvertidos, por sujeto pasivo, no podrá superar los 12 millones de euros en cada periodo impositivo.

Para el caso que el sujeto pasivo del IRC sea además una micro o pequeña empresa¹⁸, el límite de la deducción será el 50% de la cuota del IRC.

Asimismo, las empresas a las que está dirigido este beneficio fiscal podrán aumentar en un 20 % la deducción máxima prevista en el artículo 29.1 del CFI, cuando realicen las inversiones en el interior. Es decir, exclusivamente las micro, pequeñas y medianas empresas situadas en el interior de Portugal que reinviertan sus beneficios empresariales en «inversiones relevantes» en esta zona podrán deducir hasta un 12 % de los beneficios reinvertidos, tal y como se indica en el artículo 41.º-B del EBF.

Como se ha indicado, el destino de los beneficios debe ser «inversiones relevantes». Para concretar el tipo de inversiones el artículo 30 del CFI, de forma análoga a lo indicado en el artículo 22º.2 del CFI para el Régimen fiscal de apoyo a la inversión, establece que se consideran «inversiones relevantes» a efectos de este beneficio fiscal:

1. las adquisiciones nuevas de inmovilizado material, exceptuándose:

18 La norma portuguesa remite a la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas para concretar las destinatarias de la mejora.

- i) Los terrenos, salvo que estén destinados a la explotación de concesiones mineras, agua mineral natural y de manantial, canteras, presas y arenas en proyectos de industrias extractivas.
- ii) Construcción, adquisición, rehabilitación y ampliación de cualquier edificio, excepto cuando esté afecto a actividades productivas o administrativas esenciales.
- iii) Vehículos ligeros de pasajeros o mixtos, excepto cuando estén destinados al servicio público o sean contratados en la actividad normal del contribuyente, las embarcaciones de recreo y las aeronaves.
- iv) Artículos de confort o decoración, excepto equipamiento hotelero con fines turísticos.
- v) Activos vinculados a la actividad en el ámbito de las concesiones o convenios de carácter público-privado celebrados con entidades del sector público.

2. El inmovilizado inmaterial o intangible, es decir, los gastos en adquisición de patentes, licencias o know-how, siempre que su depreciación tenga efectos fiscales y no se adquieran a entidades vinculadas.

4. OTROS BENEFICIOS FISCALES: INCENTIVOS A LA ACTIVIDAD SILVÍCOLA

Además de los beneficios fiscales que se han señalado, Portugal ha regulado diversas medidas que, si bien no son específicas para los territorios del interior, tienen aplicación también en ese ámbito territorial, afectando positivamente a los objetivos relacionados con esas áreas. Concretamente, para la actividad silvícola el artículo 59.^o-D del EBF¹⁹ regula diversos beneficios fiscales que afectan a distintas figuras impositivas portuguesas.

¹⁹ La Lei número 82-D/2014, de 31 de diciembre, procede a la reforma de la tributación ambiental, modificando, entre otras normas, el EBF, para la incorporación del artículo 59.^o-D, donde se recogen desde entonces determinados beneficios fiscales a la actividad silvícola, siendo de aplicación su contenido desde el año 2015. La Lei número 82-D/2014 puede consultarse en: <https://dre.pt/home/-/dre/66022084/details/maximized> [Fecha de la consulta: 5 de octubre de 2021].

Por lo que se refiere al IRS, la determinación de la base imponible pasa por el cálculo de diversos rendimientos englobados en diversas Categorías²⁰. Pues bien, los rendimientos derivados de la actividad silvícola se engloban en la Categoría B, es decir, se consideran rendimientos de actividades económicas. Como es conocido, lo que se somete a tributación es el rendimiento neto, obtenido una vez minorado el rendimiento íntegro con los gastos fiscalmente deducibles. Cuanto mayor sea el gasto, menor es la renta sujeta a gravamen. Este es el efecto que se consigue con el beneficio fiscal previsto para la actividad silvícola en el IRS, ya que lo que se regula es un incremento del cómputo del gasto.

Así, los gastos se computan al 130 % en los siguientes casos:

- a) Aportaciones económicas de los propietarios y productores forestales adheridos a una Zona de Intervención Forestal al fondo creado por la entidad de gestión correspondiente (con el límite de 8/1000 del volumen de negocios).
- b) Operaciones de defensa forestal contra incendios.
- c) Elaboración de planes de gestión forestal.
- d) Gastos de certificación forestal.
- e) Adaptación forestal al cambio climático.

La misma regulación en relación con el cómputo de los gastos se aplica también cuando los rendimientos obtenidos por la actividad silvícola tributan en el IRC.

Ahora bien, para el caso de los rendimientos obtenidos por explotaciones silvícolas plurianuales su declaración adquiere autonomía respecto a los

20 El IRS, tal y como se desprende del tenor literal del artículo 1 del Código del IRS, grava el importe anual de las rentas obtenidas en las siguientes categorías:
Categoría A: Rendimientos del trabajo dependiente;
Categoría B: Rendimientos de actividades económicas;
Categoría E: Ingresos de capital;
Categoría F: Ingresos de bienes inmuebles;
Categoría G: Incrementos patrimoniales;
Categoría H: Pensiones.

rendimientos de las explotaciones silvícolas que no tengan carácter plurianual²¹, y todo ello con el fin de dar cumplimiento a las previsiones contenidas en el artículo 59.º-D. 1 del EBF, donde se contempla un incentivo fiscal respecto al tipo de gravamen del IRS, aplicable exclusivamente al primer tipo de explotación. En el mencionado artículo se establece que a los efectos de determinar el tipo de gravamen del IRS que se aplicará a los rendimientos de la categoría B, relativos a las explotaciones silvícolas plurianuales, se dividirá:

- a) Por 12, para los rendimientos determinados según las reglas del régimen simplificado.
- b) Por la suma de años o fracción en los que se producen los gastos imputados a la obtención del rendimiento.

En cuanto al IMT y al IS se regula una exención en ambos impuestos para los siguientes supuestos:

- a) Para las adquisiciones onerosas de inmuebles rústicos, o parte de los inmuebles, que se localicen en Zonas de Intervención Forestal²² (en adelante, ZIF).
- b) Para las adquisiciones onerosas de inmuebles o parte de inmuebles rústicos destinados a explotación forestal, siempre que sean aledaños a inmuebles sujetos a un Plan de Gestión Forestal²³.

También en el IMI inciden los beneficios fiscales regulados para la actividad silvícola, concretamente, el EBF regula una exención que afecta a:

21 Para conocer cómo deben declararse este tipo de rendimientos, *vide*. Marília Fernandes, *Coleção Essencial. Manual de preenchimento do IRS Modelo 3*, (Lisboa: Ordem dos Contabilistas Certificados, 2020), https://www.occ.pt/news/_MANUAL/Essencial_IRS2020.pdf [Fecha de la consulta: 5 de octubre de 2021].

22 El Decreto-Lei número 127/2005, regula el régimen para la creación de Zonas de Intervención Forestal (ZIF), así como los principios regulatorios para su constitución, funcionamiento y extinción, recogiendo en su artículo 3 la definición de Zona de Intervención Forestal, indicándose que es «el espacio territorial continuo y delimitado, constituido principalmente por áreas forestales, sujeto a un Plan de Gestión Forestal y a un Plan de Intervención Forestal Específico y administrado por una única entidad».

23 Según el artículo 12.º del Decreto-Lei número 16/2009, el Plan de Gestión Forestal, por el que se aprueban los planes de ordenación, gestión e intervención forestal, es un instrumento para la gestión de los espacios forestales que, de acuerdo con los lineamientos definidos en el PROF, determina, en el espacio y el tiempo, intervenciones de carácter cultural y explotación de recursos, apuntando a la producción sostenida de bienes y servicios por proporcionados y teniendo en cuenta las actividades y usos de los espacios circundantes.

- a) Los inmuebles rústicos que correspondan a áreas forestales adheridas a una Zona de Intervención Forestal
- b) Los inmuebles rústicos afectos a una actividad forestal sometida a un Plan de Gestión Forestal.

5. EL GASTO FISCAL QUE REPRESENTAN LOS INCENTIVOS FISCALES ANALIZADOS

La adopción de medidas fiscales tiene un componente económico que debe ser valorado adecuadamente. Es evidente que la regulación y, más concretamente, la aplicación de beneficios fiscales tendrá consecuencias en los ingresos públicos dada la pérdida de recaudación que supone la derogación de las reglas generales de tributación. Por ello, resulta interesante valorar este aspecto económico de la regulación y aplicación de las medidas tributarias adoptadas en Portugal en relación con las zonas del interior. De esta forma se sabrán las cifras sobre el gasto fiscal.

Además del gasto fiscal, y por tanto el dato sobre las cantidades que se han dejado de recaudar, es interesante evaluar el grado de eficacia respecto a los objetivos perseguidos²⁴, lo que permite realizar un análisis *ex post*, muy conveniente para una posible revisión del régimen.

En marzo de 2021 se ha conocido el balance sobre la ejecución del «*Programa de Valorização do Interior*», donde se detallan todas las acciones que se

24 En este sentido, Burgos Belascoáin sobre el Presupuesto de beneficios fiscales indica que «(...) no es un mero instrumento formal, sino una útil herramienta que sirve para informar a los ciudadanos de la magnitud de los recursos dejados de recaudar por esta vía y de los sectores de contribuyentes a los que beneficia, así como para conocer con exactitud a eficacia y la eficiencia de los beneficios fiscales concedidos, si fuera posible *ex ante*, pero, en todo caso, *ex post*, una vez adoptada la medida.

Para ello no basta con la cuantificación separada de los beneficios fiscales, sino que, además, se necesita transparencia sobre los fines y el destino de los fondos públicos que se dejan de ingresar en forma de beneficios tributarios. En definitiva, pues, no se trata de conocer tan sólo la cuantía y distribución por impuestos o por políticas de gasto, sino de saber también cuáles son sus efectos recaudatorios y, consiguientemente, los efectos sociales y económicos que va a provocar, aportando así información para la toma de decisiones públicas adecuadas en cada momento». Javier Burgos Belascoáin, "El presupuesto de Beneficios Fiscales para 2006", *Presupuesto y Gasto Público*, 42/2006, (2006): 67-68.

han puesto en marcha, además de las de carácter tributario, señalándose la dotación económica, las candidaturas presentadas y los fondos aprobados.

Según se recoge en el informe, el PVI, globalmente, ha movilizado más de 500 millones de euros en inversiones, ha creado más de 20.500 puestos de trabajo y formado a más de 5.700 personas. Estas cifras parecen indicar que, al menos, se han producido resultados positivos en relación con los objetivos del programa.

Por lo que se refiere a los datos sobre los beneficios fiscales, en el mencionado balance de ejecución se menciona que la cuantía que representa el gasto fiscal total para el año 2019 prácticamente alcanzó los 27 millones de euros.

Este dato sobre el gasto fiscal contabiliza, además de los beneficios fiscales para las empresas, los incentivos fiscales regulados para las familias. Más concretamente, dos deducciones en el IRS. La primera de ellas, por gastos en educación y formación, de la que se beneficiaron un total de 531 familias. Y la segunda, la deducción por cambio de residencia al territorio del interior, de la que se beneficiaron 49 familias. El gasto fiscal para estos beneficios fiscales ascendió a algo más de 111 mil euros.

Los beneficios fiscales para las empresas más los correspondientes a las empresas dedicadas a la silvicultura representan la mayor parte del gasto fiscal situándose en más de 26.5 millones de euros ²⁵.

También pueden consultarse las cifras del Programa + CO3SO, que reflejan además del gasto fiscal el número de beneficiarios que accedieron a los beneficios fiscales regulados en el marco del desafío demográfico.

Tabla número 3. Beneficiarios y gasto fiscal de las medidas tributarias para empresas que se localicen en el interior de Portugal

²⁵ *Cfr.* “Programa de Valorização do Interior. Relatório del Balanço de Execução”, República Portuguesa, Coesão Territorial, 2021, pág. 48. El informe puede consultarse en la siguiente dirección: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/documento?i=relatorio-balanco-do-programa-de-valorizacao-do-interior> [Consulta realizada el 7 de octubre de 2021].

BENEFICIO FISCAL	NÚMERO DE EMPRESAS	GASTO FISCAL (AÑO 2019) (euros)
Tipo de gravamen reducido en el IRC	26.259	9.964.622,91
Régimen fiscal de apoyo a la inversión	191	5.823.437,54
Reinversión de los beneficios en el interior	1.204	9.825.163,83
Silvicultura	23	1.058.261,48
TOTAL	27.677	26.671.485,76

Fuente: Balance de ejecución del «Programa de Valorização do Interior»

Con estos datos no es sencillo evaluar de forma exacta el grado de eficacia de los beneficios fiscales regulados para las empresas en Portugal. No obstante, más allá del efecto que producen a corto plazo, y que se evidencia en el gasto fiscal, puede afirmarse que los beneficios fiscales pueden influir en la conducta del contribuyente. Y, particularmente, en el supuesto que se está analizando, pueden influir en la localización de la empresa en aquellos territorios que ofrecen una fiscalidad más favorable, al permitir aligerar los costes e incrementar el beneficio. Por lo que, a luz de las consideraciones previas y los datos facilitados por el balance de ejecución del PVI, la fiscalidad y, más concretamente, los beneficios fiscales pueden contribuir a la promoción y desarrollo económico en las áreas donde son de aplicación.

6. REFLEXIONES FINALES

El empleo de beneficios fiscales o regímenes específicos, especialmente aquellos que suponen una ventaja fiscal, puede influir en las conductas de los contribuyentes. La regulación y aplicación de beneficios fiscales, como herramienta de la política fiscal que busca incentivar la inversión en ciertas áreas, se justifica en la medida que inciden positivamente en el desarrollo económico en las mismas, y ello a pesar de la pérdida de recaudación que implican. No obstante, estimamos que, junto a la fiscalidad, es necesaria la concurrencia de otros factores que están muy presentes en la toma de decisiones y favorecen la llegada de nuevas empresas a un territorio.

Dado que las características de las zonas más despobladas y desfavorecidas pueden suponer una limitación para la llegada de nuevos residentes, ya sean familias o empresas, creemos que la regulación de apoyos económicos y fiscales pueden contribuir a su desarrollo económico, fijar población y resolver las asimetrías regionales.

En conclusión, la fiscalidad es una herramienta que puede tener un indudable efecto positivo sobre la inversión empresarial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.AA. “Programa de Valorização do Interior. Relatório del Balanço de Execução”. República Portuguesa, Coesão Territorial, 2021.

<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/documento?i=relatorio-balanco-do-programa-de-valorizacao-do-interior>

Burgos Belascoáin, Javier, “El presupuesto de Beneficios Fiscales para 2006”, *Presupuesto y Gasto Público* 42/2006 (2006): 67-82.

Fernandes, António B., Dinis, Anabela y Ussmane, Ana María. “Impacto dos incentivos fiscais regionais na taxa de criação de empresas: Estudo aplicado às regiões portuguesas do interior”. (17.º Congresso da APPR, 5.º Congresso de Gestão e Conservação da Natureza, 29 de junio a 2 de julio de 2011). https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/6226/1/Capa%20com%20ISBN_APDR.pdf

Fernandes, Marília. *Coleção Essencial. Manual de preenchimento do IRS Modelo 3*. Lisboa: Ordem dos Contabilistas Certificados, 2020.

https://www.occ.pt/news//_MANUAL/Essencial_IRS2020.pdf

Flores da Silva, Hugo. “O Imposto Municipal sobre Imóveis: considerações sobre um imposto local”. *Questões de Direito Local* 13 (2017): 47-65.

Leitão Amaro, António. “Estagnação Secular? Consequência de uma efetiva tendência demográfica?”. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* 9, n. 4 (2017): 13-73.

Monteiro, Alcides. “Territórios do interior, coesão territorial e modelos de governança: a propósito do Programa Nacional para la Coesão Territorial”. *Revista da Associação Portuguesa de Sociologia* 19, (2019): 127-151.

Moreno González, Gabriel, Xavier Marinéz de Oliveira y José Francisco Xavier dos Santos. “Los niveles competenciales e institucionales en Portugal”. En *Extremadura-Portugal. Una guía para la cooperación transfronteriza*, dirigido por Gabriel Moreno González. 43-57. Mérida: Junta de Extremadura. Dirección General de Acción Exterior, 2020.

Santinha, Gonçalo. “O princípio de coesão territorial enquanto novo paradigma de desenvolvimento na formulação de políticas públicas: (re)construindo ideias dominantes”. *EURE: Revista Lationamericana de Estudios Urbano Regionales* 119 (2014): 75-97.

Santinha, Gonçalo y Teresa Marques. “A integração do principio de Coesão Territorial na agenda política: o caso português”. *Revista de Geografia e Ordenamento do Território* 2 (2012): 215-244.

Sequeira, Teresa y Filipe Sá. “Benefícios fiscais ao serviço do desenvolvimento regional? O caso do distrito de Vila Real, no norte interior português” (15º Congresso de APDR, 1º Congresso de Desenvolvimento Regional Cabo Verde). Edición en PDF.

<http://www.apdr.pt/congresso/2009/pdf/Sess%C3%A3o%2024/221A.pdf>

FÁTIMA PABLOS MATEOS
Área de Derecho Financiero y Tributario
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
fpablos@unex.es
<https://orcid.org/0000-0003-4249-7097>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.195>

LAS REDES TRANSEUROPEAS DE TRANSPORTES:
ACTUALIZACIÓN DEL TRANSPORTE FERROVIARIO
EN LA UNIÓN COMO RETO GLOBALIZADOR¹

*TRANS-EUROPEAN TRANSPORT NETWORKS: UPDATE
OF RAIL TRANSPORT IN THE UNION AS A
GLOBALIZING CHALLENGE*

JUAN MANUEL RODRÍGUEZ BARRIGÓN²

Universidad de Extremadura

Recibido: 07/12/2021

Aceptado: 28/12/2021

RESUMEN

Las infraestructuras de transportes en la Unión Europea constituyen un medio de gran relevancia para facilitar la interconexión de sus Estados miembros y son un instrumento fundamental para realizar el mercado interior. Aunque desde las últimas décadas del siglo XX las redes transeuropeas han sido consideradas en la construcción europea,

1 Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Grupo de Trabajo sobre redes transeuropeas, y más concretamente sobre la base de la aportación realizada por Juan Manuel Rodríguez Barrigón y Yolanda Gamarra Chopo, "La interconexión de redes españolas (de transportes, telecomunicaciones y energía) con redes transeuropeas: una política inacabada de la Unión Europea", en *Redes transeuropeas. Vectores vertebradores de la España del siglo XXI*, Documento de Trabajo 01/2021, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN).

2 Licenciado y doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Extremadura. Es miembro del Instituto Universitario de Investigación para el Desarrollo Territorial Sostenible (INTERRA) de la Universidad de Extremadura y colaborador de la Cátedra Naciones Unidas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible sobre Desarrollo y Erradicación de la Pobreza (SDG-F y Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

las realizaciones aún tienen limitaciones y suscitan problemas que requieren actualización de los objetivos y cumplir con los plazos programados. Las redes transeuropeas de transporte, particularmente en el sector del ferrocarril, recobran actualidad por las necesidades comprobadas, pero deben ser consideradas a la luz de la política de transportes y la cohesión dentro de la Unión. Las carencias existentes precisan de impulsos que deben ser contemplados en un contexto que cambia, fundamentalmente por la presencia de objetivos de carácter medioambiental y estratégico. Los problemas que esto plantea exigen mejoras de gestión y financiación, pero también ciertas modificaciones normativas para facilitar que estas redes sean concluidas en el tiempo previsto.

Palabras clave: Redes transeuropeas, transportes, cohesión económica y social, desarrollo regional, mercado interior.

ABSTRACT

Transport infrastructure in the European Union is an important means of facilitating the interconnection of its Member States and is a key instrument for completing the internal market. Although Trans-European networks have been considered in the construction of Europe since the last decades of the 20th century, their achievements are still limited and rise problems which require updating of objectives and meeting the scheduled deadlines. Trans-European transport networks, particularly in the rail sector, are becoming more topical because of the needs identified, but they must be seen in the light of transport policy and cohesion within the Union. The existing shortcomings need to be addressed in a changing context, mainly because of environmental and strategic objectives. The problems involved require management and financing improvements, but also some regulatory changes to facilitate the timely completion of these networks.

Keywords: Trans-European networks, transport, economic and social cohesion, regional development, internal market.

Sumario: 1. La interconexión de los territorios en la Unión Europea. 1.1. Las redes transeuropeas en el sistema de competencias de la Unión. 1.2. La toma de decisiones y ejecución sobre las redes transeuropeas. 2. Las políticas de transporte y de cohesión. 2.1. La política de transportes. 2.2. La cohesión en la Unión Europea y el transporte. 3. Las redes transeuropeas en un contexto ampliado de objetivos. 4. Los instrumentos de financiación. 5. Algunos problemas particulares en el proceso de decisión y ejecución de las redes de transporte. 6. Consideraciones finales.

1. LA INTERCONEXIÓN DE LOS TERRITORIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

La evolución de la construcción europea ha colocado las infraestructuras de transporte entre los componentes que se entienden necesarios para realizar de modo efectivo los objetivos de la integración. Se trata, lógicamente, de la consecución del objetivo general de crear un mercado interior. El establecimiento de una política de redes aparece vinculada a este mercado que se construye y a la promoción de la cohesión económica y social, pero también queda asociado necesariamente a otras políticas sectoriales como el transporte, las telecomunicaciones o la energía. Esta política, con ciertas indefiniciones, surge tempranamente en el modelo de integración a través de la formulación de un “interés comunitario” que permita la fijación de algunos aspectos de las infraestructuras de transportes, impulsado fundamentalmente a través de un sistema de ayudas a las autoridades nacionales³.

Comprender la progresiva configuración de modelos que se estructuran bajo la denominación de redes transeuropeas requiere que sean observados no sólo dentro de un sistema de integración económica, sino también en el contexto de un proceso político más complejo. Así lo evoca el Derecho originario al significar que el establecimiento y desarrollo de aquéllas no sólo sirven a objetivos predeterminados dentro del mercado interior o la búsqueda de la cohesión económica social y territorial, sino que deben permitir que los ciudadanos, los operadores económicos y las entidades subestatales puedan participar de los beneficios de un espacio sin fronteras interiores⁴. Y no es soslayable esta dimensión porque, aun con limitaciones, la generación de proyectos de interés común desempeña una función política avanzada, pues permite que la lógica de la Unión se imponga sobre la que guía a los intereses puramente nacionales y hacer partícipes en ella a las regiones⁵. Pero la pervivencia de la frontera como noción

3 Rafael Izquierdo de Bartolomé, "La política común de infraestructuras de transporte", *Cuadernos de estrategia*, nº 7 (1988): 14.

4 Como dispone el art. 170 TFUE.

5 Francisco Aldecoa Luzárraga, "La Política de Redes Transeuropeas y la vocación federal de la Unión", en *Las Redes Transeuropeas (RTE) y el modelo federal de la UE* (Madrid: Consejo Vasco del Movimiento Europeo; Marcial Pons, 2001), 45.

delimitadora de la soberanía de los Estados sigue desplegando sus efectos, haciéndose notar también en estas materias especialmente al perfilarse como límites a las potestades de intervención y el requerimiento frecuente del concurso de la voluntad de los Estados para completar numerosas actuaciones. Aun así, su sentido tradicional tiende a relativizarse a través de la construcción europea y son numerosos los sectores en los que ello es patente, entre los que se pueden incluir el ámbito del transporte en su componente transfronterizo; y a ello contribuyen acciones promovidas desde la Unión como la interconexión de las redes nacionales⁶.

Siendo ésta una materia asentada en el sistema de la integración, se vuelve recurrente su actualidad por las revisiones a que se encuentra sometida en nuestros días, innovada en los instrumentos que la regulan. Pero, sobre todo, se observa como uno de los componentes sobre los que la Unión se posiciona frente a las transformaciones sociales y económicas que se están produciendo en un contexto crítico como el actual. Son las redes de transporte, muchas veces anunciadas como promotoras de la integración, uno de los sectores en los que las carencias se hacen más notorias y, sobre todo, un ámbito en el que la fijación de objetivos ambiciosos no siempre resiste la comparación con las realizaciones que se hacen efectivas, al menos en el tiempo para el que se programan. La declaración del año 2021 como Año Europeo del Ferrocarril da cuenta de la importancia que se atribuyen a este medio y a las necesidades de interconexión de las redes entre los Estados miembros, y pone de relieve, asimismo, las limitaciones que aún están presentes en este sector que se orienta a metas más completas que el estricto tránsito de personas y mercancías⁷.

Ciertamente, estamos ante un campo de estudio que precisa de aproximaciones complejas y metodologías analíticas diversas, sobre el que existen numerosos e interesantes trabajos tanto en el ámbito institucional como académico. Aun así, los cambios de contexto en que las redes transeuropeas se desarrollan

6 Francisco Javier Roldán Barbero, "La aplicación territorial del derecho de la Unión Europea y el derecho internacional", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n^o 51 (2015): 473-474.

7 Decisión (UE) 2020/2228 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de diciembre de 2020 relativa al Año Europeo del Ferrocarril (2021) (DO L 437, 28.12.2020).

y las oportunidades de impulso que se anuncian en momentos de transformación han traído a la actualidad esta materia y fomentado los debates en torno a las mismas. A este respecto debe tenerse presente que los sectores comprendidos en el marco de las redes transeuropeas presentan características particulares cuya amplitud desbordan ampliamente el objeto de análisis que aquí sea aborda; no obstante, ha de hacerse notar que en todos ellos concurren cuestiones fundamentales que afectan a las competencias que confluyen para el diseño y desarrollo de estas redes. Pero las características de las mismas obligan a especializaciones que afectan al alcance de las normas y actuaciones que se emprendan o a las singulares formas en que se toman las decisiones sobre las mismas o, incluso, a los niveles de intervención que se alcanzan a través de los mecanismos de financiación de la Unión, particularmente porque los costes de estas infraestructuras son asumidos por usuarios (en las redes de telecomunicaciones y energéticas) o por fuertes inversiones de origen público⁸.

1.1. LAS REDES TRANSEUROPEAS EN EL SISTEMA DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN

La oportunidad de establecer redes transeuropeas en el sector del transporte es observada en el marco de la UE como una materia fuertemente vinculada a los objetivos de la propia integración. A pesar de que tales objetivos aparezcan en buena medida desde los orígenes, hasta el Tratado de Maastricht no aparece reflejada de forma explícita una competencia específica de la Comunidad Europea sobre redes transeuropeas⁹. Ha de observarse que el alcance de esta competencia queda delimitado por la función asignada a la Comunidad en el art. 3.n) TCE que señala expresamente la promoción del establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas, lo que implica lógicamente que corresponderá a los Estados el ejercicio de estas responsabilidades y reserva a la

8 R. Mayet, "Le réseau transeuropéen de transport: le dessous des cartes", *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, nº 484 (2005): 15.

9 Como se desprende del art. 3,n) del TCE, en relación con el Título XII del mismo Tratado, que desarrolla el objetivo de fomentar y desarrollar redes transeuropeas. En realidad, supone la consolidación de una competencia comunitaria sobre redes de infraestructuras que venía siendo objeto de una atención particular, como se aprecia, por ejemplo, en la Resolución del Consejo de 22 de enero de 1990 sobre las redes transeuropeas (D.O. nº C 027 de 06/02/1990).

Comunidad una labor de impulso¹⁰. Esta caracterización como competencia compartida queda definitivamente determinada con el Tratado de Lisboa, que fija en esta categoría el ámbito de las redes transeuropeas (art. 4.2.f) TFUE).

Aun así, la práctica seguida hasta este momento ya había puesto de manifiesto que esta materia quedaba influida por el principio de subsidiariedad de una manera singular¹¹. Por esta razón se circunscribieron las acciones a la identificación de los proyectos prioritarios y a la implantación de un modelo de financiación para la creación de infraestructuras, aunque también se puede comprobar, fundamentalmente en el campo del transporte, que se establecen regulaciones destinadas a generar las condiciones para la adaptación al régimen de la competencia. Además, debe tenerse presente en todo caso que la Unión carece de atribuciones directas en materia de ordenación del territorio, pero la creciente importancia que las modificaciones del Derecho originario han otorgado a la cohesión económica, social y territorial permite observar la incidencia que se opera sobre ésta. Esto se hace patente, entre otras, en la importancia del fomento de infraestructuras para la ordenación del territorio o el desarrollo de la política regional, siendo las redes de transporte uno de los instrumentos que pueden ser utilizados para ello¹².

Hay que subrayar que las potestades sobre las redes transeuropeas quedan en el Derecho originario orientada al cumplimiento de ciertos objetivos particulares que justifican su establecimiento. Siguiendo lo dispuesto en el art. 170 TFUE, la Unión

“contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía” (apartado 1), esto es, redes que se conciben a un nivel que supera lo estrictamente transnacional; asimismo, las infraestructuras que la componen

10 J.A. Vinois, “Les réseaux transeuropéennes: une nouvelle dimension donné au Marché unique», *Revue du Marché Unique Européen*, nº 1 (1993): 101.

11 Vinois, “Les réseaux transeuropéennes...”, 101.

12 Como ya se apuntó en el documento “La Política Europea de ordenación del territorio”, Dirección General de Estudios (REGI 100a ES, 1-1998).

están orientadas a la finalidad de “favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes” (apartado 2).

Ahora bien, no pueden ser considerados de forma aislada respecto de los objetivos generales de la Unión, toda vez que éstos desempeñan una función instrumental.

En esta perspectiva, la política de redes queda sistematizada entre los objetivos generales de creación del mercado interior y el reforzamiento de la cohesión económica y social, como el propio art. 170 TFUE invoca al reenviar a los fundamentos jurídicos de estas políticas de la Unión (arts. 26 y 174 TFUE). Así, es patente que las redes propugnadas se encuentran orientadas a dotar de una integración territorial a los mercados nacionales mediante la supresión, en el espacio sin controles en las fronteras interiores, de los obstáculos físicos y técnicos que puedan representar las limitaciones derivadas de las infraestructuras¹³. Esta posibilidad de mejora de acceso a los mercados nacionales por parte de los agentes económicos tendrá un impacto positivo en el reforzamiento de la competencia tanto a nivel nacional como europeo.

Por otra parte, la finalidad de cohesión de esta política de redes se retoma de forma específica para ellas, de modo que su promoción mediante la generación de las infraestructuras permitirá garantizar la extensión de los beneficios del mercado interior. Ciertamente, la alusión genérica no está exenta de cierta vaguedad retórica en la medida en que tales beneficios no resultan cuantificables *a priori* si no se precisan los parámetros básicos que la impulsan, más allá del posicionamiento político¹⁴; aun así, pronto se apuntaría la conveniencia de que el desarrollo de estas redes constituyera un medio relevante para la generación de empleo vinculado a las inversiones que requieren, lo que apunta a su

13 Así, pueden evocarse las palabras de Mario Monti al subrayar que resulta inconcebible un mercado único sin las infraestructuras que unan sus diferentes elementos, considerándolas esenciales para garantizar la movilidad necesaria para el funcionamiento del mercado integrado y promover el crecimiento (“Une nouvelle stratégie pour le Marché Unique au service de l’économie et de la société européennes”, Rapport au Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, présenté par Mario Monti, 9 mai 2010, p. 74).

14 Paul J. Stephenson, “The Role of Working Groups of Commissioners in Co-ordinating Policy Implementation: The Case of Trans-European Networks (TENS)”, *Journal of Common Market Studies*, 48, (2010): 724.

incidencia en el componente social¹⁵. Asimismo, hay que subrayar que este objetivo particular de las redes de transporte se ve acompañado de la introducción de un instrumento financiero específico para el desarrollo de estos proyectos, junto a los de naturaleza medioambiental, en el sector del transporte. Se trata del Fondo de Cohesión contemplado en el art. 177 TFUE, habilitado de forma particular para estos sectores y del que serán destinatarios los Estados con menor PIB.

Hay que destacar que la redacción del art. 170 vincula de manera explícita las redes transeuropeas con las competencias de la Unión sobre mercado interior y cohesión, pero más allá de los objetivos particulares o generales que ello representa, suscita la consideración del alcance normativo que tienen tales relaciones. El art. 170, ciertamente, invoca el art. 26 de manera expresa, lo que entronca las redes transeuropeas en el mercado interior y permitiría, en hipótesis, tomar el art. 114 como base general para su regulación, como ocurre con otros sectores. En esta línea, podría considerarse que la contribución de estas redes a la consecución del mercado interior se encuentra inmersa en el modelo de competencias estructurado para este fin; sin embargo, el TJUE ha declarado que la regulación particular de las redes presenta una caracterización de especialidad dentro del Tratado que se deduce de su carácter específico. En consecuencia, no pueden fundamentarse medidas sobre las normas que sirvan a la consecución de objetivos generales cuando existe una base específica para la regulación de las redes transeuropeas¹⁶.

La determinación de esta relación de especialidad hace prevalente la aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a las redes transeuropeas sobre las relativas al mercado interior, sosteniendo así una autonomía de las bases

15 Comisión de las Comunidades Europeas, *Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, Libro Blanco, Luxemburgo, OPOCE, 1994.

16 Así lo ha declarado el TJUE en la Sentencia de 26 de marzo de 1996, Parlamento c. Consejo, asunto C-271/94. En el caso, referido a las redes transeuropeas de telecomunicaciones, se discutía la legalidad de una decisión adoptada por el Consejo sobre la base de las normas destinadas a establecer el mercado interior (antiguo art. 100 A TCE), que se anula por no fundarse sobre la base específica que constituye la regulación de las redes transeuropeas (antiguo art. 129 C TCE), por más que la misma persiga objetivos que también están contemplados de forma general para aquel mercado.

jurídicas de la competencia de la Unión sobre esta materia. En estas condiciones, los instrumentos habilitados para la regulación del mercado interior no son extensibles a este sector, lo que lleva aparejada una importante limitación sobre el alcance de las acciones que pueda desarrollar la UE en materia de infraestructuras, e impide que las potestades de las instituciones puedan ejercerse frente a las que ostentan las autoridades estatales. Esta caracterización es extensible al ámbito de las redes a través de la elaboración, particularmente, de orientaciones que identificarán proyectos de interés común y las acciones para la interoperabilidad de redes, como dispone el art. 171 TFUE. Pero no podrá ser expandido hacia otros sectores que queden excluidos o gocen de una regulación particular¹⁷.

Esta configuración normativa, por otra parte, lleva a considerar eventuales contradicciones que puedan surgir en la acción de la Unión para el desarrollo de redes con otras políticas que afectan a sectores no directamente relacionados con ellas. A este respecto, la obligación general de coherencia entre las diferentes políticas y acciones, tomando en consideración los objetivos y competencias atribuidas, presenta una relevancia significativa. Así se ha puesto de manifiesto en los procedimientos de toma de decisión, que requieren del esfuerzo de las instituciones para propiciar el mantenimiento de dicha coherencia¹⁸. Sin embargo, ello no constituye *per se* una solución suficientemente eficaz para la evitación de contradicciones que puedan desembocar en un conflicto entre las normas que se adopten en el desarrollo de las diferentes políticas sectoriales. De modo indicativo, pueden señalarse que las mismas pueden aflorar en sectores como la promoción del transporte aéreo y las políticas de protección ambiental, o las diferentes modalidades de transporte difícilmente realizables con energía

17 Cabe señalar, a este respecto, que quedan así fuera de este ámbito la interconexión de redes nacionales o el acceso a las mismas, que no quedan comprendidas en el art. 171.1 TFUE. Sin embargo, esto no es aplicable a las redes energéticas, que el art. 194 TFUE expresamente contempla el objetivo de fomentar la interconexión de estas redes dentro de la política energética de la Unión.

18 Tempranamente puso de manifiesto esta situación la Comisión Europea, señalando la oportunidad de integrar los trabajos relacionados con las redes, por ejemplo, para conciliar el desarrollo de las redes con compromisos normativos de carácter medioambiental asumidos por la Unión (Comunicación de la Comisión - Redes transeuropeas: Hacia un enfoque integrado (COM (2007) 0135 final).

eléctrica y los objetivos de descarbonización de la economía, o el fomento de las inversiones en las redes con la coordinación de las políticas económicas...

1.2. LA TOMA DE DECISIONES Y EJECUCIÓN SOBRE LAS REDES TRANSEUROPEAS

Las competencias de la UE sobre redes, como se establece en el art. 171 TFUE, se extienden a las funciones de orientación, planificación y apoyo para su realización; a ellas se añaden otras actuaciones destinadas a la normalización de los aspectos técnicos relacionados con su establecimiento y acceso a las mismas. Para ello se propugna la adopción de un conjunto de orientaciones que identifique los objetivos que persiguen, las actuaciones prioritarias y las grandes líneas de actuación de la Unión en materia de redes; además, estas orientaciones habrán de identificar los proyectos de interés común, que no son rígidos en la medida en que pueden ser adaptados a las necesidades sociales, económicas o técnicas¹⁹. A estas decisiones se añaden otro tipo de instrumentos que presentan un marcado carácter operativo, y que están destinados a la realización de estas redes. Para ello están las acciones de apoyo a los proyectos de interés común apoyados por los Estados miembros que estuvieran determinados en las orientaciones antedichas o la realización de acciones para garantizar la interoperabilidad de las redes, así como la posibilidad de extender estas actuaciones a la cooperación con Estados terceros.

La articulación de estos objetivos, como se comprueba, se soporta sobre unas “orientaciones” que constituyen un instrumento específico que sólo puede ser incardinado entre los actos atípicos en el sistema jurídico de la Unión, no sólo por la peculiar denominación que se le otorga, sino también por los efectos jurídicos que se les atribuyen. A este respecto, como prevé el art. 172 TFUE, las orientaciones habrán de seguir el procedimiento legislativo ordinario, que conducirá a la adopción de las mismas bajo la forma de reglamentos²⁰. Ha de

19 Juan José Martín Arribas, “Las redes transeuropeas: balance actual y perspectivas de futuro”, *Anuario de derecho internacional*, XIV (1998): 242.

20 La elección de esta forma jurídica para los actos es ajustada a lo dispuesto en el art. 296 TFUE, respetando el procedimiento de adopción específico y al principio de proporcionalidad. Como

advertirse que, aun bajo esta formalidad, las orientaciones no pierden su función de programación prevista en el Derecho originario, sin embargo, tiene consecuencias relevantes por los efectos jurídicos que se deducen de tales instrumentos. Esencialmente, éstos se extienden a los criterios y procedimientos para la selección de proyectos de interés común, así como la existencia de una delegación a la Comisión de potestades para adoptar o modificar algunos extremos de estos proyectos²¹. Pero estas orientaciones sólo vinculan a los Estados en la obtención de los resultados previstos, de modo que habrán de ser ellos los que determinen conforme a sus ordenamientos la forma y los medios para alcanzar tales objetivos.

Ahora bien, los efectos vinculantes generalmente atribuidos a los reglamentos parecen diluirse en relación con el cumplimiento por parte de los Estados, especialmente en aquellos aspectos que conducen a la ejecución de los proyectos previstos. Esto es relevante, por ejemplo, en relación con los plazos que se dispongan para alcanzar tales objetivos y son los Estados los que deben completar los mismos con la ejecución de las infraestructuras previstas. Estas situaciones de incumplimiento parecen estar evocando un cierto carácter programático, cuyo control queda reservado a la Comisión a través de un procedimiento de consulta que lleva a requerir a los Estados interesados para que comuniquen los motivos del retraso²².

Para comprender estas particularidades deben tenerse presente las limitaciones que pesan sobre las competencias de la UE en esta materia, lo que incide

señalara la Comisión, se motiva esta opción en la necesidad de que la obligatoriedad de los mismos se extienda a todos los actores, ya sean públicos o privados, que participan en las redes ya sean en la planificación, desarrollo o explotación (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las orientaciones de la Unión para el desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte (COM (2011) 650 final).

21 Como se prevé en el art. 3.4 del Reglamento (UE) n° 347/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013, relativo a las orientaciones sobre las infraestructuras energéticas transeuropeas y por el que se deroga la Decisión n° 1364/2006/CE y se modifican los Reglamentos (CE) n° 713/2009, (CE) n° 714/2009 y (CE) n° 715/2009 (DO L 115, 25.4.2013) o en el art. 49, apartados 4 y 6, del Reglamento (UE) n° 1315/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, sobre las orientaciones de la Unión para el desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte, y por el que se deroga la Decisión n° 661/2010/UE (DO L 348, 20.12.2013).

22 Art. 56 del Reglamento n° 1315/2013. Este procedimiento se extenderá a todos los Estados miembros para resolver los problemas deducidos de los retrasos en la red básica de transporte.

sobre el modo en que estas orientaciones son llevadas a efecto o en la adopción y aplicación de los actos necesarios. En ellas se ponen de manifiesto las potestades de los Estados miembros para dar protección a sus intereses fundamentales, que incluso el propio Tratado reconoce. Así, el art. 172.2 dispone la necesidad de aprobación por parte de los Estados sobre las orientaciones y proyectos de interés común que afecten a su territorio, lo que no debe interpretarse como un poder que se extienda a todos los efectos que las mismas puedan tener para los Estados, pues sólo puede considerarse cuando existe una incidencia territorial²³.

Los límites de este modelo para el desarrollo de estas redes son perceptibles tanto en la redacción del Tratado como en las posibilidades de que los Estados hagan uso de sus potestades para no actuar sobre al respecto. Precisamente por ello, la realización de las mismas habrá de soportarse sobre la combinación del efecto incentivador que representan las orientaciones que se adopten y el impulso que otorgan los instrumentos de financiación sobre la actuación de Estados y operadores privados. Por esta razón, la oportunidad de modificar los programas sobre redes desde 2008 ha generado propuestas destinadas a incrementar el papel de la UE en su desarrollo de modo que se definan esquemas que tengan un alcance propiamente continental y que responda a los objetivos de la integración.

Con carácter general, las reformas que se han operado van a perseguir la modificación de aspectos sustanciales para superar una concepción imperante desde la década de los 90 que perfilaba las redes sobre la base de los intereses nacionales de forma dominante, lo que perfilaba de hecho una construcción basada en la interconexión de redes, pero sin conformar una estructura propiamente europea. Para reconducir esta situación, se produce como principal innovación en materia de redes de transporte la constitución de una “*core network*” en forma multimodal que atraviesa el territorio de los Estados y permite

23 Como ocurre en relación con determinados servicios que se prevén dentro de estos proyectos de interés común. Además, estas previsiones sólo pueden entenderse como una limitación sobre la aplicación singular de las orientaciones al Estado que se no dé su aprobación dentro de sus ámbito territorial, sin que impida la adopción de tales orientaciones según el procedimiento legislativo establecido.

conectarse con Estados terceros. Esto incorpora los proyectos que se acordaron con anterioridad a una red que empieza a tener una caracterización genuinamente continental²⁴. Bajo este presupuesto, el Reglamento n° 1315/2013 introduce unas transformaciones muy relevantes en las redes transeuropeas de transporte al establecer una redefinición estratégica de las orientaciones, de modo que queden soportadas en el establecimiento de una “doble capa” sobre las que se planificarán las infraestructuras de la Unión, y que permite distinguir la red básica de la red global.

Esta evolución se encuentra vinculada a la política de transportes y la persistencia de algunos problemas anticipados que no habían sido resueltos a pesar de los avances²⁵, pero representa un avance subrayable porque permite la proyección de nuevas dificultades que animan a adoptar nuevas medidas para cumplir objetivos que se adaptan a las nuevas necesidades, así como a las exigencias de las políticas europeas, especialmente las de carácter medioambiental²⁶. Como se ha señalado, las principales medidas que se adoptan en materia de transporte, que abarcan las infraestructuras lineales y nodales relacionadas con el transporte por carretera, ferrocarril, aéreo, marítimo y de navegación interior, se estructurarán sobre los dos niveles antes indicados. Así, se define una Red Global (*Comprehensive Network*), que se extiende en todo el ámbito europeo para garantizar la accesibilidad y conectividad de todas las regiones de la Unión y que habrá de ser concluida antes concluir 2050; junto a ella, la Red Básica (*Core Network*), que se compone con los elementos de la red global que tienen más alta importancia estratégica, que habrá de estar finalizada antes de 2030.

24 Tim Marshall, “The European Union and Major Infrastructure Policies: The Reforms of the Trans-European Networks. Programmes and the Implications for Spatial Planning”, *European Planning Studies*, 22 (7) (2014): 1488.

25 Apuntados buena parte de ellos en el Libro Blanco “La política Europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad”, de 12 de septiembre de 2001 (COM (2001) 370 final). No obstante, algunas consecuencias importantes fueron alcanzadas en este período sobre redes transeuropeas, como la construcción de líneas ferroviarias de alta velocidad o el reforzamiento de los enlaces internacionales y la cooperación entre las autoridades nacionales competentes.

26 Contenidas en el Libro Blanco “Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible”, Bruselas, 28.3.2011 (COM (2011) 144 final).

Por lo demás, las redes de transporte siguen perfilándose sobre la base de unos objetivos que habrán de demostrar un valor añadido europeo, que se sistematizan en torno a la cohesión, la eficiencia, la sostenibilidad y el aumento de los beneficios para los usuarios²⁷, pero que avanzan a través de compromisos claros que fijan condiciones estrictas para las infraestructuras de transporte. Así se aprecia en relación con las vinculadas al ferrocarril, para las que los Estados habrán de garantizar que se encuentran equipadas con ERTMS²⁸ y que se ajustan a las normas establecidas para la interoperabilidad dentro de las redes²⁹.

Los elementos de carácter sustantivo que se introducen en las redes de transportes se ven acompañados por algunos componentes relevantes de carácter institucionalizador, pues afectan a los procesos que llevan a la definición de los proyectos de interés común y, especialmente, a la ejecución de los mismos. Su introducción persigue acomodarse al modelo de competencias de la Unión, por lo que sólo presentan un nivel de intervención complementario destinado a equilibrar la fuerte caracterización intergubernamental que preside la toma de decisiones; y así se generan factores de centralidad que vendrían a representar los intereses comunes. Hay que asociar el intento por “despolitizar” los requerimientos que exige el modelo de infraestructuras con la formación de grupos de expertos independientes que contribuyan a su desarrollo.

En las orientaciones que empezaron a aplicarse a partir de 2004, el establecimiento de la categoría “proyecto de interés europeo” se hace depender de la contribución que los proyectos realicen a la creación de las redes transeuropeas de transporte, y se posibilita con esta calificación que accedan en mejores condiciones a los fondos europeos. Ello anima a disponer que el acceso a esta categoría exija que la planificación y ejecución de las acciones se gestionen como un proyecto único e indivisible, lo que requería el seguimiento por parte de los

27 Detallados en el art. 4 del Reglamento nº 1315/2013.

28 Definido y regulado en el Reglamento (UE) 2016/919 de la Comisión, de 27 de mayo de 2016, sobre la especificación técnica de interoperabilidad relativa a los subsistemas de «control-mando y señalización» del sistema ferroviario de la Unión Europea (D.O. L 158, 15.6.2016).

29 Contenidas actualmente en la Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea (D.O. L 138, 26.5.2016).

“coordinadores europeos”³⁰. Aunque sus funciones sean destacables, sus atribuciones no dejan de tener un alcance recomendatorio o limitado a la elaboración de informes, y aunque actúa en nombre y por cuenta de la Comisión, se limitan a cuestiones de orden general que se plasman en un plan de trabajo y hacen un seguimiento de la ejecución de proyectos³¹, pero no se han extendido sobre aspectos medulares como la selección de proyectos de interés común. Además, aunque estos coordinadores son elegidos entre personalidades con un marcado perfil técnico, mantienen una dependencia de la Comisión que obliga a obrar de forma concertada con ella, si bien quedan colocados fuera de esta Institución³².

En este marco “institucional” también está presente un Comité compuesto por representantes de los Estados miembros y de la Comisión que participa en la adopción de actos de ejecución relacionados con los planes de trabajo de corredores de la red básica³³. Finalmente, la preparación y seguimiento de las decisiones relativas a los proyectos gestionados por la Comisión se realiza a través de una Agencia con funciones estrictamente técnicas y de aplicación de las normas de financiación de las redes, careciendo de potestades discrecionales que sí están presentes en el desarrollo de las orientaciones y la generación de programas. Aunque esta agencia ha tenido diferentes denominaciones y ha asumido tareas acordes con estas funciones desde su creación en 2006³⁴, recientemente ha tenido una denominación acorde con los programas a los que quedará

30 Art. 17 bis de la Decisión nº 884/2004/CE.

31 Art. 56 del Reglamento nº 1315/2013. No obstante, el Parlamento Europeo ha subrayado la oportunidad de reforzar el papel de estos coordinadores en la gobernanza de los corredores, especialmente en lo referente a los enlaces transfronterizos (Informe sobre la revisión de las directrices relativas a la red transeuropea de transporte (RTE-T), Doc. A9-0251/2020, de 10.12.2020), Comisión de Transportes y Turismo.

32 O. Silla, “Des coordonnateurs pour le réseau transeuropéen de transport”, *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, nº 494 (2006): 45.

33 Art. 52 del Reglamento nº 1315/2013. Se trata de un Comité regido por el Reglamento (UE) nº 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión (DO L 55, 28.2.2011).

34 Inicialmente llamada *Agencia ejecutiva de la red transeuropea de transporte* (Decisión 2007/60/CE de la Comisión, de 26 de octubre de 2006), pasó a ser denominada *Agencia Ejecutiva de Innovación y Redes* (Decisión de Ejecución 2013/801/UE de la Comisión, de 23 de diciembre de 2013), asumiendo tareas vinculadas a programas de investigación en el ámbito del transporte inteligente, ecológico e integrado.

vinculada. Así, la *Agencia Ejecutiva Europea de Clima, Infraestructuras y Medio Ambiente* se crea en un contexto de amplia reorganización de la delegación de tareas de ejecución de programas³⁵ y dota de coherencia al agrupamiento de ámbitos materiales. A la vista de los programas que habrá de ejecutar, se observa esta conjunción al atribuírseles los relacionados con el programa LIFE, el Fondo de Innovación, las infraestructuras de transporte y de energía en el Mecanismo Conectar Europa, así como otros programas relacionados con el clima y la transición energética.

2. LAS POLÍTICAS DE TRANSPORTE Y DE COHESIÓN

Son variados los componentes del sistema jurídico de la UE que inciden sobre las redes transeuropeas de transportes, ejerciendo una interacción que no siempre resulta contrastada. Entre ellos sobre salen dos que introducen importantes condicionantes sobre los objetivos de estas redes: la política de transporte y las políticas de cohesión.

2.1. LA POLÍTICA DE TRANSPORTES

La política de transportes está presente en la integración desde sus orígenes, si bien no fue objeto del desarrollo necesario en las primeras etapas, fundamentalmente por las dificultades que su implantación tenía sobre modelos de organización del transporte diseñados para satisfacer las necesidades de movilidad dentro de los miembros, pero sobre todo por la falta de voluntad política de

³⁵ Decisión de Ejecución (UE) 2021/173 de la Comisión de 12 de febrero de 2021 por la que se crean la Agencia Ejecutiva Europea de Clima, Infraestructuras y Medio Ambiente, la Agencia Ejecutiva Europea en los ámbitos de la Salud y Digital, la Agencia Ejecutiva Europea de Investigación, la Agencia Ejecutiva para el Consejo Europeo de Innovación y las Pymes, la Agencia Ejecutiva del Consejo Europeo de Investigación y la Agencia Ejecutiva Europea de Educación y Cultura, y se derogan las Decisiones de Ejecución 2013/801/UE, 2013/771/UE, 2013/778/UE, 2013/779/UE, 2013/776/UE y 2013/770/UE (DO L 50, 15.2.2021).

avanzar en ella restringiendo las funciones desempeñadas por los Estados³⁶. La evolución tenida en los Tratados ha llevado a configurar una política de transportes sin objetivos específicos, de modo que queda sometida a los objetivos generales del art. 3 TFUE, como se dispone en el art. 90 TFUE. Hay que destacar que se trata de una particularidad que extiende estos objetivos a un ámbito específico, lo que facilita la conexión de ésta con el resto de políticas³⁷, todo ello dentro del sistema del mercado interior.

Ciertamente, el ámbito del transporte presenta peculiaridades que hacen que su regulación quede especializada en el sistema de la Unión, y circunscritas las normas particulares del Tratado a los transportes ferroviario, por carretera o por vías navegables (art. 100 TFUE). Es el sector del ferrocarril uno de los que suscita singularidades mayores deducidas del hecho de que la infraestructura puede ser considerada como un monopolio natural, de modo que las reglas del mercado interior que puedan introducirse sobre ellas habrán de tomar como componente principal la libre prestación de servicios, lo que permite introducir la competencia.

Bajo estos presupuestos, el diseño de la política ferroviaria ha seguido tres campos de actuación principalmente: el mercado interior, las infraestructuras y las armonizaciones técnicas. Sobre estos componentes la Comisión Europea ha impulsado diferentes iniciativas destinadas a completar los objetivos, superando las dificultades deducidas de la (casi exclusiva) titularidad estatal sobre las infraestructuras y los operadores, así como las disparidades normativas existentes entre de los Estados. No es este lugar para analizar las diferentes etapas en las que se ha desarrollado³⁸, pero debe subrayarse que las realizaciones han llegado de forma lenta y cargadas de discontinuidades. Comúnmente se han agrupado estas medidas a través de los denominados paquetes ferroviarios que

36 Así lo constata el Tribunal de Justicia cuando en 1985 condena al Consejo por no garantizar la libre prestación de servicios en el sector de transportes internacionales (STJ de 22 de mayo de 1985, *Parlamento Europeo c. Consejo de las Comunidades Europeas* (asunto 13/83).

37 Enrique Linde Paniagua, "El sistema de competencias de la Unión Europea de acuerdo con el Tratado de Lisboa", *Revista de derecho de la Unión Europea*, n° 21 (2011): 169.

38 Un detallado análisis de los mismos puede verse por Ana Isabel Olmedo Gaya, "El proceso de liberalización gradual del transporte ferroviario en la Unión Europea", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 49-50 (2017): 454-499.

aglutinan los desarrollos normativos habidos en este sector, y que son de aplicación a los diferentes actores que participan en las redes ferroviarias.

De forma sintética, los cuatro paquetes adoptados hasta ahora han ido alcanzando algunas realizaciones que afectan tanto a las reglas de funcionamiento de las redes como a la gestión de las mismas. La ausencia de competencia del sector ferroviario se ha identificado como el principal obstáculo para su desarrollo y la competitividad frente a otros medios de transporte³⁹. Por ello, el primer paquete impulsa una de las medidas más sobresalientes, que ha sido la definición del papel que desempeñan los actores que participan en el transporte, obligando a fijar una estricta separación entre los operadores y los gestores de la infraestructura, de modo que quede garantizado el acceso equitativo y no discriminatorio, e impulsando la liberalización del mercado. Además, se diseña el acceso a la infraestructura ferroviaria incorporando una Red Transeuropea de Transporte Ferroviario de mercancías, que aporta algunos componentes físicos a las medidas y constituye un primer paso hacia la liberalización. Ésta quedará sometida a un organismo regulador que gozará de independencia y que deberá garantizar su neutralidad y monitorizar el funcionamiento del mercado ferroviario⁴⁰.

El segundo paquete ferroviario fijó como objetivos, junto a la apertura de los mercados nacionales de mercancías, avanzar en las normas técnicas y de seguridad, y así se señalan algunas que han de adoptarse o actualizarse para abordar problemas como la falta de adaptación de las infraestructuras a las necesidades del transporte, la interoperabilidad de redes y sistemas, cuestiones todas ellas de relevancia fundamental para el transporte ferroviario⁴¹. Pero una revisión de este paquete apunta la necesidad de hacer sostenibles los transportes en la UE y reconoce la existencia de importantes dificultades relacionadas con la accesibilidad, principal preocupación de las regiones y Estados periféricos, lo

39 Libro Blanco de la Comisión, de 30 de julio de 1996, “Una estrategia para la revitalización de los ferrocarriles comunitarios” (COM (96) 421 final).

40 Reglamento (UE) nº 913/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2010, sobre una red ferroviaria europea para un transporte de mercancías competitivo (DO L 276, 20.10.2010).

41 Libro Blanco presentado por la Comisión el 12 de septiembre de 2001 - La política Europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad (COM (2001) 370 final).

que alienta a que las inversiones en infraestructuras eliminen estrangulamientos, se permita el transporte comodal y se conecte a las regiones ultraperiféricas. Además, se subraya la conveniencia de introducir una dimensión ampliada de las conexiones en Europa para extenderla al exterior, poniendo de relieve la necesidad de que la política de transportes sea contemplada en un contexto amplio de relaciones con otros Estados y organizaciones, especialmente por la importancia estratégica que tendría dentro de la Política Europea de Vecindad⁴².

El tercer paquete, por su parte, abunda en la liberalización del transporte internacional de mercancías, impulsando el establecimiento de un certificado único para maquinistas y otro personal vinculado a la conducción con validez para toda la UE, y además completa la regulación de derechos y obligaciones de los usuarios en el transporte por ferrocarril.

El cuarto paquete ferroviario realiza una aproximación compleja a la política de transportes, diferenciando dos niveles para la intervención normativa de la Unión: Por una parte, en el pilar político se aborda la apertura del mercado, adoptando normas sobre la gobernanza de las administraciones de infraestructuras, la licitación de los contratos de los servicios públicos y el acceso a los mercados nacionales del transporte de viajeros⁴³. Por otra parte, el pilar técnico se centra en la interoperabilidad de las redes, las autorizaciones de seguridad o la certificación del ERMTS; pero, sobre todo, establece un marco regulatorio que reduce la intervención normativa de los Estados y otorga amplios poderes a la Agencia Ferroviaria Europea sobre la entrega de autorizaciones y certificaciones⁴⁴.

42 Revisión intermedia del Libro Blanco del transporte de la Comisión Europea de 2001 - Por una Europa en movimiento. Movilidad sostenible para nuestro continente (COM (2006) 314 final).

43 En particular, Directiva (UE) 2016/2370 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, que modifica la Directiva 2012/34/UE, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril y a la gobernanza de las infraestructuras ferroviarias (DO L 352, 23.12.2016); Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de Diciembre de 2016, que modifica el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril. (DO L 354, de 23.12.2016); Reglamento (UE) 2016/2337 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 1192/69 del Consejo, relativo a las normas comunes para la normalización de las cuentas de las empresas ferroviarias (OJ L 354, 23.12.2016).

44 Compuesto por las siguientes normas: Reglamento (UE) 2016/796 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia Ferroviaria de la Unión Europea y por el

En este conglomerado de normas hay un aspecto de gran relevancia desde el punto de vista organizativo como es el establecimiento de los corredores ferroviarios de mercancías⁴⁵. La idea de convertir el ferrocarril en un medio de uso prioritario para el transporte de mercancías precisa de la implantación de una red internacional. Para ello se dispuso como herramienta principal un modelo de corredores que permita la mejora de las capacidades de las redes, de modo que en su diseño se tomarán en cuenta ciertos requisitos preestablecidos y, sobre todo, se establece la obligación para los Estados miembros de participar en la creación de al menos un corredor cuando tengan una frontera con conexión ferroviaria con otro Estado miembro⁴⁶. No cabe duda de que estos corredores presentan una relación estrecha con las redes transeuropeas de transporte, y así se refleja en su regulación cuando se prevé que para la implantación o ampliación de nuevos corredores se mantenga una debida coherencia con las redes que están desarrollándose. Pero debe tenerse presente que, aun constatándose esta asociación entre ambos componentes, la ordenación de estos corredores queda sometida en todo caso al régimen de la política de transportes y no queda en el ámbito de aplicación de las redes transeuropeas⁴⁷. La diferenciación de ámbitos resulta relevante, toda vez que las alteraciones que se produzcan sobre estos corredores no quedarán sometidos a la aprobación de los Estados miembros afectados, tal y como se requiere para las redes transeuropeas en el art. 172.2 TFUE.

que se deroga el Reglamento (CE) n.º 881/2004 (OJ L 138, 26.5.2016); Directiva (UE) 2016/798 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la seguridad ferroviaria (OJ L 138, 26.5.2016); Directiva (UE) 2016/797 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, sobre la interoperabilidad del sistema ferroviario dentro de la Unión Europea (OJ L 138, 26.5.2016).
45 Estos corredores quedan definidos en el art. 2.a del Reglamento 913/2010 como “todas las líneas ferroviarias, incluidas las líneas de transbordador de ferrocarriles, designadas en el territorio de los Estados miembros o entre Estados miembros y, en su caso, en terceros países europeos, que enlacen dos o más terminales a lo largo de una ruta principal y, cuando proceda, rutas de desvío y los tramos que las conectan, incluidas las infraestructuras ferroviarias y sus equipos y los servicios ferroviarios pertinentes, con arreglo al artículo 5 de la Directiva 2001/14/CE”.

46 Arts. 4 y 5 del Reglamento 913/2010. En esta norma se contemplan también ciertas excepciones, como por ejemplo disponer de un ancho de vía diferente al resto de Estados. Aunque España se encuentra en esta situación, la posición geográfica particular dentro de esta estrategia ha evitado que quede excluida de estos corredores.

47 Sentencia de 12 de noviembre de 2015, Reino Unido c. Parlamento y Consejo, asunto C-121/14.

2.2. LA COHESIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRANSPORTE

A diferencia de la política de transportes, en las primeras etapas de la construcción europea no se contempló una política de cohesión en los Tratados. Sin embargo, pronto se detectaron las diferencias regionales como un factor que influía negativamente en la integración y en el desarrollo del conjunto de los Estados. Será el Acta Única Europea la que introduzca, a este respecto, una modificación fundamental al incorporar la cohesión económica y social entre las competencias comunitarias, señalando como objetivo “reducir las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas”⁴⁸. Para alcanzarlo, el conocido FEDER se convierte en el instrumento más elaborado para disponer los medios financieros que permitan promover la corrección de los desequilibrios regionales. Se supera de este modo una concepción estrictamente económica de la construcción europea que condiciona las políticas de desarrollo regional, hasta entonces sostenidas desde los Estados individualmente.

No cabe duda de que el transporte constituye uno de los motores que pueden contribuir a mejorar los equilibrios entre las regiones con diferentes niveles de desarrollo, y es habitual considerarlo como un elemento fundamental para satisfacer necesidades que evitan situaciones de infradesarrollo y pobreza, especialmente cuando genera beneficios reales para el conjunto de los grupos sociales⁴⁹. Y por ello es importante que, junto a la política regional, se introdujeran componentes más avanzados a través del Tratado de Maastricht, que incorpora a las atribuciones de la Comunidad la materia redes transeuropeas. Esto ha permitido que se impulsaran proyectos que, favoreciendo la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales y dentro del respeto por el principio de subsidiariedad⁵⁰, faciliten la conexión de las regiones menos desarrolladas con los principales centros económicos.

48 Art. 130 A TCEE, actual art. 174 TFUE.

49 Gannon, C., and Liu, Z., *Transport: Infrastructure and Services*, Washington, D.C., World Bank, 2000, p. 8.

50 Rafael Izquierdo de Bartolomé, “Hacia la configuración de una red ferroviaria comunitaria”, *Cuadernos de Estrategia*, nº 71 (1994): 45-66.

La Comisión Europea ha venido entendiendo que la mejora de la competitividad y el desarrollo regional están vinculados a los servicios de transporte, tanto de mercancías como de personas, particularmente por la incidencia sobre la movilidad de los ciudadanos en el ámbito rural o sobre quienes carecen de medios propios de transporte⁵¹. Bien es cierto que la consecución de objetivos sociales no puede limitarse exclusivamente a la generación de las infraestructuras necesarias, pues el impacto sobre la generación de empleo se produce en las etapas de construcción, y posteriormente se limitan al mantenimiento y la operabilidad. Por esta razón resulta difícil cuantificar el efecto general del transporte sobre el empleo, pues cabe incluso la posibilidad de que sirvan para deslocalizar actividades, lo que impide concluir con precisión las consecuencias que éste tiene, al menos para la generalidad de los casos⁵².

Incluso puede observarse que los problemas de acceso al transporte no sólo guardan relación con los niveles de desarrollo de medios, sino que se vinculan también con las posibilidades reales de acceso a bienes y servicios que éstos facilitan, a lo que puede añadirse la participación en los procesos de toma de decisiones. Ello plantea la situación de grupos en exclusión social que han de ser atendidos, aunque la disponibilidad de infraestructuras sea avanzada, pues no es dependiente tanto del factor de proximidad cuanto de la capacidad adquisitiva de la población⁵³. Por ello, la relación entre transportes y cohesión presenta unas dimensiones complejas que no quedan limitadas a espacios, y que han de ser tomados en consideración para la evaluación del impacto real de los transportes sobre ella. No obstante, sí es comprobable que el uso de los transportes resulta desigual en función del tamaño de la población a que van destinados, lo que bien puede animar a concentrarlos en los principales centros de desarrollo

51 Cohesión y transporte (COM (1998) 806 final).

52 Marco Di Cataldo and Andrés Rodríguez-Pose, "What drives employment growth and social inclusion in the regions of the European Union?", *Regional Studies*, 51(12) (2017): 1-20.

53 Lodovici, M.S. y Torchio, N., "Social inclusion in EU Public Transport", *European Parliament's Committee on Transport and Tourism* (2015).

y destinar los recursos a los mismos, contribuyendo así a producir nuevas desigualdades en los territorios con niveles de población o desarrollo inferiores⁵⁴.

Tal vez el ámbito en el que mejor se aprecia la vinculación de las redes transeuropeas con la cohesión sea el regional. Los progresos en esta materia alcanzados en 1992 se orientaron a la reducción de los desequilibrios entre regiones, pero no contribuyó por sí mismo a generar una convergencia de infraestructuras a escala europea, lo que constituye una limitación para el Mercado único. La profundización en el componente transeuropeo, sin embargo, no ha desconocido la realidad regional, porque se ha especificado la necesidad de tener en consideración la situación de las regiones menos desarrolladas, especialmente las insulares, las que carecen de litoral y las periféricas, que son las que más precisan conectar con las regiones centrales del Continente (art. 170 TFUE).

Es relevante este señalamiento de las regiones periféricas, especialmente en Estados como España o Portugal, pues las redes de transporte han venido siendo desarrolladas bajo criterios de desarrollo puramente endógenos. Esto ha provocado que, frecuentemente, se articulen en yuxtaposición a otras redes nacionales dificultando la interconexión y encareciendo los costes para llevarlo a efecto⁵⁵. Además, el diseño de las redes transeuropeas se rige sobre criterios de conectividad entre los Estados, pero con una clara disposición hacia el área central europea, en la que se concentran los mayores niveles de desarrollo, y ha apostado por la comunicación rápida entre las grandes ciudades europeas. Incluso puede advertirse que estas necesidades de las ciudades no quedan circunscritas ya al ámbito estrictamente europeo, sino que se extiende más allá para facilitar su participación más completa en un modelo de desarrollo inserto en la globalización⁵⁶.

54 “Impulsar el crecimiento y la cohesión en las regiones fronterizas de la UE” (COM (2017) 534 final de 20.9.2017).

55 “La política europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad” (COM (2001) 370 final). Destaca la Comisión este aspecto especialmente en la perspectiva de ampliación de la Unión.

56 Peter Taylor and Michael Hoyler, “The spatial order of European cities under conditions of contemporary globalisation”, *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, 91(2) (2000): 176-189.

En este contexto, la función que puede desempeñar el transporte por ferrocarril en los Estados miembros es de notoria importancia, especialmente porque la conveniencia de su desarrollo debe ser contemplado bajo una perspectiva amplia por la extensión de beneficios que puede generar a diferentes escalas territoriales. De aquí que se haya enfatizado que “contribuye a la cohesión social, económica y territorial a nivel local, regional, nacional y continental”⁵⁷.

Ahora bien, no pueden ser considerados aisladamente estos planteamientos de cohesión vinculados a las necesidades de las regiones menos desarrolladas sin ponerlos en relación con otros objetivos que entroncan con las redes transeuropeas de transporte, además de asociarlo con el conjunto de la política de transportes de la Unión. Éstos pueden llegar a colocar en una posición más debilitada a las áreas rurales y a las regiones más periféricas, que frecuentemente están situadas al margen de las redes nacionales o no se les facilita el acceso a sus beneficios con suficiente intensidad, especialmente por la dependencia que tienen de la intervención pública para el desarrollo y mantenimiento de las comunicaciones.

3. LAS REDES TRANSEUROPEAS EN UN CONTEXTO AMPLIADO DE OBJETIVOS

La concepción dentro de la Unión de unas redes transeuropeas de transporte responde, como se sabe, a dar satisfacción a las necesidades de movilidad para las personas y mercancías. Sin embargo, en los últimos años algunos objetivos políticos generales han influido en buena medida las finalidades que persiguen su diseño y desarrollo.

a) Quizás uno de los desafíos más complejos a los que se enfrentan las sociedades de nuestros días sea la consecución de un equilibrio entre el desarrollo y su sostenibilidad ambiental. Tanto la UE como sus Estados miembros se han comprometido en la consecución de objetivos ambiciosos en relación con la

⁵⁷ Decisión (UE) 2020/2228, *cit.*

reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, lo que requerirá esfuerzos muy notables para las sociedades para alcanzarlos manteniendo su crecimiento económico. El transporte es, lógicamente, uno de los sectores más afectados por las medidas que se habrán de implementar para alcanzar la meta marcada de alcanzar la neutralidad de emisiones para el año 2050⁵⁸. Esto ha impulsado de un modo particular la conveniencia de promover el desarrollo del ferrocarril como uno de los medios más eficientes para el transporte de mercancías a media y larga distancia, pero para que adquiera una competitividad comparada suficiente es imprescindible que se eliminen numerosos obstáculos técnicos y operativos dentro de las redes nacionales, así como fomentar su innovación⁵⁹.

Es lógico que las políticas nacionales se vean afectadas, especialmente por los términos tan ambiciosos en que se plantean estos objetivos, e impulsará transformaciones tecnológicas y energéticas de gran calado que introducirán importantes cambios en los modelos de transporte. Pero los costes de estos cambios constituyen, por otro lado, un importante reto para que no generen nuevas desviaciones en el mantenimiento de la cohesión dentro de la Unión, de modo que las regiones puedan converger y mejorar sus conexiones con el resto de territorios. A este respecto, la crisis vinculada a la pandemia iniciada en 2020 constituye una oportunidad de reconstrucción de algunos componentes gravemente afectados por la misma, pero evoca de igual modo el riesgo cierto de que produzca la exclusión de las regiones menos favorecidas y, sobre todo, se expone a que sea limitada su eficacia. Así lo ha subrayado la Comisión al señalar que esta

58 Se considera que el transporte representa el 25% de las emisiones de gases de efecto invernadero dentro de la UE, por lo que favorecer el transporte por ferrocarril se estima que reducirá considerablemente éstas al estar electrificado en gran medida. Los compromisos asumidos por la Unión sobre la reducción de la emisión de estos gases, no sin grandes dificultades políticas, se han plasmado más recientemente en el complejo Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n° 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima») (DO L 243, 9.7.2021).

59 “Un planeta limpio para todos – La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra” COM (2018) 773.

transición “a una movilidad sostenible, inteligente y resiliente ha de ser justa, de lo contrario se corre el riesgo de que no se produzca”⁶⁰.

Esta política que se diseña influirá sobre el desarrollo de las infraestructuras, toda vez que exigirá unas conexiones adecuadas que faciliten la integración en redes, pero necesitará una concepción más avanzada e integral para completar los objetivos de transporte y energía. Se requerirá una actualización acelerada de las mismas, particularmente porque los transportes no completarán la prestación de servicios de forma fluida a través de las fronteras si no disponen de medios de carga o repostaje adecuados. El conocido como “Pacto Verde” europeo propugna estos planteamientos y reclama no sólo que se construyan nuevas infraestructuras sino también que se adapten las que ya existen para garantizar su continuidad dentro del modelo de descarbonización perseguido⁶¹. Ciertamente, las posibles realizaciones que a este respecto se puedan alcanzar están siendo aún completadas, pero parece importante destacar el papel especialmente activo de la Comisión en el impulso de las medidas que han de ser adoptadas, acuciada por los plazos marcados para conseguirlo y la exigencia de dar satisfacción a las necesidades⁶².

Ahora bien, no puede desconocerse que las transformaciones que se anuncian pueden generar la acumulación actuaciones en territorios predeterminados de los Estados, soslayando así las necesidades que puedan existir en otros. Ello sería una nueva fuente de nuevas desigualdades dentro de la Unión, contraria a los criterios de cohesión acordados. Evitar estas situaciones posibles antes de que se produzcan debe ser una guía coherente de las orientaciones de los fondos europeos destinados a la construcción de redes transeuropeas, pero requerirá intervenciones específicas. A este criterio responde la formalización de un nuevo Mecanismo para una Transición Justa, dispuesto recientemente para prevenir

60 “Estrategia de movilidad sostenible e inteligente: encauzar el transporte europeo de cara al futuro”, COM (2020) 789 final.

61 “El Pacto Verde Europeo” (COM/2019/640 final).

62 “Technical guidance on the climate proofing of infrastructure in the period 2021-2027”, C(2021) 5430 final, de 29.07.2021.

que las disparidades regionales se acentúen, y que podrá tener consecuencias directas sobre la sostenibilidad de algunos sectores como el transporte público⁶³.

b) Otro de los factores que han de ser tomados en consideración para la articulación de los transportes es la distribución de poblaciones en el territorio de los Estados miembros. Los retos que se desprenden de la evolución demográfica constituyen un aspecto que ha suscitado preocupación en las instituciones, especialmente por la previsible reducción que se viene anunciando para los próximos decenios y las graves consecuencias que puede conllevar⁶⁴. En relación con el transporte, se pueden aventurar ciertos problemas particulares que se producen por el desplazamiento progresivo de poblaciones desde regiones periféricas hacia áreas metropolitanas que ofrecen mejores expectativas y oportunidades o, simplemente, facilitan el acceso a los medios para satisfacer necesidades primarias. El despoblamiento que ello provoca en las áreas rurales, sin ser un fenómeno específicamente europeo, se ha producido por la afluencia hacia las ciudades grandes, y ha originado una gran concentración de los beneficios que aportan los servicios de transporte, además de otros como el acceso a la energía o la conectividad digital. No cabe duda de que la optimización de estos recursos y el esfuerzo de las sociedades para su financiación pueden animar a observar los beneficios de la concentración de poblaciones, que no siempre es espontánea porque el diseño de las redes de transporte ha demostrado que interactúa de forma importante con la distribución demográfica y laboral⁶⁵; sin embargo, existen consecuencias negativas de orden económico, social y medioambiental que animan a tomar en consideración estas políticas para evitar el despoblamiento de áreas destacables, como ha ocurrido en algunas regiones de Portugal y España.

63 Para ello se ha constituido un Fondo de Transición Justa, genéricamente concebido para dar apoyo a aquellos territorios en los que el impacto de la transición hacia la neutralidad de emisiones de gases de efecto invernadero resulte más acentuada. Su dotación durante el período 2021-2027 se ha cifrado en 19 200 millones €).

64 El más reciente análisis de la Comisión puede verse en el *Report on the Impact of Demographic Change*, publicado el 17.06. 2020.

65 Kay Axhausen, "Accessibility: Long-term perspectives", *Journal of Transport and Land Use*, 1 (2) (2008): 5-22.

El Comité de las Regiones ha puesto de manifiesto la oportunidad de reorientar algunas políticas de la Unión tomando en consideración estos problemas, y propone impulsar también los transportes para las zonas rurales a través de los fondos europeos, subrayando la necesidad de dar prioridad a las redes de transporte sostenible que faciliten la interconexión entre el campo y la ciudad⁶⁶. Es éste un aspecto significativo para la política regional, que debería tomar en consideración las necesidades particulares de las zonas con baja densidad de población y adecuarse a las singularidades de su situación geográfica, especialmente porque el transporte condiciona ampliamente las oportunidades en algunos sectores relevantes como la alimentación y el turismo, que requieren desplazamientos y medios de transporte adecuados.

c) En un contexto normativo diferenciado, las redes transeuropeas de transportes también empiezan a ser consideradas relevantes en el marco de la seguridad y la defensa en la UE. Tal vez sea este uno de los aspectos más recientemente incorporados a esta materia, desconocido tradicionalmente para sistematizarlo en la definición progresiva de una política común de la Unión. Es notorio que los Estados, que retienen las competencias sobre esta materia, no han demostrado interés sobre el uso militar de las infraestructuras que los conectan entre sí, ni han contemplado el establecimiento de normas comunes para facilitar el transporte. La realidad actual es que el despliegue del transporte militar resulta muy gravoso por las condiciones que se les imponen, tanto para el personal militar como para unos equipos que requieren frecuentemente de medios especializados. Esta situación no resulta fácilmente comprensible con las aspiraciones de una política de seguridad y defensa propiamente europea, especialmente si atendemos a las necesidades que precisaría una eventual actuación enmarcada en la cláusula de solidaridad que se contiene en el art. 222 TFUE; pero tampoco resulta coherente con las condiciones en que se desarrolla la cooperación que mantienen los Estados europeos en el marco de la OTAN, de la que son

66 Informe sobre la inversión de las tendencias demográficas en las regiones de la Unión mediante los instrumentos de la política de cohesión (2020/2039(INI) (Doc. A9-0061/2021), de 25 de marzo de 2021. Comisión de Desarrollo Regional.

miembros buena parte de ellos⁶⁷. Por estas razones, y aún de forma limitada, se ha manifestado la voluntad de crear una Unión Europea en el ámbito de la defensa que requerirá la adopción de medidas destinadas a facilitar el movimiento de medios militares entre las fronteras de los Estados miembros con agilidad y eficacia suficientes para alcanzar objetivos comunes⁶⁸.

De este modo, la posibilidad de que las normas de la Unión puedan orientarse a facilitar los desplazamientos de fuerzas se considera que debe ir acompañada de la evolución de los medios físicos para su ejecución, lo que implica que tales concepciones se extiendan también a las infraestructuras de transporte. Pero debe tenerse presente que una formulación amplia como la propuesta se encuentra inmersa en un proceso institucional diferente del ámbito estrictamente civil, toda vez que requiere la participación del Servicio Europeo de Acción Exterior (Estado Mayor de la UE), la Comisión y diferentes organismos como la Agencia Europea de la Defensa y, eventualmente, requerirá también la celebración de consultas con la OTAN. Todo ello sin olvidar que son los Estados miembros quienes tienen la competencia para tomar decisiones acerca de la entrada de tropas extranjeras en su territorio, aunque éstas sean de otros Estados de la Unión.

Aun estando presentes estas cuestiones basadas en las potestades retenidas por los Estados, no hay obstáculo para que desde el año 2017 se hayan emprendido algunas actuaciones, orientadas principalmente a identificar la conveniencia de aprovechar las sinergias que las políticas de la Unión puedan tener sobre la defensa, especialmente las referidas a las redes transeuropeas de transporte⁶⁹. Es patente que las exigencias sobre las infraestructuras son diferentes según se

67 A este respecto puede evocarse que la Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea (titulada “Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte”) adoptada en 2016, en la que se hace notar que la seguridad europea depende también de la paz fuera de nuestras fronteras. Además, debe tenerse presente la necesidad y el compromiso asumido por los Estados europeos miembros de la OTAN de asumir un reparto de cargas y responsabilidades en el marco de esta Organización, que ha de hacerse patente en el incremento de inversiones (Joint declaration on EU-NATO cooperation, 10 de julio de 2018).

68 Join Communication to the European Parliament and the Council, Improving Military Mobility in the European Union, JOIN (2017) 41 final, Brussels, 10.11.2017.

69 Sobre este particular es relevante la *Join Communication to the European Parliament and the Council on the Action Plan on Military Mobility* (JOIN (2018) 5 final).

destinen a un uso militar o civil, pero impulsar la utilización de los mismos medios podrá introducir efectos benéficos, no sólo por los costes asociados a ello, sino también porque permitirá impulsar la red de transportes transfronterizos y adecuarlos para situaciones críticas que no siempre estarán vinculadas a la defensa. A pesar de que las realizaciones aún sean limitadas en este terreno, como se verá más adelante, se empiezan a manifestar algunos avances más allá de los estudios previos y la planificación, porque se producirán realizaciones concretas con la introducción de un soporte financiero propio de la Unión en el desarrollo de estas infraestructuras de doble uso.

4. LOS INSTRUMENTOS DE FINANCIACIÓN

No cabe duda de que una de las herramientas fundamentales en el diseño y desarrollo de las redes de infraestructuras es la disponibilidad de medios financieros, normalmente muy gravosos para las haciendas públicas nacionales encargadas de soportarlas dada la limitada participación privada en las mismas. La política de redes transeuropeas se encuentra, por ello, fuertemente soportada sobre los instrumentos financieros de la Unión acomodados a la complejidad del resultado que se persigue con las mismas. Se produce así una evolución coherente con las transformaciones del proceso de integración y los objetivos que sobre esta materia se han ido configurando para adaptarlos a contextos cambiantes.

Hasta el Tratado de Maastricht, la participación comunitaria en la financiación de proyectos de infraestructuras fundamentalmente quedaba circunscrita en el marco de la política regional, lo que limitaba ampliamente las posibilidades de impulsar proyectos a escala europea. Es el FEDER el fondo destinado a estos fines, pero permitió que sobre él se soportaran algunas importantes realizaciones cuando las inversiones requeridas obtuvieran una declaración de “utilidad europea”⁷⁰. A partir de 1992 las bases normativas se transforman y se

70 Como previó el Reglamento (CEE) n° 3359/90 del Consejo, de 20 de noviembre de 1990, relativo al establecimiento de un programa de acción en el ámbito de la infraestructura de transporte,

institucionaliza el Fondo de Cohesión a la vez que se renueva la política de infraestructuras. De esta manera, la participación de la UE en la realización de proyectos relacionados con las infraestructuras de transportes se ve completada, junto al mantenimiento del FEDER, con el Fondo de Cohesión y algunas líneas presupuestarias específicas enmarcadas en el desarrollo de las redes transeuropeas. Constituye esto una respuesta fundamental a la finalidad de acelerar la creación de una auténtica red mediante los enlaces transfronterizos necesarios para que opere a una escala europea, reforzando de este modo la cohesión económica y social⁷¹.

Hay que tener en cuenta, en todo caso, que la diversidad de instrumentos financieros que contribuyen a la creación de estas infraestructuras responde a diferentes criterios, si bien tanto el FEDER como el Fondo de Cohesión se destina a Estados y regiones de la Unión que tienen niveles de desarrollo inferiores a la media. A pesar de estar sometidos actualmente a las mismas normas de programación, gestión y supervisión⁷², responden a finalidades particulares cada uno de ellos. Así, mientras el FEDER está orientado claramente hacia las regiones menos favorecidas y contribuir a la reducción de las diferencias de niveles de desarrollo entre las regiones en la Unión, el Fondo de Cohesión se destina especialmente a los sectores del medio ambiente y de las redes transeuropeas de transporte.

Estos componentes básicos de la financiación se han mantenido hasta la reciente reforma que se produce en 2021, que da continuidad a la función de promoción de las redes transeuropeas de transporte a estos fondos. Más concretamente, identifica entre los objetivos propios de estos fondos “el desarrollo y el

con vistas a la realización del mercado integrado de los transportes en 1992 (DO L 326 de 24.11.1990). Con esta financiación se promovió, por ejemplo, una red ferroviaria de alta velocidad en proyectos como el Sevilla-Madrid-Barcelona-Lyon-Turín-Milán-Venecia y desde allí hacia Tarvisio y Trieste.

71 Izquierdo de Bartolomé, “Hacia la configuración de una red ferroviaria...”, 58.

72 Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1083/2006 del Consejo (DO L 347, 20.12.2013).

refuerzo de una movilidad sostenible, resistente al cambio climático, inteligente e intermodal a escala nacional, regional y local, que incluye la mejora del acceso a la RTE-T y de la movilidad transfronteriza⁷³. De este modo, los fondos podrán contribuir a las inversiones en infraestructuras de transporte (ya sea ferroviario, de navegación interior, por carretera, marítimo y multimodal) y posibilita que queden orientadas a ámbitos territorialmente limitados dentro de los Estados o adquieran una dimensión transfronteriza, lo que incluye lógicamente a las redes transeuropeas. Hay que tener presente, no obstante, que las decisiones referidas a la cofinanciación de los proyectos se delegan en las autoridades de gestión nacionales o regionales.

Esta amplia variedad de instrumentos financieros que pueden confluir sobre este ámbito, se ve acompañado de algunos orientados de forma particular a estimular la participación del sector privado en el cumplimiento de las acciones que se programan dentro de aquellas. El Banco Europeo de Inversiones, apoyado por la Comisión, ha generado unos medios singulares para reducir las cargas de recuperación de inversiones en las fases de puesta en marcha de los proyectos. Esto tiene una importancia fundamental en algunos casos, especialmente cuando la demanda de transporte no responde a las expectativas de volumen esperados, y que puede animar a la participación de sectores empresariales en la ejecución de infraestructuras que pueden afectar al interés general, pero que entrañan altos niveles de riesgo⁷⁴. Otra manifestación más de la intensa atención que recibe el transporte y las infraestructuras vinculadas a él ha sido la conformación de herramientas de fomento de las inversiones que impulsan el crecimiento económico y el empleo, como ha ocurrido con el *Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas*. Su interés en este sector ha venido dado por el apoyo prestado, entre otros, a proyectos de interés común destinados a

73 Art. 3 del Reglamento (UE) nº 2021/1058 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2021 relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión (DO L 231, 30.6.2021).

74 Se trata del *Loan Guarantee Instrument for TEN-T Projects (LGTT)*, que tiene cierta relevancia para la promoción, particularmente, de la cooperación público privada en este sector, como ponen de relieve Pfeffer, M.; Moreno, M.L.; Mawhinney, M.; Richards, S.; Yong-prötzel, I. *The Loan Guarantee Instrument for TEN-T Projects (LGTT): An Evaluation Focusing on the Role of the EIB in the Implementation of the Instrument*; European Investment Bank: Luxembourg, 2014.

completar el mercado interior en los sectores de las infraestructuras de transportes⁷⁵, y ha permitido el despliegue de importantes inversiones hasta el final del año 2020. Actualmente, este Fondo ha sido sustituido por el *Programa InvestEU*, que constituye una respuesta amplia y completa a las necesidades de inversión pública y privada que tienen los Estados de la Unión después de la grave crisis provocada por la pandemia de COVID-19, y evita la dispersión que venía produciéndose por la diversidad de programas y fondos que respondían a la finalidad de promover la inversión⁷⁶. Precisamente es el sector del transporte uno de los principales destinatarios del mismo, destacándose en la regulación la necesidad de apoyar las inversiones en nodos multimodales, sobre los que la afluencia de inversión privada es limitada por los elevados riesgos que conllevan, el desarrollo e implantación de sistemas de transporte inteligentes y la creación de tecnologías avanzadas para mejorar la seguridad.

La relevancia que adquieren estos instrumentos financieros para la generación de redes transeuropeas debe entenderse como fundamental, pues constituyen un estímulo importante para que los Estados orienten sus proyectos y esfuerzos presupuestarios a su construcción. Puede ponerse como ejemplo el sector ferroviario, en el que el conjunto de Estados de la Unión ha convertido sus presupuestos nacionales en la principal fuente de financiación de estas infraestructuras (50%), lo que hace patente la complejidad de las decisiones que se tomen al respecto. Sin embargo, ello no resta interés a la aportación que se realiza a través de los medios financieros de la Unión pues, más allá del impacto efectivo en el conjunto de las inversiones requeridas para el desarrollo de las redes ferroviarias⁷⁷, se han convertido en un catalizador de los proyectos que se han

75 Reglamento (UE) 2015/1017 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2015 relativo al Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas, al Centro Europeo de Asesoramiento para la Inversión y al Portal Europeo de Proyectos de Inversión, y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1291/2013 y (UE) n° 1316/2013 - el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (DO L 169 de 1.7.2015).

76 Reglamento (UE) 2021/523 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de marzo de 2021 por el que se establece el Programa InvestEU y se modifica el Reglamento (UE) 2015/1017 (DO L 107, 26.3.2021).

77 Se ha estimado que la media de financiación aportada por la UE es del 12% de la inversión, mientras que el resto se completa a través de concesiones, asociaciones público-privadas, préstamos, capital social o tasas por uso de vías ("The Results and Efficiency of Railway Infrastructure

desarrollado porque se ha garantizado el respeto por las normas de protección ambiental, las relativas a la defensa de la competencia y las relacionadas con los contratos del sector público.

En la actualidad, la ayuda financiera de la Unión para la conclusión de las redes transeuropeas se organiza a través del Mecanismo “Conectar Europa” (MCE), que se establece con la finalidad de apoyar proyectos de interés común en el sector de las infraestructuras de transporte, telecomunicaciones y energía, así como explotar las sinergias entre estos sectores para el marco financiero plurianual 2014-2020⁷⁸. La reciente aprobación del Reglamento (UE) 2021/1153 ha sentado las bases para la operatividad del MCE, bajo unos objetivos generales⁷⁹ y unos objetivos específicos que, para el caso del transporte, se orientan a “contribuir al desarrollo de los proyectos de interés común relativos a las redes e infraestructuras eficientes, interconectadas y multimodales para lograr una movilidad inteligente, interoperable, sostenible, integradora, accesible y segura desde los puntos de vista operacional y físico”. La gestión de estos recursos se hará a través de la señalada Agencia Ejecutiva Europea de Clima, Infraestructuras y Medio Ambiente.

Para este período 2021-2027, apenas se ve alterado el contenido presupuestario asignado a esta materia (33 710 000 000 €), pero se produce una redistribución por comparación a ejercicios anteriores contemplando las Inversiones Estratégicas europeas (12 830 000 000 €) y el Fondo de Cohesión (11 286 000 000 €)⁸⁰, añadiéndose una nueva línea de actuación sobre proyectos que sean

Financing within the EU”, European Parliament’s Committee on Budgetary Control, IP/B/TRAN/FWC/2010-006/LOT4/C1/SC8, de 30/09/2015).

78 Art. 1 del Reglamento (UE) n° 1316/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, por el que se crea el Mecanismo «Conectar Europa», por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 913/2010 y por el que se derogan los Reglamentos (CE) n° 680/2007 y (CE) n° 67/2010 (DO L 348, 20.12.2013).

79 Estos objetivos aparecen concretados en el art. 3 del Reglamento (UE) 2021/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021 por el que se establece el Mecanismo «Conectar Europa» y se derogan los Reglamentos (UE) n° 1316/2013 y (UE) n° 283/2014 (DO L 249, 14.7.2021).

80 Es de interés subrayar que en el art. 4 del Reglamento se opera una distribución de los Fondos de Cohesión transferidos al MCE, de modo que en la primera fase del período se destine el 30% del mismo a proyectos de forma competitiva entre los Estados que puedan percibir estos fondos, y el 70% se haga respetando las asignaciones nacionales del mismo, lo que facilitará que las zonas menos

acordes con el objetivo de adaptar parte de las infraestructuras de las redes transeuropeas de transporte a mejorar la movilidad tanto civil como militar (1 691 000 000 €)⁸¹.

La cofinanciación de proyectos por parte de la Unión es variable y acomodada a las prioridades que se han fijado, tal y como se dispone en el art. 4 del Reglamento del MCE. De forma sintética, serán financiables los estudios (hasta el 50%), los proyectos de interés común relativos a las redes e infraestructuras eficientes, interconectadas y multimodales (hasta el 30% o hasta el 50% si son de uso civil y militar)⁸². No obstante, los límites marcados podrán incrementarse en determinadas condiciones, como ocurre cuando el importe transferido procede del Fondo de Cohesión (hasta el 85%) o cuando se trate de la finalización de los principales enlaces ferroviarios transfronterizos pendientes entre Estados que puedan concurrir al Fondo de Cohesión (hasta el 85%), con cargo a las Inversiones estratégicas europeas. Asimismo, cuando la acción que se proyecta incide en dos o más sectores comprendidos en el MCE, esto es, digital, transportes y energía, se aplicarán los porcentajes más altos e incluso podrán incrementarse (10%).

5. ALGUNOS PROBLEMAS PARTICULARES EN EL PROCESO DE DECISIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS REDES DE TRANSPORTE

Como se ha señalado anteriormente, la construcción del modelo general de redes transeuropeas se hace posible dentro de un sistema de competencias

desarrolladas de la red puedan mejorar los proyectos que presenten, dando prioridad a los enlaces transfronterizos y a los enlaces pendientes.

81 Debe tenerse presente que se trata de una asignación independiente del Fondo Europeo de Defensa, recientemente regulado en el Reglamento (UE) 2021/697 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 por el que se establece el Fondo Europeo de Defensa y por el que se deroga el Reglamento (UE) 2018/1092 (DO L 170 de 12.5.2021). Puede advertirse, como señalara la Comisión, que este fondo podrá desplegar algunas sinergias en otros sectores como el transporte, las comunicaciones y la energía (COM/2018/476 final).

82 No obstante, esta participación se podrá incrementar hasta un 50% para los enlaces transfronterizos, los sistemas de aplicaciones telemáticas, la interoperabilidad ferroviaria, la implantación de nuevas tecnologías, la mejora de las infraestructuras de seguridad o la adaptación de las infraestructuras de transporte para el control de las fronteras exteriores de la Unión.

compartidas entre Estados y Unión Europea, pero claramente condicionado por la retención de las potestades sobre ordenación del territorio que mantienen los Estados. Esto provoca que la defensa de los intereses nacionales con frecuencia condicione u obstaculice las posibilidades de acuerdo entre los Estados limítrofes para el diseño de las redes de transporte y las prioridades que puedan atribuirse a las mismas. Esta reiterada crítica no se ve atemperada, al menos en las primeras etapas de estas redes, por la posibilidad de estimular tales acuerdos a través de unos fondos europeos limitados que se orientaron precisamente a Estados o regiones que se beneficiaban por objetivos de convergencia⁸³.

Como consecuencia, a las dificultades de orden jurídico que contornan la regulación de estas redes se añaden otras de naturaleza política que afectan a los procesos de toma de decisiones. La participación en el diseño de las redes de transporte de actores diversos añade complejidad al confrontar intereses de diferentes niveles que están representados en los Estados. Puede servir de ejemplo el caso español en relación con las redes de transporte ferroviario, históricamente muy centralizadas por la organización de los poderes y la voluntad de remodelar el sistema económico nacional en torno a esta idea de concentración. La participación de España en los corredores europeos ha facilitado que la planificación de las mismas pueda ser reorientada, pero no sólo por el influjo que ejerce la dimensión europea que se otorga a las mismas, sino fundamentalmente por la descentralización política vinculada a nuestro modelo regional, que promueve una mayor amplitud en los debates y condiciona claramente la toma de decisiones⁸⁴. Podría apreciarse que tan amplia participación, en la que lógicamente también están presentes agentes económicos, añade dificultades que parecen convertirse en obstáculos, pero hace dominar un carácter participativo ampliado⁸⁵.

83 José Manuel Vassallo-Magro, María de los Ángeles Baeza-Muñoz, "Las Redes Transeuropeas de Transporte, RTE-T", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 19 (2011): 48.

84 Nacimia Baron-Yellès et Éloïse Libourel, "L'AVE, opérateur et révélateur des dynamiques institutionnelles et territoriales en Espagne", *Revue d'histoire des chemins de fer* (2015): 279-296.

85 En el caso español, tales debates han priorizado el desarrollo de los corredores mediterráneo y atlántico, pero no ha impedido que se dé continuidad a otras acciones que promocionan iniciativas

La caracterización de estas redes con un alcance continental hace que estos proyectos se vean inmersos en una multiplicación de las cuestiones señaladas, pero hacen posible que numerosas instituciones, agentes económicos y sociales participen en el proceso estructurando un modelo multinivel. Y, a estos efectos, se hace notar la existencia de un componente político de notable entidad, pues permite establecer proyectos que trascienden los estrictos intereses nacionales y hace primar la lógica de la integración sobre las que presiden el comportamiento de los Estados aisladamente, pero incorporando también a ello a las regiones dentro de un proyecto de alcance colectivo⁸⁶.

Estas consideraciones en torno a la toma de decisiones no pueden ocultar la existencia de otras dificultades que se manifiestan en la ejecución de proyectos acordados. Tal vez la más significativa sea la ralentización que sufren de forma generalizada, lo que produce retrasos en la obtención de los objetivos que se les asignan y frecuentes discontinuidades en los trayectos, lo que impide que adquieran la funcionalidad con que se planificaron. Es ésta una cuestión que el Tribunal de Cuentas de la UE ha puesto de manifiesto recientemente, advirtiendo de que el objetivo concretado en 2013 de completar la red básica en el año 2030 es improbable que sea cumplido⁸⁷. Y no es algo de importancia menor, pues los retrasos en la construcción y puesta en marcha de los proyectos afecta a cinco de los nueve corredores de la red transeuropea de transportes, entre los que se encuentra el enlace ferroviario de alta velocidad que conecta Vitoria (España) con Burdeos (Francia) (en el corredor atlántico).

Como se ha señalado, la ejecución de los proyectos se realiza por parte de los Estados y las funciones de la Comisión son limitadas; pero no impiden que se le haya habilitado para requerir a los Estados para que justifiquen los motivos

como la conexión entre Francia y España a través del túnel de Somport o la articulación del Corredor Sudeste entre España y Portugal.

86 Aldecoa, F., *La integración europea. Análisis histórico-instrumental con textos y documentos. Volumen II: Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 198.

87 Informe Especial 10/2020: *Infraestructuras de transporte de la UE: Es necesario ejecutar de manera más rápida los megaproyectos para conseguir resultados en la red de transporte a su debido tiempo*.

que provocan los retrasos en el inicio o conclusión de las obras⁸⁸, o pueda recurrir a las funciones generales que le permiten facilitar a los Estados los trabajos para su realización o supervisar la utilización de los medios financieros aportados por la Unión en la cofinanciación de tales proyectos. No obstante, estas potestades han sido aplicadas por la Comisión con cierta laxitud, optando por fórmulas que se han valorado como más eficaces para animar a los Estados a cumplir con los plazos. Entre ellas, están las decisiones de ejecución que se acuerdan con los Estados para reflejar el compromiso de éstos de cumplir con los plazos previstos y se obligan a informar anualmente de las realizaciones alcanzadas; sirva de ejemplo la adoptada para la conexión ferroviaria Évora-Mérida entre Portugal y España. Aun así, hay que resaltar que se trata de un mecanismo que deja a la voluntad de los Estados completar las infraestructuras previstas sin que quede garantizado su cumplimiento íntegro, a pesar de que los tiempos fijados en la consecución de la red básica y la red global deben entenderse como obligatorios.

La ejecución de las infraestructuras previstas en ocasiones se enfrenta a problemas de notable dificultad que producen dilaciones e incluso pueden desincentivar las inversiones, especialmente cuando los procedimientos de autorizaciones y de contratación pública se desarrollan en un contexto transfronterizo. Sobre este particular, la adopción de la Directiva 2021/1187 pretende constituir un impulso a la agilización promoviendo que se dé prioridad a los procedimientos de concesión enmarcados en su ámbito de aplicación⁸⁹, y además promueve la cooperación entre las autoridades nacionales para coordinar sus plazos y acordar programas conjuntos sobre el procedimiento de concesión de autorizaciones.

88 Art. 56 del Reglamento (UE) n.º 1315/2013.

89 Directiva (UE) 2021/1187 del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2021 sobre la racionalización de las medidas para avanzar en la realización de la red transeuropea de transporte (RTE-T) (DO L 258, 20.7.2021). El ámbito de aplicación de esta norma se circunscribe a los proyectos de la red básica con un coste superior a los 300 millones de euros y a determinadas secciones de los corredores que son identificados en un anexo, entre los cuales se identifican varios del corredor atlántico (los enlaces transfronterizos Évora-Mérida, Vitoria-Gasteiz - San Sebastián/Donostia - Bayonne - Bordeaux y Aveiro-Salamanca) y del corredor mediterráneo (Barcelona-Perpignan).

Otra de las cuestiones que suscitan estas redes de transporte trasciende la etapa actual en la que se están ejecutando proyectos que se entroncan en los grandes corredores diseñados, y todas las actuaciones quedan orientadas a la ejecución de los mismos. Sin embargo, empieza a perfilarse la oportunidad de que se realicen evaluaciones sobre el impacto de las mismas una vez concluidas, que queda hasta ahora sometido a una práctica dispersa y que sólo se comprueba realizable en algunos Estados al abrigo de su propia legislación. A este respecto, el Tribunal de Cuentas ha hecho notar la ausencia de evaluaciones sistemáticas sobre los grandes proyectos de transporte dentro del sistema de la Unión; por ello ha apuntado la conveniencia de que sean realizadas para introducir una mejor transparencia pública sobre los proyectos una vez que han sido ejecutados. Además, permitiría un análisis más completo de la experiencia acumulada con ellos que podría ser de utilidad para el diseño de nuevos proyectos de infraestructura⁹⁰.

Un último aspecto que puede señalarse está referido a la proyección de esta formulación “europea” de las redes de transporte hacia espacios que no forman parte del territorio de los Estados de la Unión, pero a los que han de extenderse por las necesidades de desplazamiento de personas y mercancías. Se trata de un aspecto ya contemplado en el Derecho originario al preverse que la Unión pueda decidir “cooperar con terceros países para el fomento de proyectos de interés común y para garantizar la interoperabilidad de las redes” (art. 171.3 TFUE). Se observa así que la concepción estratégica que se otorga al transporte no puede quedar limitada a los Estados miembros, sino que se puede ser conveniente que los beneficios a los que se asocian se propaguen hacia los nuevos contextos que se generan en el Mediterráneo y en los Estados más orientales de Europa⁹¹.

Las posibilidades de que estas comunicaciones se vean acrecentadas por el creciente interés de acceso a los mercados asiáticos, ha impulsado que dentro de la Agenda Global de la UE se incorpore una Estrategia Europea de Conectividad

90 Análisis nº 5: Grandes proyectos de infraestructuras de transporte: comparación del marco de la UE con el entorno internacional, publicado el 25/11/2021.

91 Como reclamaba la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de abril de 2009, sobre el Libro Verde sobre el futuro de la política RTE-T (2008/2218(INI)).

claramente orientada en este aspecto⁹². Como en otros sectores, lo cierto es que la Unión lleva un apreciable retraso en sus previsiones y en el diseño de sus objetivos, especialmente si observamos la posibilidad de que pueda entrar en concurrencia con los proyectos de China de contribuir a modernizar los sistemas de transporte más allá de sus fronteras con iniciativas tan completas como el gran proyecto, iniciado en 2013, bajo la denominación de *Belt and Road Initiative* (BRI)⁹³. Puede observarse de este modo un cierto carácter reactivo en la posición expresada por la Comisión de impulsar inversiones a gran escala en Estados terceros destinadas a garantizar las cadenas de suministro, pero también a conseguir que las conexiones de redes, incluidas las de transporte, se basen en normas y reglas aceptadas internacionalmente para garantizar la igualdad de condiciones en el acceso a las mismas⁹⁴. No obstante, las posibilidades de éxito de esta iniciativa, aun siendo interesante para el reposicionamiento geopolítico de la Unión, se encuentran aún sometidas a grandes incertidumbres por las limitadas capacidades de atracción de inversiones que pueda generar o por concurrir con otras como la estadounidense *Build Back Better World (B3W) Partnership*.

Hay que subrayar que las posibilidades de desarrollo de estos proyectos del Gigante asiático se encuentran asociadas a la realización de importantes inversiones en infraestructuras en los Estados por los que transita, y en las que se ven ya implicados algunos Estados de la Unión. Pueden servir de ejemplo las mejoras en las redes ferroviarias que se prevén entre Hungría y Serbia o la voluntad declarada de Portugal de convertir el puerto de Sines en uno de los enlaces con esta Ruta de la Seda. Sin embargo, ello representa que la articulación del transporte entre los Estados de la Unión puede quedar envuelto en la influencia de

92 High representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee, the Committee of the Regions and the European Investment Bank: Connecting Europe and Asia - Building blocks for an EU Strategy JOIN(2018) 31 final Brussels, 19.9.2018.

93 No es este lugar para el análisis de las ventajas e inconvenientes que puede suscitar para Europa, pero es muy destacable que la llamada Nueva Ruta de la Seda permite conectar puntos distantes 13.000 km. con continuidad territorial, conectando desde los grandes centros de producción industrial de China hasta Madrid un amplio número de Estados asiáticos y europeos, utilizando líneas ferroviarias que permiten la entrega con mayor celeridad que las vías marítimas.

94 Se trata de la iniciativa *Global Netway* anunciada recientemente por la Presidenta de la Comisión el 1 de diciembre de 2021.

capitales con origen y control por parte de China. Esta situación ha generado cierta desconfianza en algunos Estados e Instituciones europeas que aprecian la “trampa de la deuda” que puede generar⁹⁵, pero también pone en sobreaviso sobre la confrontación de intereses que puede suscitar entre los miembros de la Unión ante la atracción de inversiones de extraordinaria importancia. Aunque no pueda entenderse que sea de aplicación exclusivamente a estas situaciones, la reciente adopción de una regulación europea para el control sobre las inversiones extranjeras directas tendrá una incidencia clara sobre estos proyectos, y más concretamente sobre las posibilidades de que tales inversiones puedan estar dirigidas hacia las redes transeuropeas de transportes⁹⁶. Estas cuestiones presentan una notable complejidad jurídica, especialmente por las limitaciones que pueden tener las competencias de la Unión sobre esta materia, pero también contribuye a un debate político sobre el que el consenso resultará difícil de alcanzar entre los Estados miembros, toda vez que estas medidas de control que se contemplan pueden alcanzar sectores estratégicos⁹⁷. Aun con todo, parece que será inevitable que algunos proyectos puedan verse afectados en el futuro por estas circunstancias porque las condiciones geopolíticas que los envuelven no son ajenas a ellos.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La creación de redes transeuropeas de transporte constituye, sin duda, uno de los instrumentos para la integración europea que, aun estando destinada a establecer un mercado interior, trasciende los componentes económicos para incluir componentes de naturaleza política avanzados. La necesidad de interconectar territorios dentro de la Unión requiere importantes esfuerzos para

95 Antonio Alonso Marcos y Ana Aragón Gordon, “El Belt and Road Initiative y la Estrategia Europea de Conectividad ¿compatibles o irreconciliables?”, *Boletín IEEE*, nº 20 (2020): 282-300.

96 Art. 8.5 del Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2019, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (DO L 79 1/1, 21 de marzo de 2019).

97 Jerónimo Maillo González-Orús y Javier Porras Belarra, "Inversiones Unión Europea-China: ¿hacia una nueva era?", *Documento de trabajo (Universidad CEU-San Pablo, Instituto de Estudios Europeos)*. Serie Unión Europea y Relaciones Internacionales, 99/2020.

contribuir a generar oportunidades para los operadores económicos, pero también a los propios ciudadanos. Así se viene concibiendo desde los orígenes, pero la realidad cambiante pone de manifiesto las dificultades a que se enfrenta el cumplimiento de los objetivos a los que sirven estas redes.

Esto se comprueba también en el sector del ferrocarril, impulsado en nuestros días a superar el tradicional modelo de monopolio articulado sobre la dependencia del Estado, titular de las infraestructuras y prestador de los servicios. Los avances en la política de transporte que animan la liberalización deben considerarse relevantes, así como otras medidas como el establecimiento de corredores para el tránsito de mercancías. Sin embargo, esto no puede ocultar las dificultades que en ocasiones se aprecian por la distorsión que producen las infraestructuras que soportan el transporte. La política de redes transeuropeas, a este respecto, ha tenido una influencia sobresaliente al impulsar la conectividad de las redes nacionales; sin embargo, las posibilidades de intervención de las Instituciones de la Unión se encuentran delimitadas por el modelo de competencias compartidas sobre esta materia que requiere el concurso de la voluntad de los Estados para su diseño y precisa de acuerdos entre los mismos para su ejecución. Las dificultades de aunar estos impulsos han constituido un importante freno para el desarrollo de estas infraestructuras de forma coherente frente a unos Estados reticentes a diluir los efectos que permanecen en torno a las fronteras.

A pesar de que la evolución de las redes de transporte pone de manifiesto estos problemas, la adopción de nuevos objetivos generales como la descarbonización acelerada del transporte, la corrección de los desequilibrios regionales o el reposicionamiento estratégico de la Unión en el mundo les hacen recobrar protagonismo. Así se viene observando en los cambios que se producen no sólo en los instrumentos de financiación, sino también en el establecimiento de regulaciones destinadas a facilitar la conclusión de las redes programadas y, sobre todo, permitir que la programación de la ejecución de las mismas se ajuste a los tiempos para los que fueron previstas. Los retrasos acumulados deben ser considerados ya bajo una perspectiva estratégica más completa, pues la crisis que se acentúa con la pandemia de 2020 exige acciones suficientemente intensas que impidan el desfase tecnológico, el aumento de los problemas

medioambientales, la reducción comparativa de la capacidad de progreso en el conjunto de la Unión o el incremento de los desequilibrios económicos y sociales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aldecoa Luzárraga, Francisco. "La Política de Redes Transeuropeas y la vocación federal de la Unión". En *Las Redes Transeuropeas (RTE) y el modelo federal de la UE*. 41-52. Madrid: Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- Alonso Marcos, Antonio y Aragón Gordon, Ana. "El Belt and Road Initiative y la Estrategia Europea de Conectividad ¿compatibles o irreconciliables?". *Boletín IEEE*, nº 20 (2020): 282-300.
- Axhausen, Kay. "Accessibility: Long-term perspectives". *Journal of Transport and Land Use*, 1 (2) (2008): 5-22.
- Baron-Yellès, Nacimia et Libourel, Éloïse. "L'AVE, opérateur et révélateur des dynamiques institutionnelles et territoriales en Espagne". *Revue d'histoire des chemins de fer* (2015): 279-296.
- Di Cataldo, Marco and Rodríguez-Pose, Andrés. "What drives employment growth and social inclusion in the regions of the European Union?". *Regional Studies*, 51(12) (2017): 1-20.
- Izquierdo de Bartolomé, Rafael. "La política común de infraestructuras de transporte". *Cuadernos de estrategia*, nº. 7 (1988): 38-61.
- Izquierdo de Bartolomé, Rafael. "Hacia la configuración de una red ferroviaria comunitaria", *Cuadernos de Estrategia*, nº 71 (1994): 45-66.
- Linde Paniagua, Enrique. "El sistema de competencias de la Unión Europea de acuerdo con el Tratado de Lisboa". *Revista de derecho de la Unión Europea*, nº 21 (2011): 27-294.
- Marshall, Tim. "The European Union and Major Infrastructure Policies: The Reforms of the Trans-European Networks. Programmes and the Implications for Spatial Planning", *European Planning Studies*, 22 (7) (2014): 1484-1506.
- Martín Arribas, Juan José. "Las redes transeuropeas: balance actual y perspectivas de futuro". *Anuario de derecho internacional*, XIV (1998): 235-291.
- Mayet, R. "Le réseau transeuropéen de transport: le dessous des cartes". *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, nº 484 (2005): 11-18.

- Olmedo Gaya, Ana Isabel. “El proceso de liberalización gradual del transporte ferroviario en la Unión Europea”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 49-50 (2017): 454-499.
- Roldán Barbero, Francisco Javier. “La aplicación territorial del derecho de la Unión Europea y el derecho internacional”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 51 (2015): 453-490.
- Silla, O. “Des coordonnateurs pour le réseau transeuropéen de transport». *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, nº494 (2006): 42-46.
- Stephenson, Paul J. “The Role of Working Groups of Commissioners in Co-ordinating Policy Implementation: The Case of Trans-European Networks (TENs)”. *Journal of Common Market Studies*, 48, 3, (2010): 709-736.
- Taylor, Peter and Hoyler, Michael. "The spatial order of European cities under conditions of contemporary globalisation". *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, 91(2) (2000): 176-189.
- Vassallo-Magro, José Manuel; Baeza-Muñoz, María de los Ángeles. “Las Redes Transeuropeas de Transporte, RTE-T”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 19 (2011): 39-73.
- Vinois, J.A. “Les réseaux transeuropéennes: une nouvelle dimension donné au Marché unique». *Revue du Marché Unique Européen*, nº 1 (1993): 93-125.

JUAN MANUEL RODRÍGUEZ BARRIGÓN

Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Departamento de Derecho Público

Facultad de Derecho

Universidad de Extremadura

jmrbr@unex.es

<https://orcid.org/0000-0002-4232-1086>



EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN ARGENTINA EN TIEMPOS DE
VIRTUALIDAD FORZADA. UN SUPUESTO DE JUDICIALIZACIÓN
DE LA INCLUSIÓN DIGITAL¹

*THE RIGHT TO EDUCATION IN ARGENTINA IN TIMES OF
FORCED VIRTUALITY. A CASE OF JUDICIALIZATION
OF DIGITAL INCLUSION*

MIGUEL AGUSTÍN TORRES²

Universidad Nacional de Catamarca. Argentina

CECILIA ELIZABETH IBÁÑEZ³

Universidad Nacional de Santiago del Estero. Argentina

Recibido: 01/11/2021 Aceptado: 22/12/2021

1 Este artículo expone algunos resultados y reflexiones alcanzados, desde el Nodo núm. 4, en el curso del proyecto de investigación “La reconfiguración de las desigualdades vinculadas a la educación secundaria argentina en situación de pandemia/postpandemia [código: PISAC - COVID 19 00023; período: 2021-2022] desarrollado con el auspicio y financiación de la Agencia Nacional de Promoción de la Investigación, el Desarrollo Tecnológico y la Innovación de Argentina.

2 Licenciado en Derecho y Magister en Relaciones Internacionales. Doctor en Humanidades por la Universidad Nacional de Tucumán y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (IRES-CONICET). Profesor de la Universidad Nacional de Catamarca de Argentina. Sus líneas de investigación se concentran en la dimensión legal e institucional de la economía social, las políticas de inclusión e inserción sociolaboral.

3 Licenciada en Relaciones Internacionales y Especialista en Gestión Pública por la Universidad Nacional de Santiago del Estero de Argentina. Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (IRES-CONICET). Ha participado en la gestión y ejecución de políticas culturales en el ámbito del gobierno provincial de Santiago del Estero. Sus líneas actuales de investigación se sitúan en el campo de las políticas educativas inclusivas y políticas de inclusión social.

RESUMEN

Como es sabido, la instalación de la pandemia implicó en muchos escenarios la imposición de restricciones a la movilidad y al desempeño, en condiciones de normalidad, con respecto a determinadas actividades. La sociedad argentina no fue ajena a este proceso, el cual, en materia de educación, se tradujo en la suspensión de la presencialidad de las clases áulicas, y por consiguiente, en la implementación forzada, de un trayecto de enseñanza y aprendizaje de naturaleza remota. Teniendo en cuenta ellos, en este trabajo nos proponemos caracterizar, desde una perspectiva jurídica, el acceso a los medios y recursos digitales, en tanto manifestación del derecho a la educación, en el marco del complejo contexto impuesto por la pandemia. Para ello procedemos a analizar un fallo relevante en la materia correspondiente al ámbito judicial del principal distrito del país.

Palabras clave: Derecho a la Educación, pandemia, accesibilidad digital, decisión judicial, Argentina.

ABSTRACT

As is known, the installation of the pandemic implied in many scenarios the imposition of restrictions on mobility and performance, under normal conditions, with respect to certain activities. Argentine society was not aloof to this process, which, in terms of education, resulted in the suspension of face-to-face classes, and therefore, in the forced implementation of a remote teaching and learning process. Considering this, in this work we propose to characterize, from a legal perspective, access to digital media and resources, as a manifestation of the right to education, within the framework of the harsh context generated by the pandemic. For this, we proceed to analyze a relevant ruling in the matter corresponding to the judicial sphere of the main district of the country.

Keywords: Right to Education, pandemic, digital accessibility, judicial decision, Argentina.

Sumario: 1. Introducción. 2. Precisiones conceptuales y normativas. 2.1 Precisiones Conceptuales y Teóricas. 2.2. Encuadre normativo. 3. La controversia sobre el acceso a los recursos digitales. Acceso a la educación e igualdad de oportunidades. 4. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

No es poco frecuente que la cobertura jurídica de diferentes cuestiones que se suscitan en nuestras sociedades, refleje variadas situaciones de rezago cultural que pueden generarse con motivo del estado que pueda exhibir la regulación legal de tópicos actuales de marcada relevancia social. Hablamos de rezago cultural (*cultural lag*) en el sentido acuñado por William Ogburn⁴ y que nos remite a aquellos escenarios empíricos en los cuales las innovaciones en el campo material no resultan acompañadas de un avance compatible en el ámbito inmaterial. En la construcción teórica del destacado sociólogo americano, que tempranamente pasó a integrar el canon histórico de su disciplina por sus indagaciones referentes al cambio social⁵, la cultura moderna describe un itinerario dinámico en continua transformación.

Empero, en tal proceso no todos los componentes evolucionan en la misma frecuencia, lo cual determina que los cambios operados en algunos sectores imponen la necesidad de adecuación por parte de otros. Así, dentro de la denominada herencia social se suscitan episodios de desajustes⁶ originados en las innovaciones que atestiguan los componentes materiales que no cuentan con su correlación por parte de los elementos inmateriales (conocimiento, normas, educación, sistema de creencias, costumbres, etc.) y que, por ende, requieren de un esfuerzo de armonización desde ese orden. Por lo tanto, la falta de ajuste explica el despliegue de esfuerzos de adecuación generados desde el espacio inmaterial, configurando, de esta manera, una “cultura acomodativa” ode adaptación⁷.

4 Como apunta Ruggiero, William Ogburn introdujo la categoría del rezago cultural en su libro “Social change with respect to culture and original nature”, publicado en el año 1922 [William F. Ogburn, *Social change with respect to culture and original nature* (Huebsch: New York, 1922)]. Véase, sobre este punto, Josephine A. Ruggiero, “Culture, Change, and Cultural Lag: A Commentary and a Challenge”, *Sociology Between the Gaps: Forgotten and Neglected Topics* 3 (2018): 1-3.

5 Manuel Alfonso Olea, “Cambio social: evolucionismo y funcionalismo”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 52 (1975): 233-258. Salustiano Del Campo, “Presentación. William F. Ogburn y la evolución social”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* 92 (2000): 191 - 195

6 Salustiano Del Campo, “Evolucionismo biológico y cambio social”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 87 (2010): 27-54.

7 José Juan Amar Amar, “La región Caribe y la hipótesis del retraso cultural”, *Investigación & Desarrollo* 11, n° 1 (2003): 2-25.

La breve mención a la perspectiva que nos ofrece el cambio social puede resultar de utilidad en la tentativa por comprender la complejidad derivada de los impactos sociales ocasionados por las proyecciones que la globalización entraña⁸. Tal proceso es particularmente significativo tratándose de la dimensión positiva del derecho, en tanto producto social demarcado temporalmente y destinado a contemplar normativamente aspectos de una realidad sometida, a menudo, a un continuo y repentino dinamismo. Al respecto puede decirse que el derecho a la educación, por su alcance, ilustra, de modo especial, sobre los retos planteados por contextos de frecuentes transiciones abiertos por la globalización.

Estas dificultades, inscriptas en el sustrato fáctico propio del devenir de las últimas décadas, se dimensionaron con motivo del cruento y torvo panorama instalado por la pandemia, el cual introdujo un cuadro de severos condicionamientos que recayeron sobre las posibilidades de garantizar el derecho a la educación, a través de medios y recursos digitales, a determinados colectivos vulnerables. Esta problemática, que reflejó variados matices según los ordenamientos correspondientes a los distintos escenarios nacionales, adquirió marcada relevancia en la sociedad argentina, en la cual, precisamente, durante los últimos años, se habían implementado, con algunas intermitencias, una serie de políticas públicas orientadas a asegurar la inclusión digital de segmentos poblacionales en condiciones de vulnerabilidad socioeconómica. Justamente, debido a la importancia que la cuestión implicaba, se suscitó una controversia judicial⁹, en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en torno al otorgamiento, por parte del gobierno local, de medios y recursos tecnológicos y digitales a estudiantes pertenecientes a colectivos socialmente vulnerables del referido distrito.

Atendiendo a ello, y sobre la base del análisis del fallo de primera instancia emitido, en el curso de la controversia mencionada, dentro del ámbito de la justicia local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, nos proponemos proporcionar elementos para una caracterización, desde una perspectiva jurídica, del

8 Amar Amar, José Juan, “La región Caribe y la hipótesis ...”, 2-25.

9 Juzgado de 1ra Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 (Secretaría N°4) de la ciudad de Buenos Aires. Sentencia [exp. n° 3264/2020, “Asesoría Tutelarn° 2 y Otros contra GCBA sobre Amparo”] de 8 de junio de 2020.

acceso a los medios y recursos digitales, en tanto manifestación singularizada del derecho a la educación, en el marco del complejo contexto impuesto por la pandemia. En línea con el objetivo trazado y considerando el abrumador y angustiante panorama de pandemia que nos interpela sensiblemente, procuramos, como guía para avanzar en el desarrollo de nuestra posición, determinar, desde la perspectiva del derecho a la educación ¿Cuál es el sentido que adquirió – y que aún presenta- el acceso a los dispositivos tecnológicos y digitales por parte de grupos vulnerables en el marco fáctico detallado?

El desarrollo del objetivo propuesto se encuentra motivado por el propósito de rescatar los argumentos centrales que sustentan la elevada ponderación y la favorable valoración jurídico-técnica, que, desde la óptica del derecho a la educación, recoge, para precisados sectores de la doctrina especializada, el acceso a los medios y recursos tecnológicos. Esta finalidad adquiere mayor significación aún, en tiempos como el actual, en los cuales la digitalización y la virtualidad configuran, por una parte, una de las vías principales tanto de interacción recíproca como de aproximación al conocimiento; pero que, por otra, revelan las desigualdades y asimetrías que arrinconan a algunos segmentos comunitarios en la vulnerabilidad y para los cuales las pautas que definen y explican a la globalización, lejos de arriar alternativas de integración social, terminan socavando, aún más, las fisuras disgregantes propias de las sociedades fragmentadas¹⁰. Por tal razón, subyace, a su vez, a tal propósito, la posición y, también, la convicción que la nutre y a la cual adherimos, referente al significado profundamente igualador, en términos sociales, implicado en el acceso allanado a las fuentes e instrumentales digitales, por

10 Una comprometida e incisiva reflexión sobre la fragmentación que, desde la última década del siglo pasado, define, cual denominador común, a muchos núcleos sociales, en el marco de la globalización, es ofrecida por Hernández al señalar que: “la sociedad fragmentada es aquella en absoluto incapaz de organizar un cuadro común de normas, por tanto incapaz de establecer cotas para las aspiraciones de cada una de las personas (...) En una sociedad fragmentada, los intercambios tienen lugar en una escena social; (a) pero no siempre involucran a todos los actores; dejan al descubierto márgenes de población marginal (sin más recursos que la incursión anómica en el seno de la sociedad global, por ejemplo: la delincuencia; (b) no imponen una concienciacolectiva que marque los trazas de un sendero en la historia; (c) ni suponen idénticas posibilidades de acceso a los bienes más deseados [Raúl A. Hernández, *Pobreza sin revolución y capitalismo sin riqueza. El fin de la dialéctica* (Tucumán: Artecienza, 2001), 65.]”

parte de los colectivos socioeconómicamente vulnerables. Esta da cuenta, además, ena los de la garantiademocrático del derecho a la educación

El trabajo se inscribe dentro de los estudios de tipo descriptivo y de corte analítico, y la investigación en él implicada presenta una naturaleza cualitativa. La recolección de información y la generación de conocimiento proceden de un repertorio de tareas en el cual se combina la incursión a través de la literatura pertinente con el examen de normativa específica y de jurisprudencia concerniente al tópico indagado.

La contribución se organiza en función de la siguiente estructura. En un primer apartado se efectúan una serie de precisiones teórico-conceptuales. A continuación, se describe, de modo sucinto, el marco normativo involucrado en el asunto en conflicto que examinamos. Con el bagaje contextual y teórico reca-bado a partir de las incursiones conceptuales y normativas, se aborda, luego, el análisis de la sentencia concerniente a la controversia mencionada. A modo de cierre, se suministran una serie de comentarios concluyentes.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES Y NORMATIVAS

2.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y TEÓRICA

Puede argumentarse que el derecho a la educación, por su trascendencia, opera como una clave de bóveda, es decir, como un componente funcional para el desenvolvimiento íntegro de las personas físicas y para su adecuada inserción social, puesto que en su propia vigencia y disfrute se encuentran comprometidos, en buena medida, la satisfacción plena de otros derechos humanos, el ejercicio de otros derechos personales y la realización de otras libertades. Por ello, atina-damente se ha sostenido que se trata de un derecho humano progresivo¹¹ con virtualidad suficiente para incidir en las posibilidades de concreción de derechos igualmente valiosos. En tal entendimiento, diferentes instrumentos jurídicos

11 María Mercedes Ruiz Muñoz, “El derecho a la educación y la construcción de indicadores educativos con la participación de las escuelas”, *Sinéctica. Revista Electrónica de Educación*, 43 (2014): 1-19.

multilaterales sobre derechos humanos, tanto de carácter regional como global, han concordado en destacar la diversificada naturaleza del derecho a la educación, al definirlo como un derecho civil, político, económico, social y cultural¹². De esta manera, por su injerencia y su relevancia para la configuración íntegra de la persona y para su proyección en el marco del Estado de derecho, puede aseverarse que la educación se posiciona como un derecho clave. En tal sentido se ha destacado que:

“la educación potencia el desarrollo de la persona y por ello es condición esencial para el disfrute de todos ellos; por esto se considera éste como un derecho clave (*key right*). No se puede ejercer ninguno de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales sin un mínimo de educación”¹³.

El derecho a la educación, por su amplitud y por las diferentes manifestaciones que admite su despliegue, requiere para su realización plena de la observancia, por parte de los Estados, de una serie de obligaciones expresadas en la práctica, usualmente, a través de la implementación de políticas públicas específicas. Al respecto, Tomasevski, partiendo de la interpretación de que “la ley es simétrica”¹⁴, en tanto enuncia derechos que entrañan obligaciones directas y focalizadas, y, por lo tanto, asumiendo el criterio de que “a los derechos humanos

12 Katarina Tomasevski, “Indicadores del derecho a la educación”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 40 (2004): 341-388. En este sentido, Tomasevski resalta que “la educación es un multiplicador que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales cuando el derecho a la educación está efectivamente garantizado, y priva a las poblaciones del disfrute de muchos derechos y libertades cuando ese derecho se niega o viola. Sin educación no hay acceso al empleo. Un nivel educativo inferior disminuye habitualmente las perspectivas de carrera. Los salarios bajos afectan negativamente a la seguridad en la vejez. La negación del derecho a la educación provoca la exclusión del mercado laboral y la marginación en el sector no estructurado, junto con la exclusión de los sistemas de seguridad social derivada de la previa exclusión del mercado laboral. Resulta imposible corregir el desequilibrio existente en las oportunidades de vida sin el previo reconocimiento del derecho a la educación” [Katarina Tomasevski, *Contenido y vigencia del derecho a la educación. Cuadernos Pedagógicos* (San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003), 10]. Rescata, además, el elevado valor individual y social del derecho a la educación y la necesaria consigna de su realización por parte de las sociedades, acudiendo, a modo de metáfora, a una referencia mitológica; de este modo, comprende que “al igual que Jano, el dios de las puertas de la mitología romana, la educación tiene dos caras: la que mira hacia adelante da paso a otros derechos cuando el derecho a la educación está garantizado, en tanto que la mira hacia atrás deja ver que la negación del derecho a la educación entraña el rechazo de otros derechos” [Tomasevski, *Contenido y vigencia...*, 11].

13 Pablo Latapí Sarre, “El derecho a la educación. Su alcance, exigibilidad y relevancia para la política educativa”, *Revista Mexicana de Investigación Educativa* 14, n° 40 (2009): 255-287.

14 Tomasevski, “Indicadores ...”, 12.

corresponden obligaciones estatales”¹⁵, ha propuesto una taxonomía de prestaciones derivadas, a modo de obligaciones, del derecho a la educación. La tipología de obligaciones individualizadas y expuestas, cada una de ellas, a partir de la mención de las condiciones que deben concurrir para un disfrute del derecho sin restricciones ni perturbaciones, conforman una plataforma nominada por la autora como el de esquema de las 4-A. Con ajuste a tal formulación, las consignas necesarias en la materia que recaen sobre los Estados pueden caracterizarse de la siguiente manera:

a) *Asequibilidad*. Alude tanto a la dimensión civil y política y al componente cultural como a la naturaleza social y económica del derecho a la educación. En el plano civil y político se sitúa la obligación estatal de proporcionar establecimientos educativos en donde rija, sin distorsiones ni limitaciones, la libertad “de” y “en” la educación. Estrechamente vinculado con esta expresión de la libertad se halla el contenido cultural del derecho a la educación el cual comporta el respeto a la tolerancia y a la diversidad y conecta, de esta manera, con el derecho de las minorías y de las comunidades originarias. El signo social y económico del derecho da cuenta del mandato, que recae sobre el Estado, de garantizar la gratuidad y obligatoriedad para los niños y niñas en edad escolar¹⁶.

b) *Accesibilidad*. Este rasgo esencial comprende diferentes modalidades según el nivel educativo. De esta manera, en el nivel en el cual, de conformidad con la normativa internacional y el consenso especializado, la educación resulta obligatoria, el Estado tiene que asegurar su gratuidad y su carácter incluyente¹⁷. En los niveles de la post-obligatoriedad de la educación, la obligación estatal se reduce, de ser posible, a la facilitación de las condiciones de acceso¹⁸. Desde esta perspectiva, la educación no debe reproducir un sistema discriminatorio, sino que, por el contrario, debe contemplar medidas positivas que puedan contribuir a la inclusión de los alumnos procedentes de colectivos marginados¹⁹.

15 Tomasevski, “Indicadores ...” 341-388.

16 Tomasevski, “Indicadores ...” 341-388.

17 Tomasevski, “Indicadores ...” 341-388.

18 Tomasevski, “Indicadores ...” 341-388.

19 Ruiz Muñoz, “El derecho a la educación ...” 1-19.

c) *Aceptabilidad*. Consiste en la obligación estatal de exigir y asegurar, en los establecimientos educativos, ya sean públicos o privados, determinados estándares de calidad, concebidos en un sentido amplio, abarcando, así, tanto aspectos de infraestructura como modelos pedagógicos y métodos de enseñanza y aprendizaje, programas educativos y/o bibliografía y materiales de estudio, tipo de idioma en que se imparte la instrucción, y reflejando, también, los avances sociales alcanzados y las conquistas logradas por las diferentes minorías²⁰.

d) *Adaptabilidad*. Supone el cometido estatal de modificar las condiciones en que se desarrolla la educación para transformarla y adecuarla a la evolución que experimentan las necesidades de la sociedad y revestirla de contenidos apropiados para superar las desigualdades²¹. Una de las expresiones concretas de esta obligación apunta a la necesidad de adecuar los establecimientos de enseñanza a las necesidades de los niños, atendiendo al principio del interés superior del niño incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño²². Considerando que los derechos humanos son indivisibles Tomasevski arguye que la cualidad de la adaptabilidad precisa de la adopción de “salvaguardas para garantizar todos los derechos humanos en la educación, de modo de adaptar progresivamente a la educación a todos los derechos humanos”²³.

Para el desarrollo de nuestro análisis, expuesto en las páginas que prosiguen, nos posicionamos en el enfoque que emerge de la concepción sobre el derecho a la educación presente en la clasificación de obligaciones estatales mencionadas en los párrafos precedentes. Así, compartimos el criterio de que la educación en tanto derecho, no obstante ofrecer un alcance amplio y diversificado, se configura a partir de variadas expresiones alcanzadas por componentes determinados, los cuales reclaman diferentes modalidades de intervenciones estatales. En tal sentido, el contexto definido por la pandemia, con las particulares exigencias que impuso al desenvolvimiento del proceso de enseñanza y aprendizaje, reveló el necesario involucramiento de las administraciones

20 Tomasevski, “Indicadores ...” 341-388.

21 Ruiz Muñoz, “El derecho a la educación ...” 1-19.

22 Tomasevski, “Indicadores ...” 341-388.

23 Tomasevski, “Indicadores ...” 351.

gubernamentales, con la correspondiente disponibilidad de marcos legales propicios para asegurar la vigencia sin perturbaciones del derecho a la educación.

Contextualizando nuestro abordaje corresponde señalar que la educación como derecho disfruta de consagración constitucional en Argentina²⁴ a través de su reconocimiento en la Carta Política nacional²⁵ y, del mismo modo, en virtud de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en ella incorporados, los cuales, desde la reforma de 1994, conforman también el denominado bloque de constitucionalidad. A nivel legal, la Ley Nacional N° 26.206²⁶ configura, en el orden federal, la sustancial expresión normativa sobre educación. En lo referente al interés que la dimensión jurídica de la educación ha despertado en los sectores académicos especializados de Argentina, podemos apuntar que el tema ha receptado relevantes aportaciones en la literatura pertinente.

Así, ciñéndonos al acervo generado en los últimos años, podemos advertir que la producción autóctona aborda, desde diferentes enfoques, variadas aristas de la cuestión, pudiendo mencionarse, ente otros tópicos tratados, la inserción del derecho a la educación en el sistema jurídico nacional de conformidad con la evolución del Estado nacional a través del tiempo²⁷; su conceptualización como derecho fundamental desde la perspectiva del derecho internacional humanitario²⁸; el alcance del derecho a la educación y su incidencia en materia de

24 Esa consagración constitucional surge, entre otros de los artículos 5º, 125º y 75º inciso 17 e inciso 19 de la Constitución Nacional.

25 María Carolina Zalazar, “Los principios rectores de la educación según la cláusula constitucional del progreso. Su implementación a veinte años de la Reforma Constitucional” (ponencia, *XXI Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional*, 19-21 de agosto de 2014). Edición en PDF. <https://aadconst.org.ar/xxi-encuentro-de-profesores-de-derecho-constitucional/>. María Carolina Zalazar y María Nazarena Rodríguez Firpo, “El Derecho a la Educación en la Constitución Nacional Argentina” (ponencia, *XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 1-3 de febrero de 2017). Edición en PDF. http://aadconst.org.ar/archivos_/ponenciasXIII/Zalazar_Rodriguez.pdf

26 Ley 26.206, de 28 de diciembre de 2006, de Educación Nacional.

27 Florencia Finneggann y Ana Pagano, *El derecho a la educación en Argentina* (Buenos Aires: Fund. Laboratorio de Políticas Públicas, 2007). Sebastián Scioscioli, *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado Federal* (Buenos Aires: EUDEBA, 2015).

28 Sebastián Scioscioli, “El derecho a la educación como derecho fundamental y sus alcances en el derecho internacional de los derechos humanos”, *Journal of Supranational Policies of Education* 2 (2014): 6-24. Liliana Ronconi, “El acceso a la educación desde una mirada igualitaria: la influencia del derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XVII (2018): 191-211.

definición de las políticas públicas educativas²⁹; la discusión del acceso a la educación en el ámbito jurisprudencial³⁰. Por su propia importancia, la situación de pandemia y sus proyecciones sobre el derecho a la educación constituyeron asuntos que captaron la atención de los especialistas y que, por lo tanto, impulsaron, también, destacadas contribuciones³¹. Por su parte, si bien la problemática objeto de judicialización, que constituye el episodio de carácter fáctico e institucional sobre el cual se focaliza parte del análisis de este trabajo, generó algunas colaboraciones valiosas³², puede sostenerse que las diferentes derivaciones que anidan en la cuestión, requieren, aún, de una mayor profundidad en su tratamiento.

Adquiere relevancia profundizar en el análisis del fallo en cuestión puesto que permite indagar sobre aspectos centrales que contribuyen a la caracterización jurídica de la inclusión digital en tanto faceta del derecho a la educación. Pero, además, considerando que la litis reconoce su origen en la pretensión procesal de miembros de colectivos vulnerables, dirigida a obtener una respuesta estatal que posibilitara el acceso a la educación en un escenario social surcado por complejas restricciones, puede afirmarse que tal accionar representa una expresión institucionalizada de la lucha por los derechos. En suma, tal postura de la parte actora, a la luz de los condicionamientos coyunturales, apuntaba a revertir un cuadro de circunstancias que reproducía las desigualdades sociales como testimonio de una estructura de poder generadora de asimetrías.

De esta manera, las iniciativas de los integrantes de las comunidades socioeconómicamente vulnerables, que se plasmaron en las acciones convergentes en

29 Guillermo Ruiz y Sebastián Scioscioli, "El derecho a la educación: dificultades en las definiciones normativas y de contenido en la legislación argentina", *Revista Española de Derecho Constitucional* 114 (2018): 105-129.

30 Lilita Ronconi, "Derecho a la educación: el rol de los tribunales de justicia como garantizadores del acceso a la educación en condiciones de igualdad", *Revista Latinoamericana de Educación Comparada* 6 (2015): 66 - 80.

31 Guillermo Ruiz, "Marcas de la pandemia: El Derecho a la Educación afectado", *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social* 9 (2020):45-49. Nancy Cardinaux, "El derecho a la educación atravesado por Covid-19", en *Covid-19 y Derechos Humanos: la pandemia de la desigualdad* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Biblos, 2020): 301-316.

32 María Lucía Lavalle, "Acceso a la educación y brecha digital en tiempos de pandemia", *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés* 10 (2020): 27-56.

el segmento actor de la controversia, nutren el repertorio del resguardo socialmente legítimo de los derechos frente a los desequilibrios derivados de las manifestaciones del poder hegemónico, que muchas veces subyace a los actos y decisiones de la autoridad estatal. Sin embargo, no se reduce solamente a ello, porque mediante estas respuestas se evidencian las inacciones, los vacíos u omisiones que atentan con el reconocimiento de derechos necesarios para encauzar la reparación de las descompensaciones que anidan en la sociedad; pues al decir de Foucault:

“(...) tomar la palabra sobre este tema, forzar la red de la información institucional, nombrar, decir quién ha hecho qué, designar el blanco, es una primera inversión del poder, es un primer paso para otras luchas contra el poder”³³.

2.2. ENCUADRE NORMATIVO

Más allá de las referencias normativas de orden constitucional e internacional procedentes en este asunto, la plataforma de hechos que conformaron la cuestión controvertida bajo análisis se sitúa dentro de un entramado jurídico integrado, principalmente, por una serie de instrumentos legales emitidos en la órbita competencial de la autoridad ejecutiva de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Al respecto, corresponde anticipar que uno de los principales puntos de tensión del conflicto lo constituyó el procedimiento de otorgamiento de los dispositivos tecnológicos y digitales a los estudiantes comprendidos en grupos socialmente vulnerables de la ciudad de Buenos Aires, aprobado a través de la Resolución N° 13 emitida, en los primeros días del mes de mayo de 2020, por la Subsecretaría de Tecnología Educativa y Sustentabilidad del gobierno de la ciudad³⁴. Empero este dispositivo se inscribe en un contexto normativo, compuesto de otros instrumentos de similar jerarquía, que confiere sustento jurídico a las

33 Gilles Deleuze y Michel Foucault, “Un diálogo sobre el poder”, en *Michel Foucault: Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones* (Madrid: Alianza Editorial, 2000 [1981]), 16.

34 Resolución núm. 13, de 2 de mayo de 2020, de la Subsecretaría de Tecnología Educativa y Sustentabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

herramientas de política pública educativa, implementada con motivo de la suspensión de la presencialidad áulica.

Así, a través de la Resolución N° 1482/MEDGC/20, del 15 de marzo de 2020, el gobierno de la ciudad adhirió a la suspensión³⁵, sin distinción de niveles escolares, del desarrollo presencial de las clases por razón de la pandemia, dispuesta por el Ministerio de Educación de la Nación en la misma fecha, mediante la Resolución N° 108/APN-ME/2020³⁶. En concordancia con tal orientación, la Dirección General de Planeamiento Educativo dictó, en el mes de abril de ese año, la Resolución N° 4/DGPLEDU/20³⁷, en cuyo artículo 1° se aprobaba el documento titulado “Contenidos a priorizar durante la emergencia COVID-19 para los Niveles Inicial, Primario y Secundario – Primera Parte - Periodo Marzo a Abril 2020”, obrante como Anexo³⁸ de dicho instrumento. En este documento institucional, que establecía los contenidos curriculares mínimos de cada nivel que tenían que salvaguardarse durante el imperio de la modalidad remota, se manifestaba, de modo introductorio que:

“(...) se plantea la necesidad de garantizar la continuidad pedagógica y de apoyar las trayectorias escolares de los y las estudiantes y las rutinas y los aprendizajes en los hogares”³⁹.

Asimismo, el documento mencionaba que la autoridad educativa de la ciudad había colocado a disposición:

“planes de clases semanales en la plataforma ‘Mi Escuela’⁴⁰, destinados a las/los docentes de los niveles, con propuestas sugeridas de actividades y recursos para

35 Resolución núm. 1482, de 15 de marzo de 2020, del Ministerio del Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

36 Resolución núm. 108, de 15 de marzo de 2020, del Ministerio de Educación de la Nación.

37 Resolución núm. 4, de 14 de abril de 2020, de la Dirección General de Planeamiento Educativo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

38 Anexo sobre contenidos a priorizar durante la emergencia COVID-19 primera parte periodo marzo-abril de 2020 (Anexo IF-2020-11548054-GCABA-DGPLEDU) Resolución N° 4/DGPLEDU/20.

39 Anexo IF-2020-11548054-GCABA-DGPLEDU) Resolución N° 4/DGPLEDU/20.

40 “Mi Escuela” es la plataforma virtual habilitada por el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que los actores escolares (directivos, docentes y estudiantes) pudieran gestionar las tramitaciones administrativas e interactuar académicamente.

abordar contenidos de los Diseños Curriculares de cada nivel de la educación básica y obligatoria”⁴¹.

A su vez, mediante la Resolución n° 1577/MEDGC/2020⁴² se reafirmó la posición oficial de resguardar la continuidad pedagógica y la conveniencia de priorizar los contenidos curriculares definidos. Así, en su artículo 1º, luego de dejar sin efecto las fechas de cierres bimestrales, trimestrales y cuatrimestrales, se resaltaba la necesidad de:

“seguir focalizando en la continuidad pedagógica, el fortalecimiento del vínculo entre docentes y estudiantes, las oportunidades de enseñanza y aprendizaje en forma remota y el acceso a los contenidos priorizados en el marco de los diseños curriculares”⁴³.

El contenido de este precepto enlazaba en forma directa con los propósitos vertidos, a modo de fundamentos, en los considerandos, en donde se acentuaba la conveniencia estratégica de profundizar la continuidad pedagógica, asociándose, a su vez, a la custodia de la igualdad de oportunidades. De esta manera, se expresaba en los considerandos que:

“en función del interés superior de los estudiantes, se propicia seguir adoptando medidas excepcionales que permitan seguir focalizando en el fortalecimiento de la continuidad pedagógica y de las trayectorias educativas de los/as estudiantes, garantizando la igualdad de oportunidades...”⁴⁴.

Además, esta disposición, en su artículo 7º, decidió ampliar las funcionalidades y el uso de la plataforma “Mi Escuela”⁴⁵. La justificación de esta medida, de alguna forma, se encontraba explicitada en los considerandos de la resolución, en donde se manifestaba que:

41 Anexo IF-2020-11548054-GCABA-DGPLEDU) Resolución N° 4/DGPLEDU/20.

42 Resolución núm. 1577, de 5 de mayo de 2020, del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

43 Art.1º Res. núm 1577/MEIGC/2020.

44 Considerandos Res. núm 1577/MEIGC/2020.

45 Art. 5º Res. Núm. 1577/MEIGC/2020.

“en este contexto, la plataforma ‘Mi Escuela’ contribuye al objetivo de seguir profundizando la continuidad pedagógica, fortaleciendo la inclusión y el acceso a una diversidad de recursos pedagógicos, contenidos priorizados en el marco del diseño curricular vigente para los distintos niveles de la educación...”⁴⁶.

Con sujeción al rumbo fijado en estos instrumentos, las medidas de política pública en este terreno se habrían de complementar con el dictado de las resoluciones N° 7/SSTES/20⁴⁷ y N° 13/SSTES/20. La primera de estas normas definió el trámite para el suministro, en préstamo, a los docentes y demás actores pedagógicos de los equipos informáticos y digitales de los establecimientos de enseñanza de la ciudad⁴⁸. La segunda disposición, como lo adelantamos supra y como lo explicaremos en las páginas que prosiguen, representa uno de los puntos neurálgicos del conflicto sometido al esclarecimiento judicial.

3. LA CONTROVERSIA SOBRE EL ACCESO A LOS RECURSOS DIGITALES. ACCESO A LA EDUCACIÓN E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

En mayo de 2020, en el marco de la suspensión de la enseñanza presencial adoptada en concordancia con las restricciones impuestas con motivo de la pandemia, el Asesor Tutelar a cargo de la Asesoría Tutelar Número 2º, interpuso una acción de amparo colectivo, mediante el cual se procuraba obtener una resolución judicial que constriñera al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a cesar en la omisión –que calificaba la actora como ilegítima y arbitraria– de garantizar el derecho a la educación a las niñas, niños y adolescentes que se hubieran encontrado en edad escolar obligatoria y que hubieran concurrido a establecimientos educativos de gestión pública y que no hubieran dispuesto de medios para continuar sus estudios a través de las plataformas virtuales, por atravesar situaciones de vulnerabilidad social⁴⁹.

46 Considerandos Res. núm 1577/MEIGC/2020.

47 Resolución núm. 7, de 19 de marzo de 2020, de la Subsecretaría de Tecnología Educativa y Sostenibilidad.

48 Art. 1º y Anexo I (IF-2020-09890810-GCABA-DGED) Res. núm. 7/SSTES/20.

49 JCATD n° 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

En dicha acción el amparista peticionó, también, una medida cautelar, con el objeto de que la demandada presentara, en un plazo breve, una alternativa destinada a asegurarles a los miembros del colectivo vulnerable, el derecho conculcado⁵⁰. En el curso procesal de esta pretensión, a la cual habrían de acumularse, por identidad de objeto, las demandas iniciadas por otros actores en la misma época, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires emitió, en junio de ese mismo año (2020), una sentencia por la cual se imponían, cautelarmente, una serie de medidas en atención a los intereses del frente actor⁵¹.

Más allá de los aspectos procesales, los cuales de por sí ostentan su importancia técnico-legal, el fallo contenía una serie de interpretaciones que resultan relevantes para la conceptualización, desde una perspectiva jurídica, del acceso a los recursos e instrumentos digitales y tecnológicos como componente constitutivo del derecho a la educación. Al momento de efectuar el examen de procedencia de la cautelar peticionada mediante la verificación de la concurrencia de los recaudos legalmente requeridos, la sentencia ofreció una serie de consideraciones de corte conceptual que presentan significación a los fines de nuestra indagación. Precisamente, a continuación, procedemos a resaltar algunos de los argumentos vertidos en tal sentido y que se tornan significativos de conformidad con las coordenadas temáticas de nuestro estudio.

De esta manera, desde el ángulo de nuestro análisis, distinguimos una serie de lineamientos conceptuales:

a) Los principios de igualdad y gratuidad como criterios rectores del marco normativo específico

En la inteligencia de la decisión judicial, el corpus normativo concerniente a la educación, tanto en el ámbito nacional como en el escenario de la ciudad

50 JCATD n° 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

51 Werner Pertot, "Cuarentena: ordenan proveer Internet y computadoras a quienes estudian en las villas", Página 12, 9 de junio de 2020, acceso el 15 de septiembre de 2021, <https://www.pagina12.com.ar/271093-cuarentena-ordenan-proveer-internet-y-computadoras-a-quienes>

autónoma de Buenos Aires, reconoce como inspiración y norte la realización y preservación de la igualdad y la gratuidad. De esta manera en el fallo se sostenía expresamente que:

“toda la normativa relativa al derecho a la educación, tanto internacional, como nacional o local, se estructura en base a un eje fundamental, como es el derecho a la igualdad de oportunidades y al principio de gratuidad”⁵².

Como puede notarse, se hacía referencia a la igualdad de oportunidades. Es decir, a una concepción de la igualdad que contempla no sólo las condiciones presentes de inserción social, sino también las posibilidades futuras de integración y participación social. Por lo tanto, se trata de una visión proyectiva o prospectiva de la igualdad. Al inspirarse en la búsqueda de la igualdad de oportunidades y orientarse hacia ella, puede decirse que, en la comprensión plasmada en la posición judicial, el nutrido conjunto de normas específicas albergaba una visión en la cual la educación era asimilada como un mecanismo inclusivo e integrador.

Subyacía a aquella aseveración, expuesta en los inicios de los considerandos, la idea de que la igualdad de oportunidades y la gratuidad representan móviles que se nutren recíprocamente. De esta forma, la consigna necesaria de asegurar la igualdad presupone, ineludiblemente, la observancia de la pauta de concreción de la gratuidad; de lo contrario, la igualdad deviene en una aspiración de difícil ejecución en la práctica. La gratuidad cobra, por lo tanto, un sentido instrumental en su relación con la igualdad. En efecto, puesto que la búsqueda de la igualdad en una sociedad desigual impone la tarea de actuar institucionalmente considerando ese dato derivado de la constatación con la realidad y, por ende, la faena de emplear los medios y alternativas adecuadas para equilibrar aquellas situaciones en las cuáles la desigualdad se manifieste.

En el nexo lógico que conectaba a las diferentes secuencias de la posición judicial, y al tenor de los componentes fácticos que la explicaban, el aseguramiento de la gratuidad devenía en un elemento ineluctable para que la educación no derivara en un espacio de discriminación. Esto, como puede apreciarse, era

52 JCATD n° 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

particularmente notorio en el panorama definido por los extremos fácticos que componían – y que en alguna medida aún lo hacen– los condicionamientos dimanados de la suspensión de la presencialidad del proceso de enseñanza y aprendizaje. Así, la meta de la igualdad se traducía –y se traduce– en la obligación estatal de obrar institucionalmente proporcionando, de forma gratuita, el instrumental digital y tecnológico a aquellos alumnos y alumnas pertenecientes a sectores poblacionales encallados en la vulnerabilidad, bajo el riesgo, en caso de inacción, de que se profundizara el cuadro de desigualdad preexistente y agravado, a su vez, por las notas de la pandemia.

A modo de invocación normativa y con el propósito de fundar legalmente su decisión, en el fallo se invocaban una serie de normas que constituyen, a esta altura de la producción legal y del desarrollo de conocimiento específico tanto referencias clásicas como reenvíos necesarios a la hora de afrontar analíticamente el asunto. Así, en el recorrido a través del plexo jurídico positivo, se citaban, expresamente, dispositivos legales nacionales de diferente jerarquía y dispositivos internacionales de carácter multilateral, incorporados, por vía constitucional, al sistema jurídico argentino⁵³.

El itinerario normativo comenzaba con una alusión a la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño⁵⁴, señalándose que la misma dispone que todas las medidas adoptadas por parte de las instituciones públicas y privadas de bienestar social, de los tribunales, de las autoridades administrativas o de los órganos legislativos, deben centralizarse en la atención del interés superior del niño. Así, en el fallo se realizaba una selección del contenido pertinente de los incisos 1º y 2º del artículo 28 de dicho instrumento internacional, el cual reza que:

“los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular: [...] e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. [...]

53 JCATD nº 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

54 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada en New York en 20 de noviembre de 1989 mediante Resolución 44/25 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención”⁵⁵.

El trayecto normativo continuaba⁵⁶ con la mención del artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional Argentina⁵⁷, destacándose, en lo atinente a dicho precepto, que el ámbito competencial del Poder Legislativo Nacional comprende, entre otros, el poder de:

“sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”⁵⁸.

En este artículo el constituyente nacional, introduce, en la reforma de la Carta Política de 1994, la denominada “nueva cláusula del progreso” o cláusula del “desarrollo humano”⁵⁹, que recoge, al decir de Sabsay⁶⁰, la impronta del constitucionalismo social. Como apunta Bazán⁶¹:

“el art. 75, inc. 19, que puede ser considerado como continente de una ambiciosa cláusula de "desarrollo humano" o "nueva cláusula del progreso" que complementa a la no menos generosa "cláusula del progreso" original, cobijada ahora en el inc. 18 de tal norma constitucional”.

55 Art. 28 incs 1º y 3º CDN.

56 JCATD nº 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

57 Art. 75 inc. 19 Constitución de la Nación Argentina.

58 Art. 75 inc. 19 CNA.

59 Paula Andrea Bravo, “Los derechos de los Pueblos Indígenas: territorio y recursos naturales”, en *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*, dirigido por María Angélica Gelli (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2019), 77-96.

60 Daniel Sabsay, “Luego de 25 años, ¿se han cumplido los objetivos de la Reforma Constitucional?”. *Boletín de la BCN Las reformas de la Constitución Argentina* 132 (2020): 75-78.

61 Víctor Bazán, “El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas”. *Estudios Constitucionales* 11, nº 1 (2013): 55.

Receptando la categoría del desarrollo humano⁶² el inciso 19 del artículo 75 “amplía de manera modernizadora el conjunto de valores y objetivos que deberán ser garantizados por el legislador”⁶³. Mediante la incorporación de la norma, puede sostenerse que, a partir de la reforma de 1994, la Carta Magna se ha colocado en sintonía con algunos contenidos establecidos en materia de educación dentro el escenario internacional, como lo es el referente a la gratuidad de la educación primaria⁶⁴.

Luego de las referencias a la legislación internacional y al texto constitucional, la secuencia normativa se completaba con alusiones a expresiones de la producción normativa nacional y local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires concernientes, de modo directo, a la cuestión⁶⁵. Con ello, en el fallo no sólo se demarcaba y presentaba el contexto legal en el cual se encuadraba y subsumía técnicamente la controversia, sino que, además, se configuraba y exponía la perspectiva con la cual se tenía que abordar el episodio en tensión. Esto es así por cuanto las normas expresamente invocadas contienen, explícita e implícitamente, los principios y los enfoques que pueden fundar la posición judicial, en un asunto cuyas eventuales proyecciones fácticas no pueden resultar sencillamente identificables y delimitables.

Las remisiones a las ideas de la “igualdad de oportunidades” y, dentro de ella, al necesario y compatible presupuesto de gratuidad, y del “desarrollo humano”, nos permiten apreciar la concepción de la educación albergada en el criterio del juzgador. De esta manera, podemos comprender que la postura contenida en la sentencia reflejaba una visión sustentada en la virtualidad de la educación para generar transformaciones favorables sobre la realidad, tanto desde

62 María Cecilia Recalde, *El desarrollo como derecho humano* (Buenos Aires: Astrea, 2019).

63 Javier Ayala. “La Reforma Constitucional de 1994”. *Boletín de la BCN* N° 132 *Las reformas de la Constitución argentina* 132 (2020): 66.

64 Adelina Loianno. “Capítulo IV Atribuciones del Congreso, Art. 75 inc. 19”, en *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 3, Gobierno federal: Poder Legislativo*, dirigido por Daniel Sabsay y coordinado por Pablo Manilli (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Hamurabi, 2010) 567-582.

65 JCATD 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

la perspectiva individual como comunitaria, en cuyo tránsito se potencian las alternativas de inclusión e integración social.

Esta posición que entrevemos en la dirección del fallo se aproximaba a la posición esgrimida por Unterhalter y Brighouse, quienes, en su indagación sobre la dimensión social de la educación, marcan tres zonas alcanzadas positivamente por la educación que resultan confluyentes. Así, las áreas en las cuales se manifiestan los efectos benignos de la educación, en el parecer de los autores son: -el ámbito intrínseco, en donde puede apreciarse un ascenso en la calidad de vida por la vía del desarrollo educativo; -la zona instrumental, que hace referencia a las alternativas de acceso al empleo y a otras oportunidades; -y el orden posicional, que da cuenta de las posibilidades del beneficiado con respecto a las de los demás miembros de la sociedad⁶⁶.

b) *El alcance amplio y diversificado del derecho a la educación*

El pronunciamiento se encuentra impregnado de una visión sobre la educación como derecho que se destaca por su amplitud y diversidad. La variedad y el vasto alcance de la concepción se expresa en la heterogeneidad de su contenido y en la versatilidad de sus manifestaciones, como, así también, en su vocación inclusiva. Concebido con esa extensión, la educación adquiere la fisonomía de un derecho que atraviesa diferentes dimensiones, abarcando por igual lo referente a los contenidos pedagógicos como lo atinente a la disponibilidad de infraestructura.

De esta manera, guardando sintonía con lo invocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Castillo”⁶⁷, se afirmaba en el fallo que:

66 Elaine Unterhalter y Harry Brighouse, “Distribution of what for social justice in education? The case of Education for All by 2015”, en *Amartya Sen’s capability approach and social justice in education*, editado por Melanie Walker y Elaine Unterhalter (New York: Palgrave Macmillan, 2007), 67–86.

67 El fallo expresa argumentos que, en buena medida reproducen la interpretación sentada en el precedente Castillo, el cual constituye un difundido caso dentro del reservorio jurisprudencial específico sobre la materia. En este fallo, la Corte ha sostenido que “(...) De ello deriva que el derecho constitucional de aprender, en el ámbito de la llamada educación formal y como correlato del derecho de enseñar, comprende las siguientes pretensiones por parte del educando: a) acceder al sistema educativo; b) obtener la información que en el se otorga; c) elegir el método de aprendizaje, dentro de los aprobados o permitidos por la ley y ofrecidos por el sistema educativo; d) procesar los contenidos y la información con sentido crítico; e) no ser discriminado en ninguna de las etapas del aprendizaje; y f) obtener la

“(...) el derecho constitucional de aprender comprende la posibilidad de acceder al sistema educativo, de obtener la información que a través de aquel se otorgue, elegir el método de aprendizaje, procesar los contenidos y la información con sentido crítico, no ser discriminado en ninguna de las etapas del aprendizaje y obtener la graduación luego de haber satisfecho los requisitos que la reglamentación determine”⁶⁸.

La extensión conferida, desde el criterio judicial, nos traslada al terreno de los correlatos y nos sitúa frente a las obligaciones estatales, conectando, con ello, con la posición de Tomasevski. Así, este concepto de alcance amplio y contenido variado, se introduce, principalmente, en las órbitas delimitadas por las notas de “accesibilidad” y “aceptabilidad” y, en menor medida, en el perímetro trazado por la condición de “asequibilidad”. Por lo tanto, la extensión de esta concepción impone a la autoridad estatal la observancia de una serie de estándares en la confección e implementación de políticas públicas específicas.

Esta posición, precisamente, por su amplitud, se aproxima a la definición de contenido dual propuesta por McCowan. En la opinión de este especialista la educación representa un derecho que almacena dos ámbitos de despliegue, uno concerniente, estrictamente, a los mecanismos y sistemas de enseñanza y aprendizaje, y otro atinente a la participación y desenvolvimiento dentro de los establecimientos e instalaciones educativas. En este sentido, el autor inglés considera que:

“(...) es posible proponer dos derechos separados relacionados con la educación, o dos: distintos aspectos del derecho a la educación: (1) El derecho a participar en procesos educativos que son tanto intrínseca como instrumentalmente valiosos, y que encarnan el respeto por los derechos humanos. (2) El derecho de acceso a instituciones educativas y experiencias que confieren ventaja posicional”⁶⁹.

graduación luego de haber satisfecho los requisitos que la reglamentación determine” [Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia núm. 001870/2014/CS001 T340 F: 1795 (Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ Amparo) de 12 de diciembre de 2017.

68 CSJN 001870/2014/CS001 T340 F: 1795, de 12 de diciembre de 2017.

69 Tristan McCowan, “Reframing the universal right to education”, *Comparative Education* 46, n° 4 (2010): 521.

c) Las restricciones al acceso a los recursos tecnológicos como agravantes de la desigualdad

Al momento de verificar la presencia del *fumus boni iuris*, en el marco del control sobre la concurrencia de los extremos requeridos para la procedencia de la cautelar, la sentencia describió el impacto que las limitaciones de acceso al instrumental tecnológico y digital ocasionaban sobre el derecho a la educación de los alumnos y las alumnas pertenecientes a grupos vulnerables.

A partir de la consideración de los efectos del cuadro de circunstancias abierto por la situación de pandemia, se interpretó en el fallo que las restricciones, experimentadas por los alumnos y alumnas, en lo referente a la disponibilidad de los recursos tecnológicos y digitales, configuraban un deterioro del derecho a la educación de los educandos socialmente vulnerables. Este detrimento repercutió profundizando sobre las desigualdades ya preexistentes y, desde luego, agudizadas por el panorama de la pandemia. Pero, además, para el criterio judicial, este cercenamiento operado sobre la igualdad de oportunidades, como faceta del derecho a la educación, se originó en los requerimientos que condicionaban el otorgamiento del material tecnológico necesario para la prosecución del trayecto de aprendizaje de los estudiantes afectados.

El cuestionamiento del pronunciamiento judicial recayó sobre la Resolución N° 13/SSTES/20⁷⁰ emitida, a comienzos del mes de mayo de 2020, por la Subsecretaría de Tecnología Educativa y Sustentabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Con mayor precisión, la tensión se focalizó en los requisitos fijados, en el Anexo I del mencionado instrumento, para que los alumnos y alumnas en condiciones de vulnerabilidad social pudieran acceder a los recursos tecnológicos y digitales que se encontraban disponibles para su otorgamiento, en el marco de la implementación de programa público de educación digital “Plan Sarmiento BA”.

Por tal razón, en la decisión judicial se manifestaba que:

⁷⁰ Resolución N° 13/2020, de 2 de mayo de 2020, de la Subsecretaría de Tecnología Educativa y Sustentabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

“(…) resulta pertinente tener por acreditado el menoscabo en su derecho a la educación en condiciones igualitarias que padecen los niños, niñas y adolescentes en edad escolar en el actual contexto de suspensión de clases presenciales. Situación ésta, que sería la consecuencia de la actuación del GCBA, al imponer exigencias carentes de razonabilidad para la entrega de equipamiento informático a los estudiantes cuyas familias no pueden afrontar el costo de una computadora o *tablet*, y de una conexión de internet”⁷¹.

En los considerandos de la resolución en crisis se exponían los objetivos y fines que motivaban a estas medidas de política pública. Así, se señalaba, en tal apartado, en lo referente a los objetivos que:

“(…) los estudiantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad socioeconómica que asistan a las Escuelas de Nivel Primario y Secundario de Gestión Estatal y Privada de cuota cero, que así lo requieran y cumplan con los requisitos, les será entregado en préstamo equipamiento que se encuentre disponible en el marco del mencionado Plan Sarmiento BA”⁷².

Por su parte, en lo referente a la finalidad que inspiraba a esta iniciativa, en los considerandos se resaltaba lo siguiente:

“que, asimismo, resulta de vital importancia seguir adoptando las medidas necesarias que permitan la realización de actividades educativas de manera remota, mientras dure la medida de no presencialidad en los establecimientos educativos de gestión estatal y privada de cuota cero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”⁷³

Sobre tales fundamentos, el artículo 1º de la citada resolución aprobaba, en el contexto de la emergencia y durante el tiempo que durara la suspensión de la presencialidad de las actividades áulicas, el procedimiento, contenido en el Anexo I, referente al otorgamiento, bajo la modalidad de préstamo, de los dispositivos tecnológicos y digitales en el marco del mencionado “Plan Sarmiento

71 JCATD nº 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

72 Considerandos Res. 13/SSTES/20

73 Considerandos Res. 13/SSTES/20.

BA”⁷⁴. Ciertamente, el Anexo I enuncia los requisitos que condicionaban, en el parecer judicial, el acceso al material tecnológico y digital. Los extremos que debían observar los solicitantes, conforme el punto 2 del Anexo I, eran los siguientes: i) no debían poseer ningún dispositivo tecnológico (computadora, tablet, netbook, notebook) en el hogar; ii) los miembros de s familia conviviente no debían poseer artefactos extendidos en la ejecución del Plan Sarmiento BA; iii) tenían que ser beneficiarios de la Asignación Universal por hijo (AUH); iv) tenían que ser beneficiarios de becas alimentarias y/o de transporte escolar conferidas por el Ministerio de Educación⁷⁵.

A criterio del juzgador, la exigencia de estos requisitos repercutió desfavorablemente sobre la situación de desigualdad preexistente, en función de las limitaciones económicas, sociales y culturales que definían, de antemano, el panorama cotidiano de los alumnos y alumnas solicitantes. En virtud de ello, la ejecución de este tramo de la política pública específica asumió un sentido excluyente y un carácter discriminatorio.

En tal dirección se resaltaba en la sentencia que:

“al establecerse el mecanismo para la entrega de computadoras portátiles, netbooks y *tablets* a estudiantes mediante Resolución 13/MEGC/2020, se impusieron una cantidad de requisitos que, sin ninguna razonabilidad, excluyen a una gran porción de los alumnos y alumnas que carecen de recursos para obtener tales medios tecnológicos”⁷⁶.

Las medidas adoptadas por la autoridad educativa competente resultaron, en el parecer judicial, evidentemente disfuncionales en lo referente al alcance de las metas concretas buscadas en el escenario restringente de la pandemia, a la vez que contradictorias con respecto al espíritu del “Plan Sarmiento BA”, proyectado para atemporary, en su caso, corregir la exclusión digital derivada de las asimetrías sociales.

74 Art. 1º Res. 13/SSTES/20.

75 Anexo I Res. 13/SSTES/20.

76 JCATD nº 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

El acceso a los recursos tecnológicos y digitales por parte de los segmentos poblacionales vulnerables se ha instalado en las agendas gubernamentales, desde fines del siglo pasado, como un complejo desafío para las sociedades a nivel global. Esto es así por cuanto en el campo de la educación digital se reproducen los contrastes socioeconómicos y se trasladan los conflictos en ellos implicado. De allí que la figura conceptual de la “brecha digital” o, como sostiene un sector de la literatura francesa concerniente, de “fractura digital”⁷⁷, sirve para graficar teóricamente esta manifestación singularizada de la desigualdad de oportunidades.

Aproximándose a tal sentido, que en definitiva alude a los fines que tendrían que inspirar a las políticas públicas orientadas a facilitar la inclusión digital y, también, fundamentar al marco normativo correspondiente, la sentencia ubicaba a la resolución controvertida dentro del grupo de normas que:

“(…) parecen constituir, en lo que hace al acceso igualitario a la educación, meras expresiones de deseo que no se ven reflejadas en políticas públicas concretas, sino que, por el contrario, tendrían como resultado acentuar la desigualdad de oportunidades de los niños, niñas y adolescentes de escasos recursos, frente a quienes sí cuentan con los medios tecnológicos para continuar con el proceso de aprendizaje en forma remota o virtual”⁷⁸.

Comprendiendo el significado que el fallo le atribuía a las medidas propias de las políticas de inclusión digital, puede apreciarse, con mayor consistencia, la finalidad profunda y la utilidad concreta del contenido de la cautelar adoptada. Por cierto, entre otras medidas, precautoriamente, la sentencia: a) dispuso la suspensión de la vigencia del punto 3 del Anexo I de la Resolución N° 13/SSTES/20; b) Ordenó al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, en el plazo de cinco días, procediera a otorgar a todos los alumnos y alumnas que concurriesen a escuelas de gestión pública o de gestión privada con cuota cero y que atravesaren situaciones de vulnerabilidad social, un dispositivo

⁷⁷ Pascal Plantard, “Contre la ‘fracture numérique’, pas de coup de tablette magique!”, *Revue Projet* 2, n° 345 (2015): 23-30.

⁷⁸ JCATD n° 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

tecnológico y digital adecuado para conectarse a internet; c) A los fines del ítem precedente, dispuso que el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires procediera a implementar un registro de solicitantes y un procedimiento de entrega de los equipos; d) Ordenó, también, al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que instalara, en el plazo de cinco días, en la totalidad de las villas, barrios de emergencia y/o asentamientos, instrumental tecnológico adecuados para la transmisión de internet inalámbrica⁷⁹.

d) La constatación de la situación de vulnerabilidad social

Otro de los aspectos sobre el cual el fallo efectúa su aporte, en términos de análisis específico, está determinado por el criterio asumido para acreditar la condición de vulnerabilidad social. Como es sabido, la vulnerabilidad social constituye una categoría teórico-conceptual cuya caracterización ha motivados nutridos y variados debates. Este concepto no tiene que ser forzosamente vinculado con las nociones de pobreza o exclusión social, no obstante remitir a sustratos fáctico semejantes.

Desde una óptica sociológica podemos decir que la pobreza, como categoría, da cuenta de una situación estática, puesto que el abordaje implicado se focaliza en el déficit o falta de cobertura de necesidades sustanciales. En cambio, la vulnerabilidad social comporta un proceso de tipo dinámico y multifactorial, ya que la atención se coloca en aquellos elementos personales y contextuales que, eventualmente, pueden conducir a un marcado deterioro de las condiciones de vida de los sujetos. La exclusión social, a su vez, supone un escenario que atestigua de una fisura de compleja reversión entre los lazos que conectan o cohesionan a determinados individuos o colectivos sociales con la comunidad, en la descripción de un trayecto que evidencia restricciones profundas en las posibilidades de intercambio material y simbólico⁸⁰.

79 JCATD n° 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

80 María Eugenia y Marcos Esteban Gallo, "Vulnerabilidad social: el camino hacia la exclusión", en *Trabajo decente: diagnóstico y aportes para la medición del mercado laboral local. Mar del Plata 1996-2002*, dirigido por María Estela Lanari (Mar del Plata: Suárez, 2005): 133-154.

Para Castel la vulnerabilidad social es la emergente de una alternativa concreta de cohesión social. En su construcción teórica, El trabajo asume el papel de un soporte relevante que opera sobre la estructura social⁸¹, desplegándose una relación entre la posición que se posee dentro de la división social del trabajo y la inserción en las redes de sociabilidad y en los sistemas de protección que resguardan a los individuos frente a “los riesgos de la existencia”⁸².

A partir de la conjugación de estos elementos, el encumbrado sociólogo francés describe tres áreas de cohesión social posible: 1) la “zona de integración”, resultante de la confluencia entre estabilidad laboral e inserción relacional sólida⁸³; 2) como cuadro de situación antagónico asoma la “desafiliación o exclusión”, producto de la desfavorable combinación entre la carencia de trabajo estable y el aislamiento relacional⁸⁴; 3) el espacio situado a medio camino entre aquellos extremos corresponde a la vulnerabilidad social que implica una “zona intermedia, inestable, que conjuga la precariedad del trabajo y la fragilidad de los soportes de proximidad”⁸⁵.

Una de las cuestiones, en materia de vulnerabilidad social, que ha suscitado interés en el sector especializado es la atinente a la adopción de parámetros empíricos para precisar su concurrencia en la práctica. Al respecto, el juzgador se inclinaba por un criterio pragmático y, de esta manera, acudía a referencias que, en los hechos, resultan indicios institucionalmente, socialmente y culturalmente aceptados. Así, en la lucidez del fallo, la residencia en barrios o áreas socioeconómicamente condicionadas o la pertenencia de la familia del alumno o alumna a grupos poblacionales beneficiarios de planes sociales o de becas u otro tipo de asistencia económica, aportaban datos que podían dar cuenta de la configuración de una situación de vulnerabilidad social o, mejor dicho, de vulnerabilidad socioeconómica. De esta manera, en el segmento resolutivo de la sentencia se establece que:

81 Robert Castel, *de la cuestión de social* (Buenos Aires: Paidós, 1997).

82 Castel, *La metamorfosis...*, 13.

83 Castel, *La metamorfosis...*

84 Castel, *La metamorfosis...*

85 Castel, *La metamorfosis...*

“la situación de vulnerabilidad social se entenderá automáticamente acreditada en el caso que alguno de los miembros del grupo familiar del estudiante sea beneficiario de algún plan, beca, subsidio o programa social del GCBA o del Estado Nacional, o bien cuando residan en villas, barrios de emergencia y/o asentamientos de la CABA”⁸⁶.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Mediante el desarrollo de este trabajo hemos procurado aproximarnos teórica y analíticamente, a través del examen de una experiencia jurisprudencial concreta, a algunos aspectos conceptuales referentes al despliegue del derecho a la educación en la sociedad argentina, en un contexto extremadamente crítico. La indagación a través de estas coordenadas temáticas resultó motivada en la tentativa por caracterizar, desde un punto de vista jurídico, el acceso a los recursos tecnológicos y digitales como medios necesarios para proseguir con el proceso de enseñanza y aprendizaje en el complejo escenario de la suspensión de la presencialidad áulica.

En tal sentido, hemos iniciado nuestro tratamiento acudiendo, de modo introductorio, al clásico enfoque sociológico del rezago cultural, con el propósito de plantear el desafío que comportó, para la realización plena del derecho a la educación, el atípico desenvolvimiento de las prácticas de educativas bajo las anómalas condiciones impuestas por el panorama de la pandemia. Justamente, teniendo en cuenta que la perspectiva del rezago cultural remite a las ideas de cambio y adaptación, hemos afrontado, mediante un abordaje contextualizado, el escrutinio de las implicancias jurídicas derivadas de las respuestas institucionales proporcionadas desde el campo de las políticas públicas educativas. En el marco de esa problemática, formulamos, a modo de guía de nuestro estudio, un interrogante dirigido a caracterizar, desde la perspectiva del derecho a la educación, el sentido que adquirió -y que aún reviste- el acceso a los dispositivos

86 JCATD n° 2, exp. núm. 3264/2020, de 8 de junio de 2020.

tecnológicos y digitales por parte de grupos vulnerables en el marco fáctico detallado.

Considerando el cuestionamiento sentado y a tenor de la interpretación pormenorizada del fallo seleccionado hemos podido advertir que la posibilidad de disponer, para los estudiantes pertenecientes a grupos vulnerables, del equipamiento tecnológico y digital adecuado, no sólo constituye una expresión singularizada del derecho a la educación, sino que además se encuentra estrictamente vinculada con una de las principales dimensiones que admite este derecho. Así, el acceso al material informático atañe, de modo directo, al resguardo de la igualdad de oportunidades y, por consiguiente, de las posibilidades de desarrollo para alumnos y alumnas representativos de extracciones sociales en situación de vulnerabilidad socioeconómica.

Así, hemos podido advertir que las restricciones que recaen sobre la disponibilidad del equipamiento digital y tecnológico, por parte de los estudiantes provenientes de colectivos vulnerables, repercute negativamente sobre la brecha digital y compromete las posibilidades futuras de reducir las asimetrías y contrastes sociales. En atención a ello, y sobre la base de las reflexiones recogidas del supuesto empírico estudiado, podemos sostener que los procesos de diseño e implementación de las herramientas de política pública específica tendrían que incorporar este sentido instrumental, en términos del derecho a la educación, que reviste el acceso a la tecnología con respecto a los estudiantes que integran los contingentes vulnerables.

Ciertamente, pues un apartamiento de tal profundo significado podría derivar en la confección y ejecución de herramientas de política pública educativa que podrían resultar inoficiosas frente a la problemática de la distancias digitales concurrentes en la sociedad y, por ende, disfuncionales en la promoción de la igualdad de oportunidades. En efecto, pues el acceso del alumnado socialmente vulnerable a los dispositivos tecnológicos involucrados en la educación digital, se encuentra, en definitiva, directa e intrínsecamente vinculado con los procesos de integración social y de generación de condiciones de interacción orientadas a una mejora de la calidad de vida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amar Amar, José Juan. “La región Caribe y la hipótesis del retraso cultural”. *Investigación & Desarrollo* 11, 1 (2003) 2-25.
- Ayala, Javier. “La Reforma Constitucional de 1994”. *Boletín de la BCN Las reformas de la Constitución argentina* 132 (2020): 57-74.
- Bazán, Víctor. “El federalismo argentino: situación actual, cuestiones conflictivas y perspectivas”. *Estudios Constitucionales* 11, 1 (2013): 37 – 88.
- Bravo, Paula Andrea. “Los derechos de los Pueblos Indígenas: territorio y recursos naturales”. En *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*, dirigido María Angélica Gelli. 77-96. Buenos Aires: La Ley, 2019,
- Cardinaux, Nancy. “El derecho a la educación atravesado por Covid-19”. En *Covid-19 y Derechos Humanos: la pandemia de la desigualdad*. 301 – 316. Buenos Aires: Biblos, 2020.
- Castel, Robert. *La metamorfosis de la cuestión de social*. Buenos Aires: Paidós, 1997.
- Del Campo, Salustiano. “Evolucionismo biológico y cambio social”. *Anales de La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 87 (2010): 27-54.
- Del Campo, Salustiano. “Presentación. William F. Ogburn y la evolución social”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (2000): 191- 195.
- Deleuze, Gilles y Michel Foucault. “Un diálogo sobre el poder”. En *Michel Foucault: Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. 7-19. Madrid: Alianza Editorial, 2000 [1981].
- Finnegann, Florencia y Ana Pagano. *El derecho a la educación en Argentina*. Buenos Aires: Fund. Laboratorio de Políticas Públicas, 2007.
- Hernández, Raúl Augusto. *Pobreza sin revolución y capitalismo sin riqueza. El fin de la dialéctica*. Tucumán: Artecienza, 2001.
- Labrunée, María Eugenia y Marcos Esteban Gallo. “Vulnerabilidad social: el camino hacia la exclusión. En *Trabajo decente: diagnóstico y aportes para la medición del mercado laboral local. Mar del Plata 1996-2002*, editado por María Estela Lanari. 133-154. Mar del Plata: Suárez, 2005.
- Latapí Sarre, Pablo. “El derecho a la educación. Su alcance, exigibilidad y relevancia para la política educativa”. *Revista Mexicana de Investigación Educativa* 14, 40 (2009): 255-287.
- Lavalle, María Lucía, “Acceso a la educación y brecha digital en tiempos de pandemia”. *Revista Jurídica De La Universidad De San Andrés* 10 (2020): 27-56.

- Loianno, Adelina. “Capítulo IV Atribuciones del Congreso, Art. 75 inc. 19”. En Sabsay, Daniel (Director) y Manilli, Pablo (Coordinador), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 3, Gobierno federal: Poder Legislativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Hamurabi, 2010, pp. 567-582.
- McCowan, Tristan. “Reframing the universal right to education”, *Comparative Education* 46, 4 (2010): 509-525.
- Ogburn, William F. *Social change with respect to culture and original nature*. New York: Huebsch, 1922.
- Olea, Manuel Alfonso. “Cambio social: evolucionismo y funcionalismo”. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* 52, (1975): 233-258
- Pertot, Werner. “Cuarentena: ordenan proveer Internet y computadoras a quienes estudian en las villas”. Página 12, 9 de junio de 2020. Acceso el 15 de septiembre de 2021, <https://www.pagina12.com.ar/271093-cuarentena-ordenan-proveer-internet-y-computadoras-a-quienes>
- Plantard, Pascal. “Contre la ‘fracture numérique’, pas de coup de tablette magique!”. *Revue Projet* 2, 345 (2015): 23-30.
- Recalde, María Cecilia. *El desarrollo como derecho humano*. Buenos Aires: Astrea, 2019.
- Ronconi, Liliana. “Derecho a la educación: el rol de los tribunales de justicia como garantizadores del acceso a la educación en condiciones de igualdad”. *Revista Latinoamericana de Educación Comparada* 6 (2015): 66 - 80.
- Ronconi, Liliana. “El acceso a la educación desde una mirada igualitaria: la influencia del derecho internacional de los derechos humanos”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* XVII (2018): 191 - 211.
- Ruggiero, Josephine A. “Culture, Change, and Cultural Lag: A Commentary and a Challenge”. *Sociology Between the Gaps: Forgotten and Neglected Topics* 3 (2018): 1-3.
- Sabsay, Daniel. “Luego de 25 años, ¿se han cumplido los objetivos de la Reforma Constitucional?”. *Boletín de la BCN Las reformas de la Constitución Argentina* 132 (2020): 75-78.
- Scioscioli, Sebastián. *La educación básica como derecho fundamental. Implicancias y alcances en el contexto de un Estado Federal*. Buenos Aires: EUDEBA, 2015.
- Tomasevski, Katarina. “Indicadores del derecho a la educación”. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos* 40 (2004): 341 - 388.

- Tomasevski, Katarina. *Contenido y vigencia del derecho a la educación. Cuadernos Pedagógicos*. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003.
- Unterhalter, Elaine y Harry Brighouse. "Distribution of what for social justice in education? The case of Education for All by 2015". En *Amartya Sen's capability approach and social justice in education*, editado por Melanie Walker y Elaine Unterhalter. 67-86. New York: Palgrave Macmillan, 2007.
- Zalazar, María Carolina y María Nazarena Rodríguez Firpo. "El Derecho a la Educación en la Constitución Nacional Argentina". Ponencia presentada en el *XIIIº Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 1-3 de febrero de 2017. Edición en PDF. http://aadconst.org.ar/archivos_/ponenciasXIII/Zalazar_Rodriguez.pdf
- Zalazar, María Carolina. "Los principios rectores de la educación según la cláusula constitucional del progreso. Su implementación a veinte años de la Reforma Constitucional". Ponencia presentada en el *XXI Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional*, 19-21 de agosto de 2014. Edición en PDF. <https://aadconst.org.ar/xxi-encuentro-de-profesores-de-derecho-constitucional/>

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sentencia núm. 001870/2014/CS001T340 F: 1795 (Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ Amparo) de 12 de diciembre de 2017.
- Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 (Secretaría N° 4) de la ciudad de Buenos Aires. Sentencia [exp. n° 3264/2020, "Asesoría Tutelar n° 2 y Otros contra GCBA sobre Amparo"] de 8 de junio de 2020.

ANEXO DE LEGISLACIÓN

Legislación Nacional

Constitución de la Nación Argentina

Ley 26.206, de 28 de diciembre de 2006, de Educación Nacional.

Resolución núm. 108, de 15 de marzo de 2020, del Ministerio de Educación de la Nación.

Resolución núm. 1482, de 15 de marzo de 2020, del Ministerio del Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Resolución núm. 7, de 19 de marzo de 2020, de la Subsecretaría de Tecnología Educativa y Sustentabilidad.

Resolución núm. 4, de 14 de abril de 2020, de la Dirección General de Planeamiento Educativo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Resolución núm. 13, de 2 de mayo de 2020, de la Subsecretaría de Tecnología Educativa y Sustentabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Resolución núm. 1577, de 5 de mayo de 2020, del Ministerio de Educación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Legislación Internacional

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada en New York en 20 de noviembre de 1989, mediante Resolución 44/25 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

MIGUEL AGUSTÍN TORRES
Instituto Regional de Estudios Socioculturales. IRES - CONICET
Universidad Nacional de Catamarca. Argentina
agustintorres@conicet.gov.ar
<https://orcid.org/0000-0003-3410-1961>

CECILIA ELIZABETH IBÁÑEZ
Instituto Regional de Estudios Socioculturales. IRES - CONICET
Universidad Nacional de Santiago del Estero. Argentina
cecibanez77@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-9107-8860>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.273>

LA UNESCO Y LA GOBERNANZA DE LA INTELIGENCIA
ARTIFICIAL EN UN MUNDO GLOBALIZADO. LA NECESIDAD
DE UNA NUEVA ARQUITECTURA LEGAL¹

*UNESCO AND THE GOVERNANCE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE
IN A GLOBALIZED WORLD. THE NEED FOR A NEW
LEGAL ARCHITECTURE*

ENRIQUE VÁZQUEZ PITA²

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Recibido: 07/12/2021

Aceptado: 28/12/2021

RESUMEN

La Inteligencia Artificial (IA) es una tecnología de alto riesgo que está interconectada globalmente y que actualmente carece de una regulación en los tratados internacionales, salvo en la Unión Europea. Los intentos de una gobernanza internacional para controlar la IA se restringen a los derechos humanos o los foros comerciales. La carrera entre Estados Unidos y China por desarrollar la IA aleja todavía más la posibilidad de una legislación común. Este trabajo de investigación propone edificar una nueva arquitectura

1 Este artículo está enmarcado dentro de un plan de investigación de doctorado del Programa de Doctorado de Ciencias Sociales y Derecho de la UNED.

2 Enrique Vázquez Pita es doctor en Comunicación Contemporánea por la Universidad de Santiago de Compostela y actualmente cursa el doctorado en Ciencias Sociales y Derecho por la UNED. Es licenciado en Derecho por la UNED; es licenciado en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid y licenciado en Sociología por la UNED. Sus áreas de investigación se circunscriben a Internet y la producción de los usuarios y en el campo legal de la Inteligencia Artificial. Trabaja como redactor en *La Voz de Galicia* en el área de tribunales y nuevas tecnologías.

legal sobre esta tecnología que dirige los coches autónomos, el suministro eléctrico, la concesión de un empleo o un seguro, así como los drones y nuevos tipos de armas autónomas. En la primera actuación global sobre IA, la UNESCO han aprobado su recomendación sobre ética en la IA para 193 Estados miembros y este se puede considerar el primer intento de estandarizar la regulación de la IA en el ámbito transnacional.

Palabras clave: Inteligencia Artificial, gobernanza de la IA, Derecho Internacional, Derechos Humanos, Derecho Civil, responsabilidad y daños, tratados internacionales, globalización, Unión Europea, UNESCO.

ABSTRACT

Artificial Intelligence (AI) is a high-risk technology that is globally interconnected and currently lacks regulation in international treaties, except in the European Union. Attempts at international governance to control AI are restricted to human rights or business forums. The race between the United States and China to develop AI pushes the possibility of common legislation even further. This research work proposes to build a new legal architecture on this technology that directs autonomous vehicles, electricity supply, the granting of a job or insurance, as well as drones and new types of autonomous weapons. In the first global action on AI, UNESCO has approved its recommendation on ethics in AI for 193 Member States and this can be considered the first attempt to standardize the regulation of AI at the transnational level.

Keywords: Artificial Intelligence, international governance to control the AI, UNESCO, ethics in AI, regulation of AI., Human Rights, law.

Sumario: *Introducción. 1. Las dificultades de la gobernanza de la IA y de los tratados internacionales: el ius cogens. 2. Distintas estrategias: el soft-law y la autorregulación. 3. Tres bloques de legislación: la UE, Estados Unidos y China. 3.1 Convenios y regulación en la UE. 3.2. La regulación en Estados Unidos. 3.3. La Ley de Inteligencia Nacional de China: defensa y ofensa. 4. Iniciativas globales: paneles y foros. La carta de Montreal. 5. La recomendación de la Unesco sobre la ética de la IA. 6. Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

Debido a la disparidad de definiciones de la Inteligencia Artificial (IA), este artículo adopta la propuesta por la Comisión Europea (UE), que sostiene que “la IA es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática” y “una de las partes fundamentales de la economía de datos”³. La Comisión Europea (COM sobre Inteligencia artificial de 25 de abril de 2018)⁴ define la IA como “sistemas que muestran un comportamiento inteligente a través del análisis de su entorno y actuando – con algún nivel de autonomía – para alcanzar metas específicas”. La UE clasifica a una parte de la IA como de “alto riesgo”⁵, lo que requerirá una regulación más estricta. Finalmente, la UNESCO define los sistemas de IA como “sistemas capaces de procesar datos e información de una manera que se asemeja a un comportamiento inteligente, y abarca generalmente aspectos de razonamiento, aprendizaje, percepción, predicción, planificación y control”⁶. Este organismo también percibe riesgos y “repercusiones negativas profundas” de la IA en las sociedades, el medio ambiente, los ecosistemas y las vidas humanas.⁷

El sociólogo Ulrich Beck describió, en 1986 “la sociedad [industrial] del riesgo” como un escenario global en el que los distintos estados entraban en una

3 “Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial- un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”. Comisión Europea, Bruselas: 19 de febrero del 2020. COM(2020)65 final, 2-3.

4 Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Inteligencia artificial para Europa”. Bruselas, 25 de abril del 2018 COM(2018) 237 final. {SWD(2018) 137 final} <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-237-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>

5 Artículo 6 “Reglas de clasificación para los sistemas de IA de alto riesgo” de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. Bruselas, 21 de abril del 2021. COM(2021) 206 final {SEC(2021) 167 final} - {SWD(2021) 84 final} - {SWD(2021) 85 final}

Los sistemas de IA de alto riesgo con arreglo al artículo 6, apartado 2, son los sistemas de IA mencionados en cualquiera de los ámbitos siguientes: Identificación biométrica, funcionamiento de infraestructuras esenciales, educación, empleo, acceso a servicios esenciales, aplicación de la ley, gestión de la migración, administración de justicia y procesos democráticos.

6 “Proyecto de recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial”. UNESCO. Informe de la Comisión de Ciencias Sociales y Humanas (SHS). Conferencia General, 41st, 2021. Documento 41C/73. Anexo. 18 https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pfo000379920_spa.page=15 (visto el 26 de noviembre del 2021).

7 “Proyecto de recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial”, UNESCO, 9, 15.

dinámica de peligros que no respetaba fronteras: contaminación que afectaba a continentes enteros, accidentes nucleares, cuarentenas en varios países a la vez, amenaza de guerra nuclear, quiebras financieras o parálisis de las cadenas mundiales de suministro de alimentos. Se quejaba de que los “sistemas jurídicos no captan los riesgos”⁸ porque algunos peligros eran imperceptibles, dependían del saber o eran supranacionales. Esta sociedad del riesgo vuelve a reeditarse con la Inteligencia Artificial, una tecnología emergente que genera altas inseguridades, según ha reconocido la UE⁹ y la UNESCO¹⁰, lo que obliga a adoptar un principio de cautela. La UNESCO, en su primer intento de estandarizar las distintas normativas, admite que la IA tiene “repercusiones positivas y negativas profundas y dinámicas” en las sociedades, el medio ambiente, los ecosistemas y las vidas humanas, en particular la mente humana¹¹.

La regulación global de la IA es una asignatura pendiente en un mundo interconectado en lo global y lo “glocal”, en el que sectores como el empleo¹² están afectados. Diversos bloques internacionales (UE, EE.UU. y China¹³) exportan actualmente sus respectivos modelos jurídicos sobre la IA. Frente al modelo garantista y de defensa del consumidor de la UE (defensa de la privacidad, intimidad, no discriminación y otros valores expresados en la Carta de los Derechos Humanos de la UE) surge otro paradigma, el de la sociedad de la vigilancia, descrito por autoras como Shoshana Zuboff¹⁴ y Carissa Véliz.¹⁵, que opera tanto en el capitalismo (a través de las plataformas y monopolios de Internet como los GAFA¹⁶) como en los estados tecnoautoritarios.

8 Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva normalidad*. (Barcelona: Paidós, 1998), 13-14.

9 Ver el Libro Blanco sobre la IA.

10 “Proyecto de recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial”, UNESCO, 9, 15.

11 “Proyecto de recomendación sobre la ética de la...”, UNESCO, 15.

12 Richard Baldwin, *La convulsión globótica. Globalización, robótica y el futuro del trabajo*. (Barcelona: Antoni Bosch, 2019). Ver también Antonio A. Casilli, *Esperando a los robots*. (Madrid: Punto de Vista Editores, 2021).

13 Kai-Fu Lee, *Superpotencias de la inteligencia artificial*. Barcelona: Ediciones Deusto, 2018.

14 Shoshana Zuboff, *La era del capitalismo de vigilancia*. (Barcelona: Paidós. Editorial Planeta, 2020), 152-154, 401.

15 Carissa Véliz, *Privacy is Power. Why and How You Should Take Back Control of Your Data*. (Londres: Bantam Press, 2020), 1-2.

16 GAFA: Google, Amazon, Facebook y Apple. GAFAM: Los mismos y Microsoft.

Este artículo, integrado dentro del Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Derecho de la UNED, sostiene la hipótesis de que una solución global sobre la regulación de la IA sigue alejada de la realidad y examina las distintas vías e iniciativas internacionales para legislar sobre la IA, aún muy fraccionadas y dispersas. Por un lado, la UE, o países aislados como Finlandia, apuestan por una IA de calidad y de confianza pensada en el consumidor y en compensar los daños a terceros. Por otro, EE.UU. promueve una Open Society de la IA, basada en un modelo democrático liberal. Por su parte, China ha impuesto un control y vigilancia social a través de la IA¹⁷. Los tres bloques han iniciado una carrera para desarrollar, al máximo, el potencial de la nueva tecnología, incluida la armamentística, lo que genera más riesgos. En 2017, la Declaración de Montreal para un Desarrollo Responsable de la IA¹⁸ y, en 2021, la UNESCO han aprobado sus respectivas recomendaciones sobre IA a los Estados para que apliquen unas normas basadas en los derechos humanos y las libertades fundamentales, primer avance hacia una regulación estandarizada global.

Distintos autores han clamado por un pacto global sobre la IA. Claudio F. González ve necesario articular un tratado internacional sobre armas con IA (AWS)¹⁹ como en su día se hizo con la energía nuclear o las armas químicas, debido a su alto riesgo y peligrosidad. Este panorama recuerda a la sociedad del riesgo de Ulrich Beck. A ello se suma la necesidad global de controlar la IA, debido a que esta tecnología emergente afecta a múltiples operadores (*stakeholders*) y sectores como la medicina, la industria armamentística, o el coche autónomo, dentro de un mundo interconectado. Al Derecho le incumbe determinar la responsabilidad de los daños generados por la IA o limitar la llamada sociedad de la vigilancia. La experiencia de la década de los años 80 y 90 demuestra que,

17 Diversas obras analizan el ascenso de China en la IA y el control social: Lee, *Superpotencias de la inteligencia artificial...*; F. González, *El gran sueño de China. Tecno-socialismo y capitalismo de Estado*; Moreno y Pedreño, *Europa frente a EE.UU. y China. Prevenir el declive en la era de la inteligencia artificial*.

18 Declaración de Montreal para un Desarrollo Responsable de la IA (visto 16/12/2021)

https://www.declarationmontreal-iaresponsable.com/_files/ugd/ebc3a3_eoed6b6841a4ba3a711427f67caaa8b.pdf

19 AWS: Autonomous Weapons; armas autónomas en inglés. LAWS: Lethal Autonomous Weapons (armas letales).

ante la ausencia de regulación internacional común sobre las finanzas o Internet, este entorno alega o desregulado propició, en su fase emergente, el marco ideal para facilitar las evasiones a paraísos fiscales, el robo de propiedad intelectual a la industria audiovisual y a sus autores, el dominio de monopolios de Internet como Amazon, Google o Facebook, la invasión de la privacidad e intimidad de los usuarios de las redes sociales o la elusión de impuestos con las criptomonedas. Ahora, la exposición es aún mayor, toda vez que la IA permite la creación de armas autónomas (las AWS), en cuyo desarrollo rivalizan el bloque occidental y el chino en una carrera incesante.

1. LAS DIFICULTADES DE LA GOBERNANZA DE LA IA Y DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES: EL *IUS COGENS*

Themistoklis Tzimas analiza las posibilidades de una gobernanza global de la IA y, recuerda, que la ONU dispone de herramientas legales internacionales, basadas en las libertades fundamentales y los derechos humanos, capaces de ordenar, jurídicamente, las tecnologías emergentes que crecen sin control. Una clave para amparar globalmente los intereses colectivos fundamentales del grupo social, es el *ius cogens* del Derecho Internacional capaz de anular actos contrarios al Derecho imperativo o perentorio que tienen una posición jerárquica superior con respecto al resto de disposiciones del ordenamiento. El *ius cogens* está respaldado por la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados²⁰.

En idéntica línea de fijación de un ordenamiento integral y global, como proponen Tzimas o Yannick Meneceur²¹, la UNESCO aborda la ética de la IA como una reflexión normativa sistemática, basada en un marco integral, global, multicultural y evolutivo de valores, principios y acciones interdependientes que guíen a las sociedades para afrontar los efectos conocidos y desconocidos de la

20 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force. 27 de enero de 1980. Viena, 23 de mayo de 1969.
https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

21 Yannick Meneceur, *L'intelligence artificielle en procès*. (Bruselas: Bruylant, 2020), 325-327.

IA en los seres humanos, las sociedades y el medio ambiente y los ecosistemas. La ética sería una base normativa para la evaluación y orientación normativa de las tecnologías de la IA, tomando como referencia la dignidad humana, el bienestar y la prevención de daños y apoyándose en la ética de la ciencia y la tecnología²².

La regulación sobre la IA se está desplegando en tres bloques regionales distintos (EE.UU., China y UE), y en distintos foros económicos (WEF), que proponen códigos éticos de la industria o protocolos no vinculantes para los empleados relacionados con la IA. Otra estrategia surge de la mano de los activistas de la sociedad civil (AI4People, la Carta de Montreal, ICAIL-Conferencia de Sao Paulo de junio del 2021²³) y ciudadanos particulares, que encuentran en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU una vía legal para presionar a las empresas para que reduzcan los sesgos, discriminaciones, invasión de la intimidad o los ataques a la dignidad generados por los algoritmos. El taller Julio de la IA²⁴ de la ICAIL-2021 (Sao Paulo) exploró los impactos teóricos del procesamiento de información aplicada en la ley y los Derechos Humanos.

El primer procedimiento para configurar legalmente la IA, ha sido el recurso de los activistas de los derechos civiles (Safiya Umoja Noble²⁵, Shoshana Zuboff²⁶, Carissa Véliz²⁷, Cathy O'Neil²⁸) a invocar los principios generales del Derecho y los Derechos Humanos recogidos en la Declaración Universal de la ONU, ante supuestas vulneraciones al derecho a la intimidad, la privacidad, la dignidad y contra los sesgos y discriminaciones. Safiya Umoja Noble ha logrado que grandes plataformas como Google hayan tenido que reprogramar su

22 "Proyecto de recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial", UNESCO, 18

23 La Asociación Internacional para la Inteligencia Artificial y Derecho (ICAIL) organizó en Sao Paulo (Brasil) del 21 al 25 de junio a la 18ª Conferencia Internacional sobre Inteligencia Artificial y Derecho. Se celebra cada dos años desde 1987. Enlace de la conferencia: <https://icail.iawgo-rhythm.com.br>

24 Taller JULIA. Inteligencia Artificial en logística jurisdiccional. Ver en <http://dria.unb.br/julia>

25 Safiya Umoja Noble, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*. (Nueva York: New York University Press, 2018), 171.

26 Shoshana Zuboff, *La era del capitalismo de vigilancia*. (Barcelona: Paidós. Editorial Planeta, 2020), 152-154, 401.

27 Carissa Véliz. *Privacy is Power: Why and How You Should Take Back Control of Your Data*. (Oxford: Transworld. Corgi Books, 2020).

28 Cathy O'Neil, *Armas de destrucción matemática*. (Madrid: Capitán Swing, 2016).

algoritmo para no discriminar a las mujeres afroamericanas en las búsquedas en línea. La apelación a los derechos humanos resulta útil a los activistas para oponerse a las vulneraciones materializadas por parte de los programadores de algoritmos o de la IA, una vez que se ha comprendido que esta tecnología es un “constructo social” (Kate Crawford²⁹, Amy Webb³⁰) y que los programadores proceden de una misma “tribu”³¹ social (varones, blancos, clase media-alta y alto nivel formativo en la Ivy League³² y estatus económico).

Jerry Kaplan se pregunta qué principios han de seguir las máquinas y cuándo quebrantar las normas para servir a un imperativo ético superior. Propone desarrollar teorías morales explícitas y capaces de implementarse para guiar el comportamiento de las máquinas inteligentes³³. Al tratarse de principios generales, delega la tarea en organismos globales como la ONU. En la práctica, la tarea ha sido asumida, el 24 de noviembre del 2021, por la UNESCO a través de una recomendación sobre la IA.

Diversos autores han constatado las dificultades y obstáculos para firmar tratados internacionales sobre la IA. Claudio F. González indica que el modelo legal contemporáneo “no es precisamente el más adecuado para ventilar usos maliciosos de tecnologías como la IA que, desafortunadamente, son sencillos de desarrollar y utilizar casi por cualquier organización interesada”³⁴. Advierte del escaso interés de las grandes potencias para llegar a un acuerdo y recalca que ni China ni EE.UU. □ ni otras grandes naciones □ parecen interesadas en diseñar iniciativas internacionales en pro de tratados internacionales capaces de limitar el uso de nuevas tecnologías en sistemas de armas, antes bien al contrario.

29 Kate Crawford, *Atlas of AI*. (New Haven y Londres: Yale University Press, 2021).

30 Amy Webb, *Los nueve gigantes*. (Barcelona: Península, 2021).

31 Esta tesis se desarrolla ampliamente en los trabajos de Webb y Crawford.

32 Ivy League Universities: liga deportiva de ocho universidades de élite del nordeste de EE.UU.: Yale, Harvard,...

33 Jerry Kaplan, *Inteligencia Artificial. Lo que todo el mundo debe saber*. (Zaragoza: Teell Editorial, 2017), 115-116.

34 Claudio F. González, *El gran sueño de China. Tecno-socialismo y capitalismo de Estado*. (Madrid: Editorial Tecnos. Grupo Anaya, 2021), 265.

Para minimizar los impactos de la IA, Jorge J. Vega Iracelay propone un marco normativo, regulatorio y de Gobernanza eficaz de la IA³⁵. Advierte de que “la IA es un fenómeno de naturaleza e impacto distintos” y estima probable que “se creen problemas de gobernabilidad y regulación que no se encuentran en las evoluciones tecnológicas anteriores”³⁶. Sugiere tener cautela con la IA y procurar regularla a través del Derecho Internacional sobre armas basadas en IA y elaborar un acuerdo internacional sobre ciberdefensa, a modo del Convenio Digital de Ginebra.

Themistoklis Tzimas³⁷, por su parte, expone que uno de los grandes obstáculos para una gobernanza de la IA es que han de conjugarse intereses y normas entre corporaciones privadas, estados, la opinión pública. Adicionalmente, propone establecer principios éticos y legales en estos sistemas de la IA, armonizar la coexistencia de *stakeholders* públicos, privados y sociales, y añadirle códigos de conducta y buenas prácticas. Otro obstáculo es la novedad disruptiva de la IA que se expande a nuevas áreas de forma impredecible mientras los sistemas legales tienen dificultades para ponerse al día de la evolución tecnológica, que no siempre requiere grandes infraestructuras. De fondo, los reguladores de la IA afrontan un problema de asimetría y un agujero de información.

Themistoklis Tzimas³⁸ propone una gobernanza de la IA con una regulación global y centralizada. Considera que esa gobernanza por parte de una organización internacional es necesaria debido a las complejidades e impacto de dicha tecnología. Entiende que se ha de estipular un capítulo de la ONU dedicado a la IA como marco básico normativo. Integra la cuestión en el carácter constitucional del órgano multinacional y ve necesario insertar la ética en la IA, como ya ha establecido la UE en su documento *Ethics for trustworthy AI*, en el que da

35 Jorge J. Vega Iracelay, “Inteligencia artificial y derecho: principios y propuestas para una gobernanza eficaz”. *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, segunda época, segundo semestre, 5 (2018), 13-48.

36 Vega Iracelay, “Inteligencia artificial y derecho: principios y propuestas...”, 21-22.

37 Themistoklis Tzimas, *Legal and Ethical Challenges of Artificial Intelligence from an International Law Perspective*. (Cham (Suiza): Springer, 2021), 104-105.

38 Tzimas, *Legal and Ethical Challenges of Artificial Intelligence from an International Law Perspective*, 125-126.

prevalencia al control humano y al centrismo humano. Se pregunta cómo vamos a proteger los derechos humanos y políticos si el aprendizaje automático es opaco, construido con algoritmos entretejidos y protegidos por un palimpsesto de leyes sobre el secreto³⁹, de diferentes sistemas legales⁴⁰. Themistoklis Tzimas, recalca que herramientas como el *ius cogens* y la Convención de Viena establecen una jerarquía de normas capaces de anular las inferiores.

Otra de las propuestas de Themistoklis Tzimas es determinar que, para una efectiva gobernanza global de la IA, resulta preceptivo la creación de lo que él denomina la Internacional Artificial Intelligence Organization (IAIO), la cual podría establecer la base de una futura International Convention for the Development of AI (ICDAI)⁴¹, la cual debe volcar los principios fundamentales de la ley internacional y de la comunidad en la regulación sobre la IA⁴². Considera que este tipo de organismos globales evitarían la transferencia de tecnologías e investigaciones sobre la IA de un estado con regulación fuerte a otro más laxo. Propone que la ICDAI funcione bajo el mandato del Consejo de Seguridad de la ONU. Su función sería monitorizar los avances y evolución de la IA y montar una infraestructura legal en los estados miembros en torno a la IA y establecer estándares comunes. Esto conllevaría la implantación de unas cláusulas de precaución, garantías para una evolución controlada de la IA, prohibición de aplicaciones o la instauración de chequeos y controles sobre estas, y una serie de inspecciones rutinarias, regulaciones de seguridad, o publicidad⁴³. Los gobiernos deberían subordinarse a estas normas, que concuerdan con las de la *oenegé* AI4People Initiative⁴⁴, que propone una SMART Governance⁴⁵, bajo estándares

39 En Estados Unidos, la protección legal del secreto industrial ampara la opacidad de ciertas empresas. Véase Frank Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*. (Cambridge (MA) y Londres: Harvard University Press, 2015).

40 Tzimas, *Legal and Ethical Challenges of Artificial Intelligence from ...*, 126.

41 Tzimas, *Legal and Ethical Challenges of Artificial Intelligence from ...*, 110.

42 Tzimas, *Legal and Ethical Challenges of Artificial Intelligence from ...*, 111.

43 Tzimas, *Legal and Ethical Challenges of Artificial Intelligence from ...*, 111-112.

44 AI4People Initiative: <http://ai4people.eu>

45 SMART: Scalable, Modular, Adaptable, Reflexible and Technologically-savvy. Establecido por la AI4People, On Good AI Governance, 14 Priority Actions, A SMART Model of Governance, And A Regulatory Toolbox (2019).

de IA para hacerla escalable, modular, adaptable, reflexiva y tecnológicamente segura.

En la misma línea, Pablo Fernández Carballo-Calero⁴⁶ indica que la ONU está trabajando en la regulación de la IA y la propiedad intelectual a través de la OMPI, organismo que constituye el foro mundial de servicios, políticas, información y cooperación en materia de propiedad intelectual para sus miembros. Los países han solicitado a la OMPI que canalice el debate sobre la IA y las políticas de Propiedad Intelectual. Esto apunta a que estos avances parecen restringidos al ámbito sectorial.

2. DISTINTAS ESTRATEGIAS: EL SOFT-LAW Y LA AUTORREGULACIÓN

Por cuanto atañe a esta primera noción, el “soft-law”, Jorge J. Vega Iracelay destaca que consiste en un grupo de principios capaces de garantizar la transparencia y responsabilidad en materia de algoritmos [emitidos por la US Association for Computing Machinery (ACM)] que no vinculantes. Estos principios son: la concienciación, impugnación de decisiones de algoritmos y compensación por daños, la responsabilidad, la transparencia, la procedencia de los datos y la validación y prueba (evaluación de sesgos). Para el autor, abordar la materia desde datos regulatorios podría “llevarnos a documentos de soft-law que permitan estandarizar los códigos de ética y los principios de desarrollo e instrumentación de algoritmos”. En concreto, estima factible una Ley de Desarrollo de la IA (IADA), creada por una agencia encargada de certificar la seguridad de sistemas de IA⁴⁷ y, si se desease un régimen regulatorio más estricto, que podría parecerse al programa de aprobación de medicamentos de la FDA norteamericana. Por ello, se inclina por una agencia regulatoria internacional de la IA que cree un

⁴⁶ Fernández Carballo-Calero, *La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial*.

⁴⁷ Vega Iracelay. “Inteligencia artificial y derecho: principios y propuestas para una gobernanza...”, 39.

marco unificado para las tecnologías de la IA e informe del desarrollo de políticas de esta naturaleza en el ámbito mundial⁴⁸.

Otros, como Céline Castets-Renard, entienden que la “soft-law” va más allá de la ética, que promueve una IA responsable e inclusiva⁴⁹. La UE ha reiterado su voluntad de minimizar los riesgos y adoptar un entorno ético y responsable. En este caso, el derecho se reenvía al centro del proceso normativo, tras la constatación de una proliferación internacional de textos éticos cuyo vigor normativo está, cuando menos, muy limitado⁵⁰, lo que revela un “ethical washing”⁵¹. Inicialmente, la comisión de expertos de la UE encargada de elaborar las líneas directrices en materia de ética para una IA digna de confianza (publicada en abril del 2019) integró el concepto de derechos fundamentales con el de “objetivo ético”. Por el contrario, señala la autora, la Comisión Europea devolvió los derechos fundamentales *per se* a su lugar: la gobernanza y el control humano, la robustez y la seguridad técnica, la vida privada y la gobernanza de los datos, la transparencia, la diversidad, no discriminación y legalidad, el bienestar social y ambiental, y la responsabilidad. En suma, elogia que la Comisión Europea muestre una decidida voluntad de adoptar reglas legales vinculantes, más allá de unos simples valores éticos.

En contraposición a los autores que proponen soluciones de “soft-law” o una autorregulación, Yannick Meneceur defiende una gobernanza global de la IA. Replica a los detractores de la gobernanza global, que la autorregulación adolece de un déficit democrático que favorece prácticas de *lobbying*⁵². Por tanto, unas tecnologías como la IA, que transformarán profundamente la sociedad, reclaman normas adoptadas de conformidad a un sistema jurídico basado en un Estado de Derecho. En suma, ha de concretarse el ordenamiento jurídico aplicable a la IA.

48 Vega Iracelay. “Inteligencia artificial y derecho: principios y propuestas...”, 44.

49 Céline Castets-Renard, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*. Colección “Droit de l’Union européenne. Manuels”. (Bruselas: Editorial Bruylant, 2020), 335-336.

50 Castets-Renard, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*, 336.

51 Es un “lavado de cara ético”. La cita procede de Céline Castets-Renard, “Comment construire une intelligence artificielle responsable et inclusive?”, D.S., (2020), 225.

52 Yannick Meneceur, *L’intelligence artificielle en procès*. (Bruselas: Bruylant, 2020), 325-327.

3. TRES BLOQUES DE LEGISLACIÓN: LA UE, ESTADOS UNIDOS Y CHINA

La UE ha iniciado el camino para regular la IA en varios sectores, a través de un libro blanco para garantizar la confianza del consumidor en esta tecnología; su último avance es un proyecto de regulación de la IA (conocida popularmente como Ley de la IA), cuyos críticos tildan de “sectorialista” o “excesivamente garantista”. Por su parte, Estados Unidos apuesta por una estandarización de la IA a través de una alianza global con base democrática, como contraposición a su rival comercial chino. Cualquiera de estos tres modelos legales sería de aplicación a los productos fabricados por cada bloque y, en consecuencia, su respectivo modelo se extenderá a terceros países o regiones cuando comercialice estas mercancías, atendiendo a su propio sistema de protección al consumidor y usuario y al ordenamiento jurídico aplicable al destinatario del bien o servicio.

3.1. CONVENIOS Y REGULACIÓN EN LA UE

Las recomendaciones de la UE, y en especial la Comisión, sobre la IA comenzaron en el 2005 y, en estos últimos 17 años, han conseguido “preavances” normativos, tales como determinar su ordenamiento jurídico, principalmente sobre consumo (precios, comportamiento, intimidad, transparencia, seguridad), tratando de conjugar regulación e innovación. A este respecto, Luis Moreno y Andrés Pedreño critican el excesivo “garantismo” de la UE⁵³.

La Comisión dicta, el 8 de abril del 2019, la Comunicación “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”⁵⁴ [(COM (2019) 168 final, 8.4.2019)] en la que establece siete requisitos esenciales para una IA fiable⁵⁵: intervención y supervisión humanas, solidez y seguridad técnicas,

53 Luis Moreno y Andrés Pedreño, *Europa frente a EE.UU. Y China. Prevenir el declive en la era de la inteligencia artificial* (Autoeditado en Amazon, 2020), 77-78.

54 Ver en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0168&from=es>

55 COM(2019) 168 final, Bruselas, 8.4.2019, 5-8.

privacidad y gestión de datos, transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, bienestar social y medioambiental y rendición de cuentas.

La estrategia de la UE ha sido acometer la regulación de la IA aplicando el arsenal de regulaciones sobre derechos de los consumidores ya existentes. Prueba de ello es que el 19 de febrero del 2020 la Comisión, publica la Comunicación *Configurar el futuro Digital de Europa* (COM/20 19.02.2020) en la que los consumidores ostentan mayor control de sus datos respecto a las plataformas digitales transnacionales. A ello se suman las propuestas de reglamento relativas a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales)⁵⁶. Pretenden superar el Reglamento General de Protección de Datos Personales (RGPD)⁵⁷ [Reglamento europeo 2016/679/UE] en cuanto afecta a perfiles y seguimiento de los consumidores y reversibilidad de la anonimización.

En la misma fecha, la Comisión publica el *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* [(COM (2002) 65 final, de 19.02.2020)] que plasmó como principales objetivos la excelencia y la confianza gracias a un encuadramiento legislativo de la IA que reposa sobre el derecho positivo y en el prospectivo⁵⁸. Respecto al derecho positivo, el Libro Blanco incluye la protección de los datos personales, el proceso automático de toma de decisiones dados sus efectos legales negativos, el estudio del impacto de los riesgos de los tratamientos de datos personales, y la protección de derechos fundamentales, propiedad intelectual, y reglas de seguridad y responsabilidad. En la parte del derecho prospectivo, aborda los criterios para determinar los riesgos de los sistemas de la IA y las obligaciones propias de los sistemas de IA de alto riesgo⁵⁹. El Libro Blanco de la IA también restringe la

56 COM/2020/825 final y COM (2020) 842 final, de 15.12.2020.

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

<https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

58 En la clasificación que hace Céline Castets-Renard. *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*. Colección: Droit de l'Union européenne. Manuels. (Bruselas: Editorial Bruylant, 2020), 337.

59 Castets-Renard, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*, 358 y 359.

responsabilidad de la IA al equivalente al generado por un producto defectuoso⁶⁰.

Céline Castets-Renard⁶¹ critica que el Libro Blanco de la UE haya “sectorializado” la legislación en torno a los riesgos de la IA, a fin de asegurar la intervención legislativa de forma proporcionada en aquellos sistemas de IA con una problemática elevada y que será objeto de reglas especiales⁶². Se categorizan cuatro niveles de riesgo, inspirados en los ya adoptados por el gobierno federal de Canadá. Céline Castets-Renard destaca otro aspecto importante del Libro Blanco: la imputabilidad de la responsabilidad, pues el futuro marco reglamentario deberá prever que cada obligación será asumida por el actor de cada fase donde haya un riesgo potencial: la concepción y diseño, fabricación, y otras.

Sin embargo, Luis Moreno y Andrés Pedreño ⁶³ son escépticos respecto a la regulación de la UE hacia las tecnologías digitales porque, según su análisis, estas normativas europeas se preocupan por aspectos como la privacidad o el abuso ético y la posible pérdida de puestos de trabajo como consecuencia de la automatización. En idéntica línea, Vinton Cerf⁶⁴ reprocha a la UE el “afán” de los reguladores por proteger a los ciudadanos de daños reales o “imaginarios” y teme que obstaculice el desarrollo de nuevas aplicaciones que hacen posibles la IA y las tecnologías digitales.

En un nuevo avance, la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, emitió recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial [2020/2014 (INL)]⁶⁵. Contempla previsiones relativas a la IA de alto riesgo, exige una

60 “Libro blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”. Bruselas, 19.2.2020 / COM(2020) 65.
https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf

61 Castets-Renard, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*, 358.

62 Castets-Renard, *Droit du marché unique numérique et ...*, 258.

63 Moreno y Pedreño, *Europa frente a EE.UU. y China. Prevenir el declive en la era de la ...*, 17-19.

64 Vinton Cerf, en el prólogo de Moreno y Pedreño, *Europa frente a EE.UU. y China. Prevenir...*, 17-19.

65 Citado en la ponencia “Recomendaciones sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de Inteligencia Artificial”, en el Congreso Internacional Hispano-Luso e Iberoamericano Sociedad

intervención humana, vinculada a unas obligaciones legales y un derecho de reparación y unos deberes de transparencia, seguridad y rendición de cuentas⁶⁶.

El 9 de marzo del 2021, la Comisión lanzó la Comunicación Brújula Digital 2030: el camino europeo para la década digital [COM(2021) 118 final, de 9.3.2021]⁶⁷, la cual enlaza con el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial del 2020 y la Comunicación Generar Confianza del 2019. Establece que la UE contribuirá a soluciones comunes, como el trabajo en curso en el G20 y la OCDE con respecto a una solución global basada en el consenso para abordar la fiscalidad de la economía digital. Defiende la Internet abierta y descentralizada, basada en una única red mundial, y un uso de la tecnología que respete las libertades individuales y promueva la nivelación digital. Una coalición de este tipo debería establecer estándares. Apoya los foros (por ejemplo, sobre el uso ético de la IA) capaces de promover flujos comerciales digitales a través de cadenas de suministro resilientes e interdependientes entre sí, y proteger el ciberespacio. Así, las asociaciones digitales internacionales de la UE promoverán la alineación o la convergencia con las normas y estándares regulatorios de la UE en protección y flujo de datos, privacidad, uso ético de la IA, ciberseguridad y confianza, abordarán la desinformación y el contenido ilegal en línea, garantizarán la gobernanza de Internet y apoyarán el desarrollo de las finanzas digitales y el gobierno electrónico.

La UE afianzó su línea previa al publicar el 21 de abril del 2021 la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de IA (Ley de IA)⁶⁸ y se modifican

Digital y Derecho Civil del 13-15 de abril de la Universidad de Granada. Ver el enlace en: <https://sociedad-digital.es/>

⁶⁶ Margarita Orozco González, Congreso Internacional Hispano-Luso e Iberoamericano Sociedad Digital y Derecho Civil del 13-15 abril de la Universidad de Granada.

⁶⁷ 2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade COM/2021/118 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0118&from=es>

⁶⁸ COM (2021) 206 final 2021/0106 (COD). Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. {SEC(2021) 167 final} - {SWD(2021) 84 final} - {SWD(2021) 85 final}

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206> (Último visionado el 20 de julio del 2021)

determinados actos legislativos de la Unión. Su preámbulo asume que la IA puede dar lugar a nuevos riesgos y propone mejorar la gobernanza y la aplicación efectiva de la legislación vigente en materia de derechos fundamentales.

En el apartado 2.2., la UE reconoce que los países miembros no pueden actuar por separado para regular la IA, con lo que admite que los países han de actuar de forma conjunta internacional.

“La naturaleza de la IA [...] implica que los Estados miembros no pueden alcanzar de manera efectiva los objetivos de esta propuesta por sí solos. Asimismo, está surgiendo un mosaico de normas nacionales con posibles divergencias [...] que crearán inseguridad jurídica y barreras adicionales, y ralentizarán la adopción de la IA por parte del mercado. [...] La única manera de proteger la soberanía digital de la UE y de aprovechar sus herramientas y competencias reguladoras para crear normas y reglas globales es mediante la adopción de medidas comunes a escala de la Unión”⁶⁹.

Respecto a los derechos fundamentales⁷⁰, la UE establece en su propuesta de reglamentación que el uso de la IA, con sus características particulares (opacidad, la complejidad, la dependencia de datos, el comportamiento autónomo, entre otros) puede tener repercusiones negativas para múltiples derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («la Carta»). Pretende garantizar un elevado nivel de protección para dichos derechos fundamentales y sugiere un enfoque basado en los riesgos claramente definido.

La Propuesta de Ley de Inteligencia Artificial fija en su Título VI, dedicado a la Gobernanza, en su Capítulo 1, sobre el Comité Europeo de IA, en el artículo 56, la constitución del Comité Europeo de IA, que ofrecerá asesoramiento y asistencia a la Comisión para cooperar con las autoridades respecto a las materias reguladas por el reglamento; analizar problemas emergentes o garantizar la aplicación

69 Apartado 2.2. p.8.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206>

70 Apartado 3.5, 13.

coherente del reglamento. Josep Curto Díaz⁷¹ destaca que la propuesta de la UE tiene el valor de presentar un rol similar al del responsable del tratamiento de datos (DPO) en el RGPD como el CDO (chief data officer), CAO (chief analytics officer) o equivalente, y el cual debe colaborar con los departamentos de auditoría interno y legal, y participar en el comité de gobierno del dato.

3.2. LA REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos existen dos vías de regulación. Una es la de los legisladores de los Estados, como, por ejemplo, el de California o Wyoming, para proteger los derechos de los ciudadanos y otro, es desarrollado por el Departamento de Defensa del NSCAI, que promueve la llamada Open Society, una alianza de Estados que busca competir con China en la carrera por desarrollar la IA.

El 1 de enero del 2020, California dictó la ley de Privacidad del Consumidor (CCPA) que obliga a determinadas empresas que compran o venden datos, a revelar qué categorías de datos está recopilando y qué está haciendo con los datos de sus clientes. Los consumidores también pueden reclamar que eliminen sus datos personales. Es la primera legislación en Estados Unidos que da a los consumidores el control sobre su información, el equivalente al RGPD de la UE. Otra idea es promover una Agencia de Protección de la Privacidad de California.

En julio del 2021, entró en vigor en el estado de Wyoming la Ley DAO⁷², el primer esbozo en materia de Organizaciones Descentralizadas que las habilita para registrarse en una Limited Liability Company (LLC) y protege a sus miembros de responder como si fuese una General Partnership y le aporta a las DAO

71 Josep Curto Díaz es profesor de los Estudios de Informática, Multimedia y Telecomunicación de la Universitat Oberta de Catalunya. "Luces y sombras de la nueva ley europea sobre inteligencia artificial ¿Qué pasa con los neuroderechos o la propiedad intelectual? Los cabos sueltos de la nueva legislación". 14 de julio de 2021. UOC. <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2021/192-ley-europea-inteligencia-artificial.html>

72 DAO: Decentralized Autonomous Organization. Se trata de una organización gobernada por una serie de *smart contracts* que permite la ejecución y funcionamiento de la organización de manera autónoma.

un estatus de sociedad de responsabilidad limitada (SRL). Alejandro Llera Ferri ve más problemas que soluciones en esta iniciativa⁷³.

La NSCAI, perteneciente al Departamento de Defensa de Estados Unidos, propone una especie de red de trabajo global (o alianza)⁷⁴. El Informe Final (Full Report) de la NSCAI de EE.UU., de marzo del 2021, advierte de que los sistemas de IA se utilizarán en la búsqueda del poder y en “*crear armas inteligentes*”⁷⁵. La Comisión clama por una intervención estatal para que, en 2025, el Departamento de Defensa y la Comunidad de Inteligencia estén preparados para la IA. Alerta de que se está intensificando la competencia estratégica en IA con China. “Nos tomamos en serio la ambición de China de superar a Estados Unidos como líder mundial en IA en una década”, desvela⁷⁶. Ante este desafío geoestratégico, la NSCAI propone una red de trabajo global (o alianza) para trabajar con otras democracias y el sector privado, a fin de incorporar estándares de protección de la privacidad en las tecnologías de inteligencia artificial y promover normas democráticas para guiar los usos de la IA de manera responsable con fines de seguridad nacional. Al tiempo, procura la promoción de un grupo de trabajo⁷⁷.

La NSCAI divide el mundo en dos bloques que compiten por la IA: el Estado democrático de EE.UU. y sus aliados anglosajones y sinooccidentales (Israel, India y Japón) y, por otro, el Estado tecnoautoritario de China. Teme que los productos desarrollados por un Estado que avala la vigilancia de sus propios ciudadanos (reconocimiento facial, sistema de puntuación de los ciudadanos por su buen comportamiento) serán comercializados a nivel global e incluirán cláusulas no democráticas que tendrán que firmar contratistas y socios occidentales en contra de sus valores. Su plan es que EE.UU. lidere una Coalición de Tecnología Emergente para establecer un Instituto de Investigación Multilateral

73 Alejandro Llera Ferri, “Ley DAO de Wyoming ¿Más problemas que soluciones?”. LinkedIn. 24 de agosto del 2021

74 NSCAI, “The Full Report”, 13 <https://www.nsc.ai.gov/wp-content/uploads/2021/03/Full-Report-Digital-1.pdf>

75 NSCAI, “The Final Report”, 1-2 <https://www.nsc.ai.gov/wp-content/uploads/2021/03/Full-Report-Digital-1.pdf>

76 NSCAI, “The Full Report”, 1-2.

77 NSCAI, “The Full Report”, 13 <https://www.nsc.ai.gov/wp-content/uploads/2021/03/Full-Report-Digital-1.pdf>

de IA para mejorar la posición del país como un centro de investigación global para tecnología emergente. Alerta de que China desarrolló una estrategia de propiedad intelectual (IP) y está tratando de establecer estándares técnicos globales para el desarrollo de IA. Lo toma como un desafío geopolítico porque el gigante asiático ganará influencia, coaccionará, hará propaganda y dará forma al mundo⁷⁸.

La NSCAI aconseja a su Gobierno reunir a aliados y socios de ideas afines para construir una coalición internacional que garantice una visión democrática de la IA. De ahí se logrará un futuro digital con una diplomacia liderada por Estados Unidos, defensora de unos derechos y libertades de una sociedad libre y abierta (la Open Society)⁷⁹. La comisión aconseja a Estados Unidos que use la diplomacia y aproveche sus asociaciones globales para abogar por el establecimiento de estándares y normas técnicas que protejan la privacidad en organismos internacionales, y que trabaje con naciones de ideas afines. Esta estrategia o línea de Derecho sobre la IA entroncaría con la arquitectura legal existente sobre libertades civiles en los estados liberales y sería compatible con la legislación actual.

3.3. LA LEY DE INTELIGENCIA NACIONAL DE CHINA: DEFENSA Y OFENSA

Murray Scot Tanner (2017)⁸⁰ desvela varios planes legislativos chinos, como la Ley de Inteligencia Nacional de China del 2017 (de la defensa a la ofensa) que podrían tener consecuencias para el desarrollo de la IA y el tratamiento de datos masivos. A mayores, Pekín ha impulsado el Plan Made in China 2025 (MIC 2025) de modernización industrial donde aspira a convertirse en el cerebro del mundo⁸¹.

78 NSCAI, "The Full Report", 28.

79 NSCAI, "The Full Report", 30.

80 Murray Scot Tanner. "Nueva ley de inteligencia nacional de Beijing: de la defensa a la ofensa", Lawfare. 20 de julio de 2017.

DOI: <https://www.lawfareblog.com/beijings-new-national-intelligence-law-defense-offense>.

Visto 20/05/2021.

81 Moreno y Pedreño, *Europa frente a EE.UU. Y China. Prevenir el declive...*, 49.

La Ley de Inteligencia Nacional de China, promulgada el 27 de junio del 2017, endurece la legislación de este país sobre seguridad. Su precedente, la Ley de Seguridad Cibernética, entró en vigor el 1 de junio del 2017. La Ley de Inteligencia impone nuevas obligaciones y riesgos de seguridad indefinidos y abiertos para los empresarios o estudiantes extranjeros y para sus socios y compañeros de trabajo chinos. Altera el equilibrio de las obligaciones legales, pasando de la “defensa” de la inteligencia, a la “ofensiva”. Esto implica que crea responsabilidades legales afirmativas (positivas o activas) para los ciudadanos chinos y, en algunos casos, para las empresas extranjeras, u organizaciones que operan en China para brindar acceso, cooperación o apoyo a las actividades de recopilación de inteligencia de Pekín.

La ley de 2017 forma parte, a día de hoy, de un paquete interrelacionado normativo sobre seguridad nacional y ciberespacio. Su objeto es fortalecer la base jurídica de las actividades de seguridad de China y exigir a los ciudadanos, empresas y organizaciones chinos y extranjeros que cooperen. La ley del 2017 otorgaría a los funcionarios de inteligencia el derecho a ingresar a instalaciones restringidas, examinar registros privados, investigar e interrogar al personal y acceder o incluso requisar comunicaciones o transportes propiedad de empresas o individuos. Ello implica que los ciudadanos y empresarios se convierten en “agentes activos” de la seguridad nacional de China, por lo que el desarrollo de la IA sería un pilar de la llamada “sociedad de la vigilancia”.

En octubre del 2021, China anunció que regulará sus plataformas digitales para evitar los abusos a los usuarios (invasión de la intimidad y privacidad) y las prácticas monopolísticas.

En un estudio comparativo sobre estos tres bloques legislativos de la IA, Luis Moreno y Andrés Pedreño⁸² arremeten contra el RGPD de la UE, del que advierten que supera en restricciones a la Ley de Privacidad del Consumidor de California (CCPA)⁸³, la cual no exige una base jurídica para todo tratamiento de

82 Moreno y Pedreño, *Europa frente a EE.UU. Y China. Prevenir...*, 146.

83 La California Consumer Privacy Act of 2018 (CCPA) (Ley de Privacidad del Consumidor de California) es la primera norma global de privacidad de Estados Unidos. El texto puede encontrarse en

datos personales, ni afecta a las bases de datos agregadas, pero sí amenaza si el infractor compromete información sensible de los usuarios. Por su parte, recuerdan que China carece de una normativa sobre privacidad y protección de datos⁸⁴ (queda bajo el paraguas de otras leyes sobre propiedad, propiedad intelectual, responsabilidad civil y competencia). Argumentan que el RGDP limita a las empresas europeas a acceder a nuevos datos e impide usar la información registrada más allá del fin pionero para el que fueron registradas. Los autores recalcan que los datos son la base para la innovación continua sobre todo en la era de la IA y los algoritmos ayudan a identificar los datos más valiosos o pueden enriquecerse al combinarse con otras fuentes de información⁸⁵.

4. INICIATIVAS GLOBALES: PANELES Y FOROS. LA CARTA DE MONTREAL

A las iniciativas normativas de los anteriores bloques se suman las realizadas por el panel internacional promovido por Francia y Canadá⁸⁶ y las oenegés internacionales para impulsar una legislación de control de la IA, así como las recientes recomendaciones de la Declaración de Montreal para un Desarrollo Responsable de la IA y de la UNESCO.

En el 2017, una iniciativa del Technosocial Innovation Centre de la Universidad de Montreal lanzó la Declaración de Montreal para un desarrollo responsable de la inteligencia artificial. Dicha declaración se basa en diez principios: bienestar, respeto de la autonomía, protección de privacidad e intimidad, solidaridad, participación democrática, equidad, inclusión de la diversidad,

los siguientes links: <https://www.oag.ca.gov/privacy/ccpa> https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5

Las diferencias entre la RGPD y la CCAP viene explicadas en el siguiente link de Microsoft: <https://docs.microsoft.com/es-es/compliance/regulatory/ccpa-faq>

84 En octubre, China anunció un férreo control legislativo sobre las plataformas digitales.

85 Moreno y Pedreño, *Europa frente a EE.UU. Y China. Prevenir el declive...*, 146-147.

86 Los antecedentes de este panel se remontan a la declaración Canadá-Francia sobre IA. El primer ministro canadiense Trudeau y el presidente francés Macron anunciaron el 7 de junio de 2018 que ambos países deseaban promover una visión de la IA centrada en el ser humano. Buscaban crear un panel como referencia global para comprender y compartir resultados de investigación sobre problemas y mejores prácticas de IA, y convocar iniciativas internacionales sobre el sector.

precaución, responsabilidad y desarrollo sostenible.⁸⁷ Esta carta fue la base que inspiró la edición de otras guías y recomendaciones de *soft-law*, y no suponen una regulación real respecto a la IA.

Christiana Figueres y Tom Rivett-Carnac⁸⁸ defienden la supervisión y la gobernanza de las políticas sobre la IA, decisiva para la descarbonización o el rediseño de las redes eléctricas. Temen que la IA podría desbordar a la Humanidad. Recuerdan que el acuerdo de París de 2015 fue decisivo para que los países adoptasen políticas comunes para reducir el calentamiento global y proponen otro evento similar para acordar una estrategia global colectiva para controlar la IA. Actualmente, los gobiernos experimentan diferentes directrices apropiadas con las que gestionar la IA y unas son muy laxas y otras sumamente estrictas. Alaban a los gobiernos francés y canadiense para crear un Panel Internacional sobre Inteligencia Artificial⁸⁹ (IPAI)⁹⁰, cuya misión es apoyar y orientar la adopción responsable de la IA que se centra en el ser humano y se basa en los derechos humanos, la inclusión, la diversidad, la innovación y el crecimiento económico. El IPAI facilitará la colaboración internacional entre *stakeholders* (comunidad científica, industria, sociedad civil, organizaciones internacionales y gobiernos). Contrasta con la advertencia de Themistoklis Tzimas de que hay demasiados *stakeholders* para regular la IA de forma efectiva. Christiana Figueres y Tom Rivett-Carnac consideran que los gobiernos y las corporaciones tendrán que respaldar cuidadosamente la aplicación responsable de la IA y reducir las emisiones de carbono⁹¹.

Adicionalmente, han surgido iniciativas privadas para crear estándares globales por parte de las empresas y extenderlas al sector público. Son una apuesta

87 Declaración de Montreal en español (16/12/2021): https://www.declarationmontreal-iaresponsable.com/_files/ugd/ebc3a3_coeed6b6841a4ba3a711427f67caaa8b.pdf

88 Christiana Figueres y Tom Rivett-Carnac, *El futuro por decidir. Cómo sobrevivir a la crisis climática* (Madrid: Debate. Penguin Random House Grupo Editorial, 2021), 148-152.

89 <https://pm.gc.ca/en/news/backgrounders/2018/12/06/mandate-international-panel-artificial-intelligence> y también <https://www.gouvernement.fr/en/france-and-canada-create-new-expert-international-panel-on-artificial-intelligence>

90 <https://pm.gc.ca/en/news/backgrounders/2018/12/06/mandate-international-panel-artificial-intelligence>

91 Figueres y Rivett-Carnac, *El futuro por decidir. Cómo ...*, 153-154.

por la autorregulación y los certificados de calidad industrial. El Foro Económico Mundial (WEF, en sus siglas en inglés), ha abierto la plataforma *Shaping the Future of Technology Governance: Artificial Intelligence and Machine Learning*⁹² para debatir sobre la IA. Quiere dar forma a las normas para la adquisición de IA en el sector público porque cree que influirá en mejores prácticas en el mercado y la industria. El WEF tiene en cuenta que muchos gobiernos y organizaciones internacionales están trabajando para delinear principios éticos que regulen el desarrollo y uso de la IA. Pone como ejemplo a Singapur como el primer país que emitió una edición del Modelo de Marco de Gobernanza de AI (“Marco Modelo”), al que define como un marco agnóstico de sector, tecnología y algoritmo, que convierte los principios éticos relevantes en prácticas implementables para que las organizaciones puedan poner en práctica estos principios. Singapur luego diseñó una guía de evaluación complementaria con el objetivo de ayudar a las organizaciones a evaluar si han implementado el marco modelo y publica casos de uso basados en sus experiencias.

En el documento *AI Procurement in a Box Project Overview (2020)*⁹³, creado por las consultorías *Deloitte and Splunk*, el WEF hace recomendaciones a los gobernantes para actualizar sus conocimientos. Propone una coalición del sector público y privado y un contrato social entre el gobierno, sus ciudadanos y sus industrias, aunque los avances quedaron suspendidos por el Covid. Para el WEF la pandemia ha enfatizado aún más el imperativo para la innovación responsable y el uso ético de tecnología. “Ahora sabemos cuán vulnerable puede ser un mundo interdependiente. Indican que la resolución de complejos problemas sociales con el reconocimiento de patrones y algoritmos predictivos es una parte integral del nuevo contrato social”, señala.

92 WEFORUM. “Shaping the Future of Technology Governance: Artificial Intelligence and Machine Learning”. <https://es.weforum.org/platforms/shaping-the-future-of-technology-governance-artificial-intelligence-and-machine-learning>

93 WEF, “AI Procurement in a Box Project Overview”. http://www3.weforum.org/docs/WEF_AI_Procurement_in_a_Box_Project_Overview_2020.pdf

5. LA RECOMENDACIÓN DE LA UNESCO SOBRE LA ÉTICA DE LA IA

Los esfuerzos de la UE para regular una IA que genere confianza en el consumidor, las propuestas de algunos foros y autores para crear *soft-law* (mediante certificados y evaluaciones), las peticiones para una gobernanza global de la IA y la preocupación por los derechos humanos afloran en el documento publicado por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), reunida en París del 9 al 24 de noviembre de 2021, en su 41ª reunión. En dicha fecha, la UNESCO aprobó la Recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial⁹⁴, que reconoce que la IA suscita “preocupaciones éticas” porque los sesgos pueden provocar “discriminación, desigualdad, brechas digitales y exclusión y suponer una amenaza para la diversidad cultural, social y biológica, así como generar divisiones sociales y económicas”. Estima un posible impacto en “la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, la igualdad de género, la democracia, los procesos sociales económicos, políticos y culturales, las prácticas científicas y de ingeniería, el bienestar animal y el medio ambiente y los ecosistemas”⁹⁵.

Los objetivos de la recomendación de la UNESCO consisten en lograr un marco universal de valores, principios y acciones para orientar a los Estados en la formulación de sus leyes, políticas u otros instrumentos relativos a la IA, de conformidad con el derecho internacional y en el ámbito de la evaluación del impacto ético, de la gobernanza y las administraciones éticas, la política de datos, el desarrollo y la cooperación internacional, el medio ambiente y los ecosistemas, el género, la cultura, la educación e investigación, la comunicación e información, economía y trabajo, y salud y bienestar social. Una de sus pretensiones es orientar las acciones de las personas, los grupos, las comunidades, las instituciones y las empresas privadas, a fin de asegurar la incorporación de la ética en

94 Véase el proyecto del texto en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379920_spa.page=15

95 “Proyecto de texto de la recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial”. Aprobado el 24 de noviembre del 2021, 15. UNESCO.

todas las etapas del ciclo de vida⁹⁶ de los sistemas de IA. En más, pretende proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, preservar el medio ambiente, garantizar la diversidad e inclusión, fomentar el diálogo multidisciplinario y pluralista entre las múltiples partes interesadas y promover el acceso equitativo a los avances y conocimientos en el ámbito de la IA⁹⁷. Para ello, fija unos principios como la proporcionalidad y la inocuidad, seguridad y protección, equidad y no discriminación, sostenibilidad, derecho a la intimidad y protección de datos, supervisión y decisión humanas, transparencia y explicabilidad, responsabilidad y rendición de cuentas, sensibilización y educación, gobernanza y colaboración adaptativas y de múltiples partes interesadas⁹⁸.

Para lograr estos objetivos, la UNESCO propone a los Estados establecer marcos de evaluación del impacto (y del impacto ético), medidas adecuadas de prevención, atenuación y seguimiento de los riesgos, aplicar medidas de vigilancia de las etapas del ciclo de vida de los sistemas de la IA y adoptar un marco regulador que establezca un marco de procedimiento para que las autoridades públicas hagan evaluaciones del impacto de la IA (auditabilidad, trazabilidad y explicabilidad). Tales mecanismos de gobernanza deben ser inclusivos, transparentes, multidisciplinarios y multilaterales. Anima a los Estados a velar para que investiguen y reparen los daños ocasionados por la IA, y sugiere una gobernanza “blanda”⁹⁹ (certificación para los sistemas de IA y el reconocimiento mutuo de su certificación, auditoría de sistemas, datos y cumplimiento de directrices éticas)¹⁰⁰. La UNESCO insta a los Estados Miembros y a todas las demás partes interesadas a respetar, promover y proteger los valores, principios y normas éticos relativos a la IA que se establecen en la Recomendación y a adoptar todas las medidas posibles para darles efecto.

96 El ciclo de vida incluye la investigación, concepción, desarrollo, despliegue, utilización, mantenimiento, funcionamiento, comercialización, financiación, seguimiento, evaluación, validación, fin del uso, desmontaje y terminación.

97 UNESCO, “Proyecto de texto de la recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial”, 18-23.

98 UNESCO, “Proyecto de texto de la recomendación sobre...”, 23-28.

99 Con esta expresión, se deduce que la UNESCO avala el “soft-law”. Efectivamente, el original en inglés se refiere a “forms of soft governance” (56), 26.

100 UNESCO, “Proyecto de texto de la recomendación sobre...”, 28-29.

Lo anterior constituiría el primer paso hacia una normativa estándar sobre la IA de ámbito global y que afecta a 193 Estados miembros (entre ellos EE.UU., China y la UE) y 11 asociados. Al tratarse de recomendaciones, consideraciones éticas y avalar el “soft-law” y el sistema de certificaciones y evaluaciones, carece de carácter vinculante, si bien es una base o guía para que los Estados adopten estos principios y se erige en el paso preliminar en pro de la estandarización normativa. Del texto se deduce que la UNESCO ha adoptado el “principio de cautela”, que como sostiene Susan Schneider¹⁰¹ es la base de muchos tratados y declaraciones en la protección medioambiental, el desarrollo sostenible, la seguridad alimentaria y la salud.

6. CONCLUSIONES

A pesar de las recomendaciones y el principio de cautela adoptado por la UNESCO para sentar unas bases éticas globales y estándares sobre la IA, el examen de los distintos estadios y fases en los que se encuentra la regulación de la IA, conduce a pensar que un tratado internacional y global sobre esta tecnología de alto riesgo, aún está lejano en el tiempo, y que la gobernanza requerirá unos esfuerzos legislativos y alianzas que, a día de hoy, son inabarcables debido al alto número de *stakeholders* implicados y el extenso ecosistema social y tecnológico en el que se está implantando la IA (industria, medicina, empleo, armas autónomas, vehículos autónomos).

Aunque la IA es una tecnología emergente y sus futuras implicaciones son desconocidas, diversos autores recomiendan aplicar el bloque normativo en materia de Derechos Humanos de la ONU para regular su colisión con derechos fundamentales como la privacidad, la no discriminación o la intimidad. La UE está abordando la legislación de la IA de forma sectorial y concretando los altos riesgos de la tecnología, mientras que EE.UU. y China intentan extender sus estándares a sus respectivos socios y clientes, en una confrontación entre un

101 Susan Schneider, *Inteligencia Artificial. Una exploración filosófica sobre el futuro de la mente y la conciencia*. (Badalona: Ediciones Kôan, 2021), 92.

modelo democrático liberal y uno tecnosocialista. Los intentos de legislación estatal oscilan entre el modelo de Singapur, orientado a las certificaciones de calidad de las empresas, y otras iniciativas como las de Finlandia, California o Wyoming, que regulan aspectos concretos de la privacidad y la IA y las criptomonedas.

Nos alineamos con Yannick Meneceur en su tesis de que, probablemente, la IA es tan compleja e invasiva que exigirá el diseño de una nueva arquitectura legal pues la existente corre el riesgo de quedar obsoleta, con graves consecuencias. El problema del control de la IA tendrá que abordarse de forma global, en una gobernanza de la ONU o mediante tratados internacionales sectoriales, como propone Themistoklis Tzimas, y estándares. Sin una intervención decidida del Derecho Internacional o de la ONU, todo apunta a que la legislación sobre IA, se dividirá en dos bloques legales: el democrático y el de la sociedad de la vigilancia, sin perjuicio de que, en el futuro, puedan suscribirse acuerdos o tratados internacionales sobre armas autónomas (AWS). El primer avance para adoptar un marco legal y global sobre la IA procede de la UNESCO, que ha aprobado una recomendación sobre la ética de la IA en la que insta a los Estados miembros a que la apliquen con medidas legislativas, de conformidad con el Derecho Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁰², y avala el uso de la *soft-law* para la IA. Es un primer avance hacia una normativa global, aunque la UNESCO orienta, guía y remite a los Estados miembros para que adopten las medidas que consideren oportunas (lo que puede dar lugar a picaresca como el llamado *ethical-washing*). De modo que, en puridad, no estamos ante un texto vinculante, salvo que interpretemos que la recomendación de la UNESCO ha de considerarse como *ius cogens* y, por tanto, un mandato superior en la jerarquía jurídica de los Estados miembros.

102 UNESCO, "Proyecto de texto de la recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial", 18-19.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFÍA

- Baldwin, Richard. *La convulsión globótica. Globalización, robótica y el futuro del trabajo*. Barcelona: Antoni Bosch, 2019.
- Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva normalidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- Casilli, Antonio A. *Esperando a los robots*. Madrid: Punto de Vista Editores, 2021.
- Castets-Renard, Céline. *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*. Colección “Droit de l'Union européenne. Manuels”. Bruselas: Editorial Bruylant, 2020.
- Crawford, Kate. *Atlas of AI*. New Haven y Londres: Yale University Press, 2021.
- Fernández Carballo-Calero, Pablo. *La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- Figueres, Christiana y Rivett-Carnac, Tom. *El futuro por decidir. Cómo sobrevivir a la crisis climática*. Madrid: Debate. Penguin Random House Grupo Editorial, 2021.
- F. González, Claudio. *El gran sueño de China. Tecno-socialismo y capitalismo de Estado*. Madrid: Editorial Tecnos. Grupo Anaya, 2021.
- Kaplan, Jerry. *Inteligencia Artificial. Lo que todo el mundo debe saber*. Zaragoza: Teell Editorial, 2017.
- K-F, Lee. *Superpotencias de la inteligencia artificial*. Barcelona: Ediciones Deusto, 2018.
- Meneceur, Yannick. *L'intelligence artificielle en procès*. Bruselas: Bruylant, 2020.
- Moreno, Luis y Pedreño, Andrés. *Europa frente a EE.UU. Y China. Prevenir el declive en la era de la inteligencia artificial*. Autoeditado en Amazon, 2020.
- Noble, Safiya Umoja. *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*. Nueva York: New York University Press, 2018.
- O'Neil, Cathy. *Armas de destrucción matemática*. Madrid: Capitán Swing, 2016.
- Pasquale, Frank. *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*. Cambridge (MA) y Londres: Harvard University Press, 2015.
- Schneider, Susam. *Inteligencia Artificial. Una exploración filosófica sobre el futuro de la mente y la conciencia*. Badalona: Ediciones Koan, 2021.
- Tzimas, Themistoklis. *Legal and Ethical Challenges of Artificial Intelligence from an International Law Perspective*. Cham (Suiza): Springer, 2021.

- Vega Iracelay, Jorge J. "Inteligencia artificial y derecho: principios y propuestas para una gobernanza eficaz". *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, segunda época, segundo semestre, número 5, 2018.
- Véliz, Carissa. *Privacy is Power: Why and How You Should Take Back Control of Your Data*. Oxford: Transworld. Corgi Books, 2020.
- Webb, Amy. *Los nueve gigantes*. Barcelona: Península, 2021.
- Zuboff, Shoshana. *La era del capitalismo de vigilancia*. Barcelona: Paidós. Editorial Planeta, 2020.

ARTÍCULOS *ON LINE* Y CONGRESOS

- Scot Tanner, M. "Nueva ley de inteligencia nacional de Beijing: de la defensa a la ofensa", *Lawfare*. 20 de julio de 2017. Sitio web: <https://www.lawfareblog.com/beijings-new-national-intelligence-law-defense-offense>. Visto el 20 de mayo del 2021.
- Curto Díaz, Josep. "Luces y sombras de la nueva ley europea sobre inteligencia artificial ¿Qué pasa con los neuroderechos o la propiedad intelectual? Los cabos sueltos de la nueva legislación". 14 de julio de 2021. UOC. Ver link: <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2021/192-ley-europea-inteligencia-artificial.html>
- Masseno, M.D. "Cuando los Consumidores Europeos Contratan Teniendo Enfrente Sistemas de IA". Instituto Politécnico de Beja (Portugal). (Conferencia en el Congreso Internacional Hispano-Luso e Iberoamericano "Sociedad Digital y Derecho Civil" organizado por la Universidad de Granada, 2021). <https://sociedad-digital.es/>

ENRIQUE VÁZQUEZ PITA
Doctorado de Ciencias Sociales y Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia
evazquez56@alumno.uned.es
<https://orcid.org/0000-0001-5541-9835/>



LA PROTECCIÓN DE LAS CREACIONES DE LA INTELIGENCIA¹

THE PROTECTION OF THE CREATIONS OF INTELLIGENCE

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA²

Universidad de Extremadura

Recibido: 14/09/2021

Aceptado: 18/11/2021

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la necesidad de proteger las creaciones de la inteligencia, que se manifiesta, de un lado, en la tutela de la propiedad industrial y, de otro, en la defensa de los derechos de autor. Como cuestión previa a una respuesta rigurosa sobre los modos de protección, se impone la necesidad de analizar la naturaleza jurídica de estas dos clases de propiedades especiales. Con la propiedad industrial se trata de proteger las creaciones del intelecto humano encaminadas a fomentar el progreso técnico, que redundan en el bienestar social de un país. Los derechos de autor tienen por objeto la protección de las creaciones estéticas, científicas o musicales que sirven para satisfacer

¹ Con ligeras modificaciones, el texto del presente artículo se corresponde con la Lección Inaugural pronunciada por el autor el día 3 de septiembre de 2021 en la Solemne Apertura del Curso 2021/2022 en la Universidad de Extremadura.

² José Antonio Vega Vega es Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Extremadura. Cuenta con cinco sexenios de investigación de la ANECA. Se ha formado, entre otros países, en Alemania, Francia e Italia, donde ha ejercido también la docencia. Es autor de más de doscientas publicaciones jurídicas de su especialidad. Ha recibido, entre otros, los siguientes premios: San Raimundo de Peñafort a la excelencia jurídica, Becario distinguido del MEC, Premio Propiedad Intelectual 2019, Trayectoria Docente de Excelencia de a UEx 2020.

necesidades ideales de la humanidad. Se analiza, por último, el plagio como la principal infracción de los derechos de autor.

Palabras clave: Propiedad Industrial, Patentes, Marcas, Diseños Industriales, Propiedad Intelectual, Autor, Plagio.

ABSTRACT

This paper addresses the need to protect the creations of intelligence, which manifests itself, on the one hand, in the protection of industrial property and, on the other, in the defense of copyright. As a question prior to a rigorous response on the modes of protection, it is necessary to analyze the legal nature of these two classes of special properties. With industrial property, it is about protecting the creations of the human intellect aimed at promoting technical progress, which result in the social welfare of a country. Copyright is intended to protect aesthetic, scientific or musical creations that serve the ideal needs of humanity. Lastly, plagiarism is analyzed as the main copyright infringement.

Keywords: Industrial Property, Patents, Trademarks, Industrial Designs, Copyright, Author, Plagiarism.

Sumario: 1. Preliminar. 2. Propiedad industrial versus propiedad intelectual: 2.1. Cuestiones terminológicas; 2.2. Sus diferentes naturalezas jurídicas; 2.3. La índole de los derechos protegidos. 3. Evolución de la protección jurídica de las creaciones de la inteligencia: 3.1. Génesis y desarrollo; 3.2. El reconocimiento de la propiedad intelectual e industrial como auténtico derecho en España. 4. La protección de las creaciones de la inteligencia como derecho fundamental. 5. La protección del derecho de autor: 5.1. Premisas; 5.2. Análisis del plagio como una de las formas más graves de ataque a los derechos de autor; 5.2.1. Planteamiento introductorio. 5.2.2. Aproximación al concepto de plagio; 5.3. El bien jurídico protegido. 6. Delimitación positiva de las conductas plagiarias. 7. Delimitación negativa. Diferencia con otras figuras: 7.1. El llamado autoplagio; 7.2. La hipótesis del plagio inverso y las cover versions; 7.3. Utilización de escritores fantasmas (ghostwriters). 8. Influencia de los límites del derecho de autor en el plagio. 9. Recapitulación. Referencias bibliográficas.

1. PRELIMINAR

Las creaciones originales del intelecto humano, referidas tanto al ámbito de lo literario o artístico como a la innovación tecnológica, se han venido reconociendo desde antiguo como matrices culturales de cada época. Su protección por el ordenamiento jurídico es más reciente³.

La expresión propiedad intelectual es polisémica. Alberga distintos significados. En nuestros días se utiliza con carácter general para identificar el conjunto de bienes intangibles incluidos en los derechos de autor y en la propiedad industrial. Y, aunque el proceso histórico-cultural de las instituciones jurídicas es rico y profuso, en modo alguno podemos asimilarla a una especie de dominio. No es siquiera un único derecho, sino que se trata de un conjunto de facultades unidas por ciertos elementos comunes⁴.

Los institutos de la propiedad intelectual e industrial han tenido una evolución paralela. Sin embargo, si queremos hacer una semblanza histórica, hay que tomar como referencia la evolución del derecho de autor, que fue la institución que de forma primigenia dio cobertura jurídica a las obras del ingenio⁵.

La propiedad industrial se ocupa de las innovaciones encaminadas a fomentar el progreso técnico; esto es, las que sirven para satisfacer necesidades materiales de la humanidad. Las creaciones industriales impulsan el progreso social y económico dentro de un mercado de libre competencia. Las empresas deben desenvolverse en ámbitos de producción económica masiva y estandarizada que demandan nuevos modelos productivos. En sentido amplio, la propie-

3 Pretender que la tutela de la propiedad intelectual es un hecho remoto constituye un error cronológico y contribuye a desconocer el devenir de la historia. Al respecto puede verse Marie-Claude Dock, "Genesis y evolución de la noción de propiedad literaria". *Revue internationale du droit d'auteur*, número especial *Histoire internationale du droit d'auteur des origines à nos jours* LXXIX (enero 1974): 126.

4 Antonio Amor Fernández, *La propiedad industrial en el Derecho Internacional* (Barcelona: Nauta, 1965), 9 y 10.

5 Puede estudiarse de una forma más detenida la evolución de la protección de las obras del ingenio en nuestras monografías José-Antonio Vega Vega, *El plagio como infracción de los derechos de autor* (Madrid: Reus, 2018), 13-31, y *Protección de la propiedad intelectual* (Madrid: Reus, 2002), 25-77.

dad industrial está encaminada a potenciar la actividad inventiva para estimular la incidencia positiva de los nuevos conocimientos⁶.

La protección de la innovación pilota sobre tres bases: novedad, actividad inventiva y aplicación industrial. El presupuesto principal para patentar un invento es que merezca la consideración de obra original o novedosa frente a cualquier creación industrial preexistente, esto es, frente al estado de la técnica. Pero, además, para que tenga relevancia jurídica, debe tener un carácter creador, fruto del talento, inspiración o ingenio humano, de ahí que no se protejan los descubrimientos, porque ya están en la naturaleza y no responden a ningún esfuerzo inventivo. La creación, por último, debe tener una dimensión práctica; es decir, debe servir para satisfacer necesidades materiales.

Las creaciones literarias, artísticas o científicas, por su parte, tienen un contenido ideal y estético, de manera que los productos que se cobijan bajo esta categoría jurídica están dirigidos a satisfacer necesidades contemplativas e inmateriales de la persona humana. La propiedad intelectual ampara derechos expresados de forma ideal que se reconocen o disfrutan a través de soportes materiales en los cuales se representan⁷. Es el *corpus mysticum* sobre el *corpus mechanicum*. Cuando se disoció la parte ideal de la obra literaria o artística del soporte material, comenzó a individualizarse la propiedad intelectual, ya que antes se consideraba que obra y soporte constituían un único bien.

Para tener una idea más clara del alcance de ambos tipos de creaciones, analizaremos brevemente las diferencias entre ambas instituciones.

6 Raffaele Simone, *La tercera fase: formas de saber que estamos perdiendo* (México: Taurus, 2001), 137.

7 Para un análisis de los presupuestos de la propiedad intelectual con un cierto carácter crítico, puede consultarse N. Stephan Kinsella, *Contra la propiedad intelectual* (Madrid: Unión Editorial, 2019), 13 ss.

2. PROPIEDAD INDUSTRIAL VERSUS PROPIEDAD INTELECTUAL

2.1. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

Las consideraciones léxicas nos permiten hacer algunos distinguos aclaratorios sobre los conceptos de propiedad intelectual y propiedad industrial. A las facultades cobijadas bajo estos institutos se les denomina propiedades. En principio, no se nos antoja muy preciso tal rótulo. En efecto, el instituto del dominio tiene un contenido hondamente material o patrimonial, lejos del sentido ideal de muchas facultades contenidas en los derechos de autor e inventor⁸.

Esta inadecuación terminológica ha llevado a algún sector doctrinal a buscar otros nombres⁹. También en la jurisprudencia española se encuentra algún caso aislado que ha querido innovar en la cuestión terminológica¹⁰. A pesar de ello, últimamente es persistente la actitud del legislador en la utilización del rótulo propiedad intelectual e industrial.

En el ordenamiento jurídico español la utilización de apellidos diferencia- dores -intelectual e industrial- deja clara la diferente naturaleza jurídica de estos institutos. Pero en el orden internacional ambas facultades suelen cobijarse bajo el rótulo general de propiedad intelectual (*lato sensu*). Así acontece, por ejemplo, en el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de la OMC¹¹, y en la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO), encargada de gestionar el registro de marcas y dibujos y modelos.

8 Puede verse sobre este significado: Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France* (3ª ed., Paris: Dalloz, 1979, 234 y ss. y 182 ss.; Leonello Leonelli, "Tutela penal del diritto di autore", *Il Diritto di Autore*, 1 (1961): 502 ss.; Stig Strömholm, *Le droit moral d'l'auteur*, I (Stockholm: Norstedt & Söner Förlag, 1967), 35 y ss.; Vega Vega, *Protección...*, 90-94.

9 Calixto Valverde, *Derecho civil de España*, II (Madrid: Ed. Cuesta, 1925), 131 y ss., popuso propuso la denominación de "monopolios de derecho privado"; Sigfrido Radaelli y Carlos MOUCHET, orientándose por el pensamiento del jurista belga Edmond PICARD, se inclinaron por la expresión derechos intelectuales. Sobre el particular puede verse Evelio Sánchez Arroyo, "La protección penal del derecho de autor" (tesis doctoral, Universidad Complutense), 5.

10 Cfr. STS de 30 mayo 1989, ponente L. Vivas Marzal.

11 Anexo 1C del *Acuerdo* de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994.

Aunque aceptemos utilizar distinto apellido para nombrar estas facultades, hemos de convenir que tampoco los sobrenombres son muy precisos, pues hay que admitir que en la invención también interviene el ingenio y la inteligencia del hombre.

Por todo ello -y es una opinión personal- sería más adecuado reservar el rótulo de derecho de autor a la que hoy suele denominarse propiedad intelectual, expresión aquella que se encuentra en muchas leyes del Derecho comparado (Alemania, Bélgica, Portugal, Italia, Cuba), y que ya utilizaron algunas legislaciones o convenciones antiguas¹². Ello, pese a que el legislador español ha optado casi siempre por la denominación de propiedad intelectual, criterio que se siguió en la Constitución de 1978 y en la LPI de 1987, y que continúa subsistente en el texto refundido de 1996¹³. Por su parte, el rótulo propiedad industrial se reservaría para las creaciones industriales (patentes y diseños). Los signos distintivos y los nombres de dominio se encuadrarían dentro del Derecho de la competencia. De esta forma, la denominación propiedad intelectual (*sensu lato*) englobaría todas las instituciones anteriores, de conformidad con lo que se está imponiendo en el orden internacional y en la legislación de la Unión Europea.

Es cierto que la nomenclatura que acabamos de exponer también podría ser objeto de reparos, pero no es el momento ni el lugar para extendernos en este análisis, por lo que nos limitaremos a dejar constancia de las dificultades de alcanzar una opinión unánime en cuestiones de léxico¹⁴.

2.2. SUS DIFERENTES NATURALEZAS JURÍDICAS

A pesar de la similitud terminológica entre propiedad intelectual y propiedad industrial, lo que ha hecho que tradicionalmente se les trate como institu-

12 Por ejemplo, el Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886 se inclinó por la expresión derechos de autor.

13 Únicamente el Código Penal en la reforma de 1963 utilizó la expresión infracción de los “derechos de autor” en su artículo 534, rótulo que desapareció en el vigente Código Penal de 1995.

14 Véase José-Antonio Vega Vega, *Derecho de Autor* (Madrid: Tecnos, 1990), 29-31.

ciones siamesas, hemos de significar que son categorías bastante diferentes desde el punto de vista de su naturaleza jurídica.

La propiedad intelectual tiene una esencia y una existencia más estática, en tanto que la propiedad industrial es más dinámica. Podríamos hablar de propiedad estática frente a propiedad dinámica. O, lo que es lo mismo: la creación intelectual pertenece al mundo de la estética o de la cultura, y la creación industrial al mundo de la técnica o de la industria¹⁵.

Así, cuando decimos que las obras del ingenio con fondo artístico, literario o científico se caracterizan por su “estaticidad”, estamos dando a entender que son más aptas para ser disfrutadas de forma contemplativa, sin necesidad de una acción material del destinatario; en otras palabras, son creaciones que vienen a colmar necesidades estéticas, psicológicas, ideales o meramente culturales, frente a la dinamicidad de los resultados de las obras de los inventores, que tienen un sentido más práctico e industrial, y que sirven sobre todo para satisfacer necesidades materiales.

En suma, la propiedad industrial, desde el punto de vista del destinatario o consumidor, tiene un carácter pragmático y técnico, en cuanto que colma principalmente exigencias físicas o materiales del ser humano, en tanto que la propiedad intelectual, con un carácter más contemplativo, atiende a la satisfacción de necesidades ideales o inmateriales¹⁶.

Con esta precisión es fácil entender que, en lo que respecta a la naturaleza jurídica, el derecho de autor se apoye en principios distintos a los de la propiedad industrial. Por nuestra parte, y con el exclusivo propósito de no extendernos en cuestiones dogmáticas, diremos que somos partidarios de la teoría denominada “monismo integral”¹⁷. Esta concepción se fundamenta en la idea de que en el derecho de autor no se produce la concurrencia de un conglomerado

15 Sobre la naturaleza de los bienes inmateriales puede verse Maria-Adalgisa Caruso, *Tem di diritto dei beni immateriali e della concorrenza* (Milano: Giuffrè, 2011), 103-104.

16 Evelio Sánchez Arroyo, “La protección...”, 6-7.

17 Vid. Paolo Greco y Paolo Vercellone, *Tratatto di diritto civile italiano*, III, 11^a ed. (Milano: Giuffrè, 1974), 40 y ss.

diverso de facultades de carácter económico e ideal, sino la existencia de una combinación inescindible de poderes de la personalidad con otros de carácter patrimonial. De ahí que la obra intelectual únicamente pueda valorarse teniendo en cuenta su doble aspecto de criatura espiritual y de bien económico, perteneciente como tal a la categoría de bien inmaterial¹⁸.

De conformidad con estas premisas podemos concluir que el derecho de autor es un bien inmaterial de naturaleza *sui generis* y, por tal motivo, la denominación de propiedad no resulta muy adecuada, por cuanto al asimilarlo al concepto genérico de dominio olvidamos que el derecho de autor tiene una doble vertiente simbiótica. En efecto, de un lado, se contemplan los derechos morales del autor, como manifestación de la personalidad concreta de la persona física¹⁹. Y, de otro, existen una serie de facultades de índole patrimonial que permite al titular disfrutar exclusivamente, como derecho económico, de los frutos de su propio ingenio, extensible, claro es, a sus causahabientes.

Las creaciones industriales también pertenecen a la categoría de bienes inmateriales²⁰. Pero su alcance y finalidad son distintas. Las facultades ínsitas en este instituto son de naturaleza moral en ínfima medida, pues prácticamente solo podemos calificar como tal el derecho a ser mencionado como inventor en una patente (art. 14 de la Ley de Patentes). Estas apreciaciones nos llevan a concluir que, mientras en el derecho de autor existen facultades patrimoniales y morales, en las invenciones industriales casi todas sus prerrogativas son de ín-

18 Para un análisis de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, véase José-Antonio Vega Vega, *Protección...*, 95-105.

19 Siempre con las reservas de considerar a la persona física como único ser con capacidad creadora, ya que en la actualidad se discute sobre la posible existencia de esta capacidad en los ingenios robotizados.

20 Cfr. Wolfgang Bernharde y Rudolf Krasser, *Lehrbuch des Patentrechts* 4^a ed. (München: Beck CH, 1993.), 23 ss.; Hermenegildo Baylos Corroza, *Tratado de Derecho Industrial*, 3^a ed. (Madrid: Civitas, 2009), 20 ss.; Manuel Díez de Velasco, "Concepto de la propiedad industrial", *Estudios e Informes sobre Propiedad Industrial* (1977): 17 ss.; Carlos Roge Vide, "Diseños, propiedad intelectual y propiedad industrial", en *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, II (Madrid: Reus, 2006), 51-75.

dole económica, primando por tanto el contenido patrimonial, habida cuenta que nacen fundamentalmente para ser explotadas en el mercado²¹.

Los derechos ínsitos en las creaciones industriales tienen una naturaleza compleja. En primer lugar, hay que significar que son bienes inmateriales de uso o explotación exclusiva que participan de la naturaleza de bien económico y que el titular puede defender *erga omnes* (cfr. arts. 59 ss. de la Ley de Patentes; arts. 34 ss. de la Ley de Marcas; arts. 45 ss. de la Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial). En segundo lugar, poseen la peculiaridad de tener varios ámbitos de protección: la norma jurídica tutela prioritariamente el interés individual de los titulares de estos derechos como reconocimiento a su esfuerzo investigador, pero también se dispensa protección a los consumidores, a fin de preservar su derecho a elegir libremente bienes en el mercado. Y, en tercer lugar, con las normas jurídicas se tutela asimismo el orden socioeconómico, en el que se encuentra el propio interés del Estado en mantener un régimen de libre competencia como instrumento necesario para impulsar la innovación tecnológica, elevar el nivel de competitividad de la economía y buscar la eficiencia del mercado, fines que a la postre sirven para procurar el progreso social y el bienestar económico.

2.3. LA ÍNDOLE DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS

Los derechos de propiedad industrial e intelectual de contenido patrimonial tienen la nota común de ser temporales. La justificación de la temporalidad tiene más razón de ser en la propiedad industrial que en los derechos de autor, ya que, de un lado, es más conveniente que el progreso técnico o industrial no permanezca *ad perpetuum* en manos de un particular, pues así el paso al dominio público permitirá disfrutar a toda la sociedad de esos avances. Y, de otro, porque muchas invenciones, una vez transcurrido cierto tiempo, quedan obsoletas, razón por la que una tutela perpetua o de larga duración resulta totalmente innecesaria.

²¹ Puede verse: M. Van Empel, *The Granting of European Patents* (Leyden: A.W. Sijthoff, 1975), 33 ss.

Los derechos de explotación de ambos institutos son enajenables. Los de propiedad industrial pueden transferirse o cederse de forma definitiva o temporal por todos los medios que el ordenamiento jurídico reconoce (cfr. art. 46 LM, arts. 83 y ss. LP y arts. 45 ss. LPJDI). En la transmisión de los derechos de autor se contemplan ciertas limitaciones legales en cuanto al tiempo y ámbito territorial de explotación (ver arts. 43 ss. texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). Los derechos morales de los autores no son enajenables, al ser inembargables e imprescriptibles en determinados casos (cfr. arts. 26 ss. LPI).

La propiedad industrial, a diferencia de los derechos de autor, conlleva el deber jurídico de explotar las facultades que el ordenamiento jurídico reconoce, habida cuenta el carácter de utilidad que tienen para la sociedad²² (ver arts. 90 LP, 39 LM y 71 LPJDI), así como la obligación de pagar tasas (art. 32 LM, arts. 47, 108 y 182 LP y art. 44 LPJDI). En la existencia de estos deberes o cargas se diferencia la propiedad industrial de los derechos de autor, dado que estos últimos no comportan ninguna obligación de pagar tasas o de explotar, ni se pierden por tanto por el no uso, protegiéndose incluso el derecho moral a la no divulgación de la obra (art. 14-1º LPI).

Dada la importancia y complejidad de las facultades que se cobijan bajo estos bienes inmateriales²³, a lo largo de la historia, y en consonancia con las ideas imperantes en cada país, se ha procurado favorecer la tutela jurídica de ambos institutos. Del análisis del desarrollo legislativo se observa que ambas categorías jurídicas en muchos aspectos han ido parejas.

22 Gert Kolle, "Technik, Datenverarbeitung un Patentrecht", *Gewerlicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1997): 58 y ss.

23 Para indagar en la compleja naturaleza jurídica de las instituciones de la propiedad industrial e intelectual puede verse: Guillermo Cabanellas, "La propiedad intelectual y la teoría de los derechos de propiedad. Observaciones críticas", en *Revista General del Derecho*, núms. 544-545 (enero-febrero 1990): 299-305.

3. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS CREACIONES DE LA INTELIGENCIA

3.1. GÉNESIS Y DESARROLLO

No podemos remontarnos más allá de la Grecia y Roma clásicas para hacer una *excursus* sobre la evolución de la tutela jurídica de los derechos de autor y de propiedad industrial²⁴. La doctrina enfrenta sus posturas en la idea de que pudiera haberse conocido estos derechos en la antigüedad helenística y latina²⁵. Podemos afirmar que, a lo sumo, en esos periodos se comienza a tomar conciencia de la particularidad de la creación autorial y se reconoce el aporte individual de los creadores²⁶. Por ende, la tesis más defendible es la que se inclina a pensar que en el Derecho antiguo no existió un auténtico reconocimiento de estas facultades, sino únicamente con carácter parcial o anecdótico²⁷.

En el período clásico la difusión de obras literarias o artísticas estaba reservada en un principio a sacerdotes y militares, quienes se preocupaban de la propagación de las artes y de las letras. El escritor o artista que deseaba difundir su obra debía contratar los servicios de un bibliópola o valerse de esclavos para reproducirla²⁸. Pero en la mayoría de los casos los creadores se veían obligados a vivir bajo la protección de sus mecenas²⁹. En suma, en las culturas clásicas

24 Algunos estudiosos plantean la existencia de una defensa antigua de la individualización de los autores. Casos como la atribución de obras a Homero o la defensa de la autoría que hacía el poeta Teognis (583-500 a. C.), no son sino meros testimonios aislados que no demuestran que funcionase la relación autor-texto como máxima garantía de coherencia y autenticidad textual. Sobre la reivindicación temprana de la autoría en el mundo helénico puede verse Kevin Perromat Augustin, "El plagio en las literaturas hispánicas. Historia, Teoría y Práctica" (tesis doctoral, Université de Paris-Sorbonne, 2010), 27-32.

<http://www.bibliotecagonzalodeberceo.com/berceo/perromat/plagio.htm>

25 Cfr. Marie-Claude Dock, "Génesis et évolution...", 130 ss.

26 Marie-Claude Dock, "Génesis et évolution...", 158.

27 *Videri* Paul Olganier, *Le droit d'auteur*, I, (Paris: Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1934), 19.

28 A este respecto, contemplamos el ejemplo histórico de cómo Terencio vendió el "Eunuco" o cómo Estacio enajenó su "Adalga". Esto nos da a entender que, aunque no existiese la imprenta, las cuestiones sobre derechos de autor pudieron muy bien surgir cuando se difundían y propagaban las obras por medio de copias manuscritas, extremo que se pone de relieve en diversos textos de Quintiliano y Marcial, acreditadores de que no pasaban desapercibidas esas relaciones en Roma.

29 La voz mecenas y las derivadas, como "mecenazgo", proceden del caso del poeta Publio Virgilio amparado por Mecenas.

existió un cierto mercado literario y artístico, así como una incipiente industria alrededor del libro, pero no existió una auténtica tutela de las obras del ingenio³⁰.

En cuanto a las creaciones técnicas, los inventores, que se desenvolvían casi exclusivamente en el ámbito bélico, estaban al servicio del Estado y vivían como mercenarios. La artesanía y el diseño industrial no tuvo una protección jurídica como tal, dado que estas producciones eran prácticamente para el autoconsumo o, a lo sumo, se producía un mercadeo a pequeña escala.

La Edad Media no ofreció un marco adecuado para el reconocimiento de la propiedad intelectual e industrial. El hombre culto del medievo vivía más preocupado por la vida de ultratumba que por la terrenal, por lo que solía retirarse a los monasterios. Mas en los monasterios no podía existir una defensa de la propiedad intelectual, y menos de la industrial, ya que la vida monacal suponía la renuncia a los bienes temporales, y el voto de pobreza no podía servir de estímulo para alcanzar derechos materiales³¹. El paciente monje, convertido en copista, erudito, filósofo y científico, iba transcribiendo manualmente las obras que la comunidad religiosa poseía. De este modo, las letras encuentran refugio en el silencio y recogimiento de los claustros³². La abadía se convierte en la salvaguarda de la cultura y, por ende, de la propiedad intelectual³³. Los monasterios, más preocupados por la vida contemplativa que de actividad, no eran tampoco el lugar adecuado para que floreciera la invención industrial, a lo sumo se conservaban y copiaban libros antiguos sobre ciencias de la naturaleza o relativos a la construcción de algunos inventos, especialmente máquinas de guerra.

Con la pacificación europea surgen nuevos núcleos de sabiduría: las universidades. Con ellas las letras y las ciencias comienzan una etapa de expansión. El ingenio del hombre no descansa, y fruto de ello es el descubrimiento del papel en 1440. Este evento condiciona la invención de la imprenta en 1450, que ni

30 Eugène Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique* (Paris: Hachette Livre, 1908), 21.

31 Manuel Dánvila Collado, *La propiedad intelectual* (Madrid: Imprenta de la Correspondencia de España, 1882), 43.

32 Cfr. Marie-Claude Dock, "Génese et évolution...", 57.

33 Véase José-Antonio Vega Vega, *Protección...*, 228-29.

siquiera pudo ser registrada como invento industrial. Los nuevos factores, papel e imprenta, transforman las condiciones de la edición impresa y traerán consecuencias decisivas sobre la evolución del derecho de reproducción.

Los primeros signos de protección de la propiedad intelectual aparecen en los privilegios concedidos por los príncipes reinantes a los impresores y editores³⁴. Es el germen de lo que se ha denominado protección del derecho de autor, como reconocimiento de las facultades que pertenecen incuestionablemente al hombre en recompensa de su trabajo intelectual.

En la época medieval, en la que el ejercicio de la industria o el comercio no era considerado una actividad noble, no podía tener entidad la propiedad industrial. Hay que esperar al Renacimiento para que vea la luz el Estatuto de Patentes de Venecia, de 19 de marzo de 1474, considerado como el primer sistema de patentes, que redactado en dialecto veneciano permitía la concesión de patentes para cualquier dispositivo nuevo e ingenioso, siempre que fuera útil, principios estos (novedad, innovación y carácter práctico) que siguen siendo válidos en el Derecho de patentes.

Se ha considerado como la primera protección genérica del derecho de autor la Ley inglesa de 10 de abril de 1710 (*The Queen Ann's Law*), por la que se limitan temporalmente los derechos de reproducción de los editores y se reconoce a los autores tales derechos³⁵. Dinamarca reconoció los derechos de autor en una Ordenanza de 1741.

34 Viene considerándose como el inicio de estos privilegios el otorgado por el Senado veneciano en el S. XV a Juan de Spira para que pudiera imprimir y explotar una edición de las *Epístolas* de Cicerón, privilegio que se extiende después a la totalidad de las obras durante un plazo de quince años. Otros ejemplos los tenemos en las patentes imperiales y reales otorgadas al célebre editor Plantin en Anvers, o el permiso para imprimir concedido a Roland Furieux en 1554. Del mismo modo, en tiempos de Murillo, Velázquez, Van Dick, etc. se celebran contratos sobre pinturas y grabados para proteger los privilegios de su explotación (Cfr.: César-José Álvarez Romero, *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual* (Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1969), 16-18; Marie-Claude Dock, "Génese et évolution...", 163 y ss.; Pierre Recht, *Le droit d'auteur une nouvelle forme de propriété. Histoire et théorie* (Gembloux: Duculot, 1969) 26 y ss.; Carlos Rogel Vide, *Autores, coautores y propiedad intelectual* (Madrid: Tecnos, 1984), 24 ss.

35 El Queen Ann's Law vino a acabar con el privilegio real de 1557 establecido a favor de la Stationers Company, que ostentaba el monopolio de la publicación de libros en Inglaterra. La nueva ley limitaba el privilegio de los editores de explotar una obra a una duración temporal, y transcurrido el plazo pasaba a los autores, que podían explotar libremente sus obras. El ejercicio de acciones para

En Francia, tras el paréntesis del decreto del Consejo Real de 1761 por el que se reconocen privilegios a los herederos de un autor en lugar de al impresor, la Asamblea consagra la propiedad intelectual como un auténtico derecho en sendos Decretos de 13 y 19 de enero de 1791, sobre facultades de representación, y en el de 19-24 de julio de 1793, sobre derechos exclusivos de escritores, compositores de música, pintores, dibujantes, etc., a sus producciones, si bien con ciertos límites temporales. El Decreto de 5 de febrero de 1810 amplió los plazos de protección hasta los veinticinco años. Las campañas napoleónicas expandieron las ideas revolucionarias y difundieron la tutela jurídica de la entonces propiedad intelectual.

Los Estados Unidos de América amparan por vez primera el derecho de autor en el artículo 1º, sección 8ª de la Constitución de 1787, en el que se reconoce la facultad de estimular el desarrollo de las letras y artes y se establecen normativas en cuanto a su protección. La primera Ley federal data de 1790.

En Italia la primera regulación general sobre la materia se alcanza con un Decreto sobre privilegios en el año de 1603, el primero de su género, que ignora la existencia del autor y no reconoce más que el derecho del impresor; los privilegios que se conceden son temporales. El carácter de derecho perpetuo se alcanza durante el periodo que va desde 1780 a 1789.

La cuestión del origen de la protección del derecho de autor en Alemania es controvertida, pero, aunque se intenta hacer nacer la protección en el siglo XVIII, lo más acertado es pensar que no se produce hasta 1794, cuando se publica el Código civil, que reconoce derechos a los editores y autores. La primera Ley federal sobre derechos de autor es de 9 de noviembre de 1837³⁶.

Mediante Ley de 8-20 de enero de 1830, la URSS protege las obras literarias, las musicales por Ley de 1845, y las artísticas en el año 1847. Estas son las primeras leyes sobre la materia que se encuentran en la historia legislativa de lo que hoy es Rusia.

exigir daños y perjuicios requería el registro de la obra, aunque el derecho de autor seguía siendo válido.

36 Véase Pierre Recht, *La droit de 'auteur, une nouvelle...*, 23.

3.2. EL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL COMO AUTÉNTICO DERECHO EN ESPAÑA

En nuestro país suele considerarse como uno de los gérmenes de la protección de la propiedad intelectual la Real Orden de 20 de octubre de 1764, dictada por Carlos III, por la que se dispuso que "los privilegios concedidos a los autores no se extinguiesen por su muerte, sino que pasasen a sus herederos, y que a estos se les continuase el privilegio mientras lo solicitasen, salvo el caso de que se tratase de Comunidades o Manos Muertas". Del mismo rey es la Real Orden de 14 de junio de 1778, que confirma los privilegios otorgados en otras disposiciones anteriores y las completa al conceder privilegios a la Real Biblioteca, Universidades y a las Academias y Sociedades Reales para obras escritas por sus propios individuos en común o en particular³⁷. Esta forma de privilegios recuerda un tanto el carácter excepcional que las publicaciones de las universidades tuvieron desde los albores de su nacimiento³⁸.

Las ideas de la Ilustración penetraron en España con mayor intensidad a raíz de la Guerra de la Independencia. En Francia, a partir de 1791 se había reconocido que el derecho de autor tenía una naturaleza solemnemente jurídica. La Constitución o Estatuto de Bayona impuesto en 1806 para nuestro país aludía en su artículo 145 a la libertad de imprenta. El artículo 371 de nuestra Constitución de Cádiz de 1812 proclamó la libertad de todos los españoles a escribir e imprimir libros, y su artículo 131 se refería a la libertad de imprenta.

Los problemas constitucionales españoles aplazan el reconocimiento legal de los derechos de autor. Su aceptación se perfila por Decretos de las Cortes de

37 El privilegio pasaba a estas instituciones en el supuesto de que el actor o heredero beneficiados por el privilegio murieran sin haberlo podido o querido utilizar o, habiendo expirado el plazo de vigencia del mismo, dejaren transcurrir el término de un año sin solicitar prórroga u, otorgada esta, no usaren de ella tampoco en el tiempo que fijare el Consejo de Castilla

38 De Carlos III son, asimismo, una serie de disposiciones de carácter administrativo en relación con la cultura. A guisa de curiosidad, citaremos la Ley de agosto de 1783 y Cédula de 21 de octubre de 1783, sobre libertad de comercio de libros; Real Orden de 21 de junio y Cédula del Consejo de 1 de julio de 1784, en las que se reprodujo la prohibición de entrada de libros extranjeros sin licencia del Consejo. Referentes a papeles periódicos -prensa en general- son la Real Orden de 19 de mayo de 1785, que establece censura previa a publicación, y la Real Resolución de 2 de octubre de 1788, sobre reglas relativas a la publicación de periódicos. Sobre el particular puede verse José-Antonio Vega Vega, *Derecho de Autor*, 48-52.

Cádiz de 10 de noviembre de 1810, sobre la libertad de imprenta, y 10 de junio de 1813, sobre derechos de autor, que les concede una duración temporal.

Por el manifiesto de Valencia de 4 de mayo de 1814, Fernando VII declaró nulos los acuerdos de las Cortes de Cádiz, y el 5 de junio de 1817 restableció la legislación recopilada.

El Decreto de 10 de junio de 1823 contiene unas “Reglas para conservar a los autores la propiedad de sus obras”, en las que sin embargo latía aún un matiz de privilegio más que de derecho.

Poco a poco en el siglo XIX se va imponiendo la corriente codificadora y al principio es en los códigos penales donde mejor se protege la propiedad industrial e intelectual. El primer Código punitivo español de 1822, en su artículo 409, castigaba “a los que en perjuicio de tercero falsificaren las marcas, sellos y contraseñas de otra empresa española”, y el artículo 782, por su parte, penaba al que “para acreditar sus manufacturas o artefactos pusiera en ellos el nombre o la marca de otra fábrica y a cualquiera que turbare a sabiendas al inventor en el uso de la propiedad que concede la ley”³⁹.

Por Real Decreto de 27 de marzo de 1826 se regula la concesión de los denominados privilegios industriales, y se concedía a los titulares de tales derechos acciones para perseguir a los que usurparen su propiedad. Las consecuencias que establecía la norma era el comiso de las máquinas, utensilios y otros efectos, así como el pago de una indemnización de tres tantos más del valor de dichos bienes, todo lo cual se entregaría al titular.

Los códigos de 1848 y 1850, en sus idénticos artículos 446, penalizaban las infracciones de la propiedad intelectual e industrial dentro de la esfera de los

39 En el Código penal de 1822, la propiedad intelectual se protegía en el artículo 782, que castigaba con multa “de cuatro tantos del perjuicio causado” al que “turbare en el uso exclusivo de la propiedad que conceda o concediera la Ley al autor de escritos, composición de música, dibujos, pinturas o cualquiera otra producción impresa o grabada”. Disposiciones normativas tuteladoras de la propiedad intelectual son la Ley de propiedad literaria de 1823 y el Reglamento de Imprentas de 1834, así como la Ley de propiedad literaria de 10 de junio de 1847.

delitos patrimoniales en función del daño causado⁴⁰. Por su parte, entre las falsedades, el artículo 211 tipificaba la falsificación de sellos, marcas y contraseñas. En el Código penal de 1870 persiste la fórmula de los textos punitivos de 1848 y 1850, criterio que se mantendrá incólume en los posteriores de 1928 y 1932⁴¹.

El 30 de julio de 1878 se publica una ley, de naturaleza mixta (mercantil-penal), que reglamenta las patentes. En esta normativa se castigaba a los usurpadores de inventos y a los falsificadores de patentes con diversas penas, cuyo alcance se reservaba al Código penal. De esta ley merece mención especial el artículo 52, que exigía denuncia previa del agraviado para que pudiera ejercitar la acción el Ministerio Fiscal. Esta normativa estuvo vigente hasta 1902.

La Ley de 16 de mayo de 1902 sobre propiedad industrial y el Real Decreto-ley de 26 de julio de 1929, texto refundido y revisado por Orden de 30 de abril de 1930, conocido como el Estatuto de la Propiedad Industrial (EPI), contenían normas de carácter mercantil y penal sobre propiedad industrial. Las normas mercantiles marcan un nuevo periodo en la que se protege de forma específica, si bien imperfecta, institutos propios de la propiedad industrial, tales como las patentes y las marcas, regulación que, en algunos casos, como el diseño industrial, se mantiene vigente durante más de un siglo. Desde el punto de vista de la tutela penal, se tipificaban como figuras principales, respecto a patentes y marcas, la falsificación, la usurpación, la imitación y la competencia ilícita. La Real Orden de 28 de noviembre de 1925 reprime la competencia ilícita. El Decreto de 22 de mayo de 1931, elevado a rango legal por la Ley de 16 de septiembre de 1931, resolvió el problema de la duda sobre la vigencia de la Ley de 16 de mayo de 1902. La Orden de 6 de agosto de 1952 tuvo que aclarar el problema relativo a la protección temporal de los expositores que se regulaba en el título VIII del EPI.

40 El texto idéntico de los respectivos artículos 446 de los Códigos penales de 1848 y 1850 disponía: "Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 444, los que cometieran alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial". Remarquemos el uso del adjetivo "literaria", pese a que las leyes de la época ya habían adoptado la denominación de propiedad intelectual.

41 El art. 552 del Código punitivo de 1870 reiteraba: "Incurrirán asimismo en las penas señaladas en el artículo 550, los que cometieren alguna defraudación de la propiedad literaria o industrial". La penalidad que imponía referido art. 550 era de multa de arresto mayor, en sus grados mínimo y medio, y multa del tanto al triple del perjuicio que se hubiese irrogado.

En este periodo también son dignas de recordarse la Orden de 18 de noviembre de 1935 de los Ministerios de Agricultura, Industria y Comercio, que aclara el artículo 171 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 1930; la Orden de 8 de julio de 1936 del Ministerio de Industria, sobre rehabilitación de marcas caducadas, y los decretos de 3 de febrero de 1945, 26 de diciembre de 1947 y 14 de mayo de 1956, así como los Decretos-ley de 12 de abril de 1957 y 20 de septiembre de 1962, que modifican o aclaran determinados preceptos del Estatuto de la Propiedad Industrial. De necesaria mención son asimismo la Orden de 23 de julio de 1954, del Ministerio de Industria, que reguló el registro de marcas en España por ciudadanos de Estados Unidos, y el Decreto de 26 de septiembre de 1952, que instituyó la marca nacional de fabricación y calidad, así como el Decreto de 2 de octubre de 1954 sobre la marca de garantía.

En cuanto a los textos punitivos, digamos que el Código penal de 1944 continuó con la misma tónica de los precedentes: las infracciones contra el derecho de autor y la propiedad industrial se tipificaban en el artículo 533 como delitos de defraudación⁴². Los Códigos punitivos de 1963 y 1973 (hasta la reforma de 1987) siguen idéntico criterio en lo relativo a la propiedad intelectual e industrial, regulando las infracciones de tales derechos en el artículo 534, si bien se sustituye la expresión "cometer defraudación" por el verbo "infringir", que otorgó a dicho precepto un mayor radio de acción⁴³. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el precepto se configuró como ley penal en blanco, sin diversificar las distintas acciones delictivas, de tal manera que la tipificación representaba una clara inseguridad jurídica, al tener que integrar los tipos con las leyes de propiedad intelectual e industrial.

42 Cfr. José-Antonio Vega Vega, *Derecho de autor*, 64 y 65.

43 Las diferencias que separan al CP de 1963 del de 1944 son evidentes. El artículo 533 pasa a rotularse con el número 534, con innovaciones tales como: a) incremento de la cuantía de la sanción pecuniaria; b) creación de una nueva figura agravada, calificada por la reincidencia; c) incriminación dolosa, al exigir el tipo subjetivo de la infracción intencionada; y d) espiritualización del derecho de autor al tutelarse las facultades morales más nítidamente. Asimismo, desde el punto de vista sistemático se creó en el libro II, título XIV, capítulo IV una nueva sección, la tercera, para recoger los delitos contra los derechos de autor y la propiedad industrial, desgajándola de la sección de las "estafas y otros engaños", de conformidad con un criterio más avanzado de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual.

Resultó no obstante positiva la segregación que a partir de dichos códigos se hace entre las conductas lesivas de la propiedad industrial y las infracciones del derecho de autor, porque permitió establecer con más detalle los diferentes tipos penales. Un avance significativo se alcanza con el vigente Código Penal de 1995, que diferencia ya en secciones distintas ambas categorías de delitos (arts. 270 a 272 para las infracciones relativas a la propiedad intelectual, y artículos 273 a 277 para los delitos contra la propiedad industrial). Sin embargo, no es totalmente satisfactoria la regulación que se hace de estas infracciones al no haber tenido en cuenta el legislador la naturaleza especial de las mismas⁴⁴.

4. LA PROTECCIÓN DE LAS CREACIONES DE LA INTELIGENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

“La propiedad intelectual (*sensu lato*) está protegida como derecho fundamental en numerosos textos internacionales. Casi todos los ordenamientos nacionales la salvaguardan a nivel constitucional. El derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica también se reconoce y protege con ese carácter en nuestra Constitución [art. 20.1.b)]”⁴⁵.

Entre los textos internacionales que reconocen la propiedad intelectual como derecho fundamental está la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH)⁴⁶, la cual en su artículo 27.2 proclama: “Toda persona tiene derecho a la protección de intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”. Es claro que esta disposición no solo protege la facultad de crear, sino que eleva al rango de derecho fundamental los intereses morales y materiales sobre tales producciones.

44 Sobre el particular nos remitimos a nuestra obra José Antonio Vega Vega, “El plagio de las obras y los delitos contra la propiedad industrial”, en *Propiedad intelectual e industrial. Conexiones y puntos de encuentro*, coord. por Carlos Rogel (Madrid: Reus, 2018) 205 ss.

45 La protección jurídica del derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica la hemos analizado en nuestra monografía José Antonio Vega Vega, *Competencias estatales y autonómicas en materia de propiedad intelectual* (Madrid: Reus, 2020), 27-40.

46 La Declaración Universal de Derechos Humanos se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A), hecha en París el 10 de diciembre de 1948.

En concomitancia con la anterior normativa, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁴⁷, en el artículo 17.2, dentro del ámbito del reconocimiento del derecho de propiedad, y debido a la creciente importancia que va asumiendo el instituto, dispone de modo específico: “Se protege la propiedad intelectual”. Debemos convenir que, en este caso, aunque a la propiedad intelectual se la caracteriza de derecho fundamental, cabe la duda de si tal explicitación hay que entenderla como equivalente a un derecho humano o si lo que intenta significar es que se trata de una facultad que exige el general tratamiento y protección en todos los ordenamientos. Se suscita, asimismo, la pregunta de si aquí la expresión “propiedad intelectual” está utilizada en sentido amplio, es decir, como comprensiva de las facultades propias del derecho de autor y las de la propiedad industrial, o solo de las primeras. A nuestro modo de entender, aunque en el ordenamiento jurídico español la diferencia terminológica es bastante clara, en el orden internacional suele utilizarse el rótulo de “propiedad intelectual” en sentido lato, tal como ocurre, por ejemplo, en el Acuerdo ADPIC de la Organización Mundial del Comercio⁴⁸.

El artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) ratifica el reconocimiento de los derechos, libertades y principios enunciados en la CDFUE, también por ende se reconocen los derechos de propiedad intelectual. En concordancia con lo anterior, antes incluso de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, texto de Lisboa, nuestra Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio⁴⁹, ya disponía que, a tenor del artículo 10-2º de nuestra Constitución y el artículo 1.8 del Tratado de la UE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a

47 El texto vigente de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se aprobó en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007.

48 El Acuerdo ADPIC es el Anexo 1C del *Acuerdo* de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del *Comercio*, firmado en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994. También la UE camina en este sentido, el Reglamento (UE) 2015/2424, de 16 de diciembre de 2015, del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento sobre la marca comunitaria, ha cambiado el nombre de la oficina que registra la marca europea y de los modelos y dibujos industriales, que ahora pasa a llamarse Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO).

49 Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la CDFUE.

Asimismo, el artículo 17 de la CDFUE se corresponde con el artículo 1 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), texto de París de 20 de marzo de 1952⁵⁰, que protege también como derecho fundamental la propiedad privada.

En definitiva, la propiedad intelectual se contempla como un derecho fundamental en numerosos tratados internacionales suscritos por España, tratamiento que es común en un gran número de constituciones nacionales. Carácter que también han consagrado numerosos fallos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el primer de ellos en la Sentencia del caso Hauer, de 13 de diciembre de 1979 (Rec. 1979, p. 3727)⁵¹. La redacción de la CDFUE se ha ido modernizando con las sucesivas reformas, pero, según el apartado 3 del artículo 52, los derechos reconocidos por este texto tienen el mismo alcance que los que se garantizan en el CEDH.

El artículo 20.1 de la Constitución Española, ubicado en la sección 1^a, capítulo 2^o, título I, correspondiente a los derechos fundamentales y libertades públicas, establece literalmente: "Se reconocen y protegen los derechos: [...] b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica". Por consiguiente, se garantizan al más alto nivel estos derechos. En cambio, la protección del derecho de propiedad se contiene en el artículo 33 CE, que se alberga en la sección 2^a del mismo capítulo, bajo el título "De los derechos y deberes de los ciudadanos", lo que, de acuerdo con una hermenéutica sistemática y lógica, nos

50 Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 11, de 12 de enero de 1991. Hay que tener en cuenta que el texto del Protocolo Adicional al CEDH incluye las modificaciones introducidas por el protocolo núm. 11, relativo a la reestructuración de los mecanismos de control contenidos en el Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 (*BOE* núm. 152, de 26 de junio de 1998). La versión última es la publicada en el *BOE* núm. 108, de 6 de mayo de 1999, mediante Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, por la que se hacen públicos varios textos refundidos correspondientes al CEDH, al Protocolo Adicional al Convenio y al Protocolo núm. 6.

51 En el fundamento jurídico 17 de la sentencia Hauer se dice literalmente: "El derecho de propiedad está garantizado en el ordenamiento jurídico comunitario de conformidad con las concepciones comunes a las Constituciones de los Estados miembros, reflejadas igualmente en el Primer Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos".

da a entender que la propiedad privada se considera como un derecho reconocido constitucionalmente, pero sin el carácter de derecho fundamental⁵².

La forma de enunciar la tutela de la propiedad intelectual en nuestro texto constitucional ha llevado a la doctrina a plantear la cuestión de si dichas facultades son una manifestación más del instituto del dominio o si, por el contrario, pueden calificarse de derechos fundamentales ínsitos en el contexto general del reconocimiento y protección de los derechos a la producción artística y científica. La respuesta es relevante de cara a su desarrollo legislativo -esto es, si necesita ley orgánica- o para interpretar las competencias legislativas que sobre la propiedad intelectual se otorgan en el artículo 149.1-9º CE⁵³.

No podemos entretenernos en analizar esta cuestión por exceder del objeto de nuestro trabajo, pero diremos en extrema síntesis que el tenor utilizado para preservar las creaciones de la inteligencia en nuestra Constitución nos lleva a afirmar que las facultades patrimoniales o morales reconocidas a los creadores e inventores sobre su producción no se consideran derechos fundamentales en nuestro texto constitucional. Esta solución es más que criticable, sobre todo si tenemos en cuenta la caracterización que de tales derechos se hace en el plano internacional y europeo, tal como hemos visto más arriba.

Por el contrario, debemos destacar como positiva la alusión que el artículo 20.1.b) hace a la creación técnica, en la que podemos considerar englobadas las creaciones industriales. De igual modo debemos considerar positiva la reserva legislativa a favor del Estado en materia de propiedad intelectual e industrial

52 Los derechos denominados constitucionalmente como “de los ciudadanos”, entre los que se encuentra el derecho a la propiedad privada, representan un segundo nivel de protección en nuestra Carta Magna. Estos derechos carecen del régimen especial de tutela que tienen denominados fundamentales. A saber, no gozan de un procedimiento preferente para su tutela; su violación no se garantiza con el recurso de amparo; no están sometidos a un procedimiento rígido de modificación o derogación (cfr. art. 167 *versus* 168 CE); ni el desarrollo de su contenido precisa de ley orgánica.

53 De conformidad con lo expuesto, en nuestro ordenamiento, al no reconocerse el carácter de derecho fundamental a los productos de la propiedad intelectual, no precisa que su regulación adopte la forma de ley orgánica. En cambio, otras legislaciones continentales aceptan su condición de derecho fundamental. Tal es el caso del artículo 42.1 de la Constitución portuguesa de 1976, conforme el “alterado de acordo com Lei n.º 16/2008, de 01/04”, así como el artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en relación con el artículo 13 de la Ley alemana sobre el derecho de autor y derechos afines (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz, geändert durch das Gesetz vom 01. September 2017]).

(art. 149.1-9º CE). No cabe duda de que con todo ello se sientan los cimientos para estructurar una tutela más adecuada y uniforme de tales derechos en el ámbito del Estado.

5. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

5.1. PREMISAS

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos la protección de los derechos de autor y de la propiedad industrial suele ser doble: civil y penal. No obstante, hay que decir que, de estas formas jurídicas de tutela, la penal se considera *ab limine* la más enérgica y eficaz, por cuanto la índole de las sanciones, así como el carácter público de la norma, pueden actuar como resortes intimidatorios y represores contra los posibles infractores de la legalidad. En consecuencia, podría pensarse que la tutela civil siempre va a la zaga de la penal, porque parecería más conveniente para las posibles víctimas de estos delitos elegir preferentemente la norma punitiva para buscar mayor amparo contra las infracciones de sus derechos. Sin embargo, hemos de admitir que los requisitos y exigencias de los distintos tipos penales en estas materias dificultan en la práctica la sanción penal, de ahí que muchos perjudicados acudan directamente al ejercicio de las acciones civiles, máxime cuando lo que interesa a los titulares de derechos es el cese de la actividad ilícita y la condigna reparación de los daños y perjuicios sufridos. Y es palmario que la legislación civil/mercantil en estos ámbitos procura una tutela bastante efectiva, habida cuenta que el ordenamiento procesal civil arbitra medidas cautelares con una tramitación más ágil y directa.

La difusión y comunicación electrónica de las obras de la inteligencia ha evolucionado de forma tal que hay que señalar que la protección jurídica no puede remediar la multiplicidad de infracciones que se cometen contra los derechos de autor. No podemos analizar aquí todas las posibles violaciones que la práctica diaria ofrece en materia de propiedad intelectual., por ello nos limitaremos a analizar una de las mayores: el plagio.

Desde épocas antiguas las conductas plagiarias se han reputado ilícitas o inmorales, no solo por los autores o titulares de las obras de la inteligencia, sino por la sociedad en general.

Para el sentir popular la repulsa del plagio se explica fundamentalmente por dos motivos. En primer lugar, porque se engaña sobre la autoría de una obra del ingenio; y en segundo lugar porque supone un *furtum laudis*, un *vol de gloire*, al autor de una obra del espíritu. Desde el punto de vista jurídico, la persecución de las conductas plagiarias se fundamenta, pues, en la vulneración de derechos reconocidos a los autores.

La consideración del plagio como un acto ilícito es prácticamente unánime en todas las legislaciones y así se respalda en todos los ámbitos culturales, científicos o sociales. No obstante, hay sectores minoritarios que se oponen a reconocer los derechos de autor. Suelen basarse en ideas ácratas o socializantes, que en algunos casos parten incluso de la negación de la propiedad privada. Dentro de estas teorías se encuentran los que defienden la “obra libre” en literatura y los que propugnan el “software libre” en informática (método del copyleft).

A pesar del mayor o menor crédito que nos puedan merecer estas opiniones negacionistas, hay que dejar claro que una cosa es defender la inspiración o el seguimiento de estilo de un creador y otra justificar el plagio o la usurpación de la personalidad creadora, por mucho que eufemísticamente se pretendan justificar como “préstamos”, “inspiraciones” u “homenajes a un artista”.

En la actualidad, la lucha contra el plagio se proyecta en dos direcciones. De un lado, se centra en la defensa de los intereses económicos o morales de los creadores e intérpretes; es decir, en la tutela tradicional de los derechos de autor. Por otro lado, habida cuenta que las nuevas tecnologías favorecen la reproducción ilegal de trabajos científicos y docentes, ha surgido la necesidad de incrementar la lucha contra el plagio para preservar la excelencia académica y el rigor científico.

En este segundo aspecto hay que admitir que la protección en sentido judicial de la propiedad intelectual pasa a un segundo plano, pues al concurrir

la mayoría de las veces en la obra plagiaria un cúmulo de microplagios, entre los que podríamos incluir conductas conocidas como *plagio mosaico* (material extraído de múltiples fuentes en pequeñas dosis), *remix* (mezclas de textos de otros autores parafraseados), *híbrido* (combinación de elementos correctamente citados con otros sin cita), *reciclado o duplicidad* (utilización de elementos de trabajos propios anteriores sin citar), etc., conductas que en la mayoría de los casos suelen afectar a un gran número de personas, hace más difícil que cada uno de los autores plagiados pueda estar interesado en perseguir de forma individual tales acciones, dada la escasa entidad de los perjuicios patrimoniales y morales irrogados. De ahí que en estas hipótesis sea la honesta y rigurosa práctica científica lo que más importe defender, y que, por ende, la persecución de este tipo de ilícitos quede reservada a la aplicación de estrictas medidas de disciplina académica, sin perjuicio de que en los casos más graves sea necesario acudir a la justicia ordinaria⁵⁴.

5.2. ANÁLISIS DEL PLAGIO COMO UNA DE LAS FORMAS MÁS GRAVES DE ATAQUE A LOS DERECHOS DE AUTOR

5.2.1. Planteamiento introductorio

Pese a la repulsa general del plagio en la conciencia popular, no resulta fácil llegar a una noción incontrovertida, precisa y unívoca de esta conducta. Las dificultades se justifican por varios motivos. En primer lugar, porque en la concreción de su concepto se entremezclan cuestiones jurídicas y extrajurídicas. Las jurídicas hacen referencia a la dificultad de plasmar desde un punto de vista científico una única noción de plagio, habida cuenta las múltiples modalidades comisivas que pueden presentarse y los diferentes contenidos y alcances de las diversas conductas, de ahí que tampoco sea fácil encontrar definiciones en los textos legales. Las cuestiones extrajurídicas se centran en las dificultades fácti-

54 La aún *non nata* Ley de Convivencia Universitaria tipifica como falta muy grave “plagiar o cometer fraude académico en el TFG, el TFM o la tesis doctoral”. Las sanciones previstas para estas conductas son: expulsión de la universidad en que se cometió la falta por un periodo de entre 2 meses y 3 años o pérdida parcial de derechos de matrícula durante un curso.

cas para determinar los límites de lo lícito y lo ilícito en una materia tan polémica y compleja⁵⁵. En segundo lugar, la existencia de distintos tipos de plagio (literario, musical, artístico, científico, interpretativo, etc.) es otra dificultad añadida para concretar un concepto unívoco.

En consecuencia, determinar con precisión en qué situaciones existe plagio y cuándo este se produce en forma tan ínfima que no llegue a constituir un ilícito jurídico -aunque pueda recibir reproches éticos-, es un problema de difícil solución práctica y, por ende, legal y judicial.

5.2.2. *Aproximación al concepto de plagio*

Los múltiples aspectos que puede ofrecernos el plagio y la imprecisión de sus límites hacen que las dificultades para alcanzar un concepto unánime sean muchas. De ahí que se hayan elaborado tantas teorías doctrinales sobre el plagio cuantos sean los diferentes puntos de vista desde los que se analice el instituto.

Con ánimo de arrojar luz sobre el concepto, y sin detenernos en analizar una pléyade de opiniones doctrinales⁵⁶, nos centraremos en el análisis de los criterios básicos que consideramos imprescindibles para entender mejor este instituto.

Suele coincidirse con cierta unanimidad en la idea de que plagiar es copiar o imitar obras ajenas en lo sustancial. El plagio consiste, por tanto, en una actividad material, mecanizada, carente de originalidad⁵⁷. Existe plagio cuando se copia o reproduce, total o parcialmente, la obra intelectual de otra persona ocultando el nombre del autor originario. Pero también cuando se imita servilmente una obra ajena.

55 Zara-Olivia Algardi, *II plagio letterario e il carattere creativo dell'opera* (Milano: Giuffrè Editore, 1966), 210; Zara-Olivia Algardi, *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio* (Padova: Cedam, 1978), 33-36.

56 Algunas de estas definiciones de plagio, no excesivamente originales, se recogen en la obra de Antonio Agúndez Fernández, *Estudio jurídico del plagio literario* (Granada: Comares, 2005), 45 y 46.

57 Ideas que se reproducen también en Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 18 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 534).

Para nosotros el concepto de plagio ha de entenderse en sentido amplio, puesto que la usurpación de la condición de autor es una forma plagiaría más, sin duda la más evidente y grosera.

No cabe duda de que existe plagio en la hipótesis de la usurpación de la personalidad del autor; esto es, en la acción de hacer pasar una obra ajena como propia. El plagio aquí es claro, de ahí que suele llamarse a esta conducta clonación de la obra. Pero también existe plagio, aunque es más difícil su calificación, en los supuestos de imitación fraudulenta o mera copia servil de la obra o las ideas ajenas para hacerlas pasar como propias cuando se imbriquen aportaciones personales y ajenas. El problema aquí será perfilar los límites que nos sirvan para definir lo lícito y lo ilícito en la utilización de elementos ajenos en una creación propia.

A nuestro modo de entender, para delimitar los contornos de la acción plagiaría hay que acudir a analizar su originalidad. La obra de la inteligencia requiere que sea producto del talento e ingenio de su autor. Sin embargo, no se exige que la originalidad sea absoluta. En la producción intelectual se admite la inspiración entre obras y la copia o adaptación de elementos accesorios de otra. Por tanto, una acción para poder calificarse de plagiaría debe estar cualificada por el hecho de resultar una exposición fraudulenta o imitación burda de una creación ajena preexistente; esto es, una apropiación ilícita del esfuerzo creador de otra persona. De ahí que cuando hablemos de plagio nos refiramos a la ejecución de una obra utilizando el ingenio de otro. En definitiva, a la apropiación del pensamiento, del esfuerzo y del talento ajenos.

Por consiguiente, la conducta de copiar o imitar lo ajeno, para que resulte plagio, ha de consistir en una copia servil, esto es, injustificada, y ha de referirse a contenidos, argumentos o estructuras básicos o fundamentales, y no a elementos accesorios, añadidos, superpuestos ni a modificaciones no trascendentes.

Podemos hablar de plagio cuando existe una apropiación de la sustancia o de las ideas fundamentales de la obra ajena, pero no podemos hablar de plagio cuando un autor modifica hábilmente la composición o la expresión de una obra

y crea otra nueva superando o diferenciándose de la preexistente⁵⁸. De ahí que solo la burda o servil imitación y la apropiación fraudulenta de las ideas o elementos contenidos en la obra ajena pueda reputarse como plagio y, por tanto, como conducta antijurídica⁵⁹.

Con fundamento en todo lo dicho, podemos concluir que, además de la usurpación de la personalidad del autor o intérprete (plagio grosero o evidente), el plagio es, a tono con su etimología griega (“plagios” significa en griego clásico ‘engañoso’, ‘trapacero’, ‘oblicuo’), un fraude doloso contra la producción literaria, artística o científica de un autor, consistente en que, basándose en una creación precedente, una persona se adjudica como propio un trabajo intelectual ajeno⁶⁰. Con palabras más simples podríamos decir que el plagio consiste en la utilización o presentación de obras o partes de obras intelectuales ajenas como propias.

5.2.2. *La doctrina jurisprudencial sobre el plagio*

La mayoría de las sentencias de nuestros tribunales coinciden con las ideas expuestas más arriba. No obstante, a la luz del análisis de una significativa muestra de resoluciones judiciales, podemos hacer una síntesis conclusiva de la doctrina jurisprudencial sobre el plagio en base a las siguientes ideas:

a) *Copia burda o imitación servil de obras ajenas haciéndolas pasar como propias*. La acción de plagiar es una actividad material mecanizada, muy poco intelectual y menos creativa, carente de originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio, maña o espabilo⁶¹.

58 Robert Plaisant decía "el plagio hábil es moralmente censurable, pero jurídicamente irreprochable". Véase *Droits des auteurs et des artistes exécutants* (Paris: Delmas, 1970), 168.

59 Véase a tal respecto Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a). Sentencia de 1 diciembre 2016 (AC 2016, 1935), que describe el plagio con fundamento en el servilismo existente en la imitación o copia de la obra ajena a través de un exceso de citas.

60 En este sentido puede verse Stig Strömholm, *Droit moral...*, 82.

61 Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 23 marzo 1999 (RGD 9115); Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 23 octubre 2001 (RJ 2001,8660).

b) *La noción de plagio ha de entenderse en sentido amplio.* La conducta plagiaría comprende, tanto la mera imitación o copia servil, como la usurpación de la condición de autor o reproducción literal de la obra o trabajo ajenos, sea esta última en su totalidad⁶² o de forma parcial⁶³.

c) *El plagio viene definido por las coincidencias en contenidos o elementos estructurales básicos.* Las coincidencias deben referirse a elementos principales o fundamentales, y no únicamente a elementos accesorios⁶⁴. Desde el punto de vista musical, tampoco se han considerado plagio los meros parecidos circunstanciales de pequeñas secuencias melódicas⁶⁵.

d) *Exigencia de originalidad en la obra plagiada.* La jurisprudencia exige que, para que pueda calificarse de plagio, debe darse el requisito de la originalidad en la obra supuestamente plagiada. Es decir, el infractor debe aprovecharse de la originalidad creativa ajena de modo contrario a las exigencias de la buena fe objetiva. No existe perjuicio si lo copiado no es original⁶⁶.

e) *El derecho de cita rigurosa y honesta no justifica su utilización abusiva.* En ningún caso el derecho de cita puede justificar la inclusión en una obra nueva de fragmentos extensos de otra obra primigenia. No es lícito, pues, un uso abusivo de la cita, dado que afecta al trabajo y creación ajeno⁶⁷.

f) *La noción de plagio es un juicio de valor y, por ende, es una cuestión jurídica.* La calificación como plagio de una obra es un juicio de valor en función de los elementos probatorios puestos en juego, pero, de por sí, no entra a formar parte de una cuestión fáctica propiamente dicha y, por tanto, permite su revisión casacional al considerarse una cuestión jurídica⁶⁸.

62 Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección Única). Sentencia de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 8098), y Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 23 octubre 2001 (RJ 2001, 8660).

63 Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección Única). Sentencia de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 8098); Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª). Sentencia de 3 marzo 2004 (AC 2004, 1756)..

64 Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 8098).

65 Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13ª). Sentencia de 30 junio 2005 (AC 2005, 1789).

66 Tribunal Supremo (Sala Civil, Sección 1ª). Sentencia de 2 febrero 2017 (RJ 2017, 454).

67 Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). Sentencia de 1 diciembre 2016 (AC 2016, 1935).

68 Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 8098); Tribunal Supremo (Sala Civil). Sentencia de 7 junio 1995 (RJ 1995, 4628).

5. 3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Expuestas las precedentes ideas sobre la noción de plagio, debemos analizar el bien jurídico que se tutela en el instituto de la propiedad intelectual. Ello nos permitirá arrojar más luz sobre la índole de este ilícito jurídico.

El plagio constituye fundamentalmente un ataque a la facultad de poder proclamarse autor o intérprete de una obra de la inteligencia. Se trata, en suma, de una lesión del derecho a la paternidad/maternidad de una producción, literaria, artística o científica. El derecho a reivindicar la autoría es una facultad irrenunciable, inalienable, perpetua e imprescriptible es el pilar donde descansa la esencia del derecho de autor (arts. 14-16 LPI).

El plagio infringe gravemente los derechos de propiedad intelectual desde distintos ángulos. De un lado, lesiona intereses económicos, ya que al ocultarse el nombre del autor se priva al titular de explotar una obra como propia, con el perjuicio de no participar en los beneficios de su comercialización. De otro, el plagio causa un daño moral al privar a una persona de la satisfacción puramente interior e inconmensurable de proclamarse creador.

Pero, además de atacar de una forma directa los derechos que afectan a la creación intelectual, no debemos olvidar otro perjuicio de tipo objetivo: la lesión de intereses supraindividuales o sociales, dado que la propiedad intelectual forma parte del acervo inmaterial de los pueblos y el no respetar los derechos de autor lleva aparejada la contracción de la actividad creadora (cfr. art. 20 y 46 CE y art. 40 LPI).

6. DELIMITACIÓN POSITIVA DE LAS CONDUCTAS PLAGIARIAS

Hemos visto que no toda actividad que suponga la imitación o copia de la obra ajena puede calificarse de plagio. Se requiere la concurrencia de ciertos requisitos que evidencien de forma palpable la intención de apropiarse de la producción inmaterial de otro. Bajo las premisas que hemos analizado, podemos

establecer los elementos necesarios para que se produzca una conducta plagia-
ria:

1) *Conducta de gravedad relevante*: La acción a calificar como plagia-
ria ha de evidenciar una clara apropiación o copia de las ideas, elementos o formas de
exteriorización contenidas en una obra de la inteligencia ajena. En el caso de que
resulte una apropiación íntegra del texto o contenido, la conducta plagia-
ria es palmariamente deducible y objetivable. La crítica o cualquier tribunal no tendrá
dudas al respecto. En el supuesto de que la acción del plagiador consista en apro-
piarse de forma sutil de elementos, estructuras, formas, contenidos o argumen-
tos de una obra de otro se plantearán dificultades prácticas para concretar si la
acción alcanza la entidad de plagio (sobre todo en obras musicales o de índole
más abstrusa). En estas hipótesis será conveniente que el juzgador se valga de
dictámenes de especialistas que le ayuden a conformar una opinión más sólida.

2) *Ánimo de lucro o gloria*: Como ponderación de la gravedad ha de tenerse
en cuenta la concurrencia de una maliciosa intención de tomar lo ajeno como
propio, con ánimo de lucro o de gloria (*furtum laudis*), puesto que, aunque no
exista atentado o lesión de intereses económicos, la violación de derechos mo-
rales siempre es reprobable y podrá perseguirse por vía civil.

3) *Exteriorización*: Para que una obra incurra en plagio debe estar encami-
nada a una explotación comercial o, como mínimo, a darla a conocer al público
como propia. Por ende, ha de exigirse el requisito de la divulgación, ya que una
obra plagiada o adaptada para deleite propio -si se diera esta circunstancia-
no sería socialmente censurable ni jurídicamente perseguible, por cuanto no tras-
cendería al exterior la acción.

4) *Falta del consentimiento del titular*: Es patente que para que pueda exis-
tir plagio deberá concurrir la falta de consentimiento del titular de los derechos
de autor. Desde el punto de vista penal es un requisito objetivo del tipo. Desde
una perspectiva de la defensa civil, no podría tampoco perseguirse al carecer de
legitimación cualquier extraño que quisiera preservar la verdadera autoría de
una obra. Este requisito nos lleva a plantearnos más adelante el tema de la uti-

lización de terceros como escritores fantasmas (*ghostwriters*) o “negros” para atribuirse una falsa -pero consentida- autoría de una obra.

5) *Temporalidad*: Los derechos morales relativos al reconocimiento de la autoría y a la integridad de la obra son perpetuos e imprescriptibles (arts. 15 y 16 LPI). En consecuencia, la persecución del plagio desde el punto de vista civil estaría fuera de toda caducidad o del paso de la obra al dominio público. El problema es el ejercicio de acciones por persona legítima cuando haya transcurrido el término de protección. El artículo 15 LPI permite al autor designar persona para ejercer los derechos sobre reconocimiento de paternidad y salvaguarda de la integridad, y en su defecto lo podrán hacer instituciones públicas (art. 16 LPI).

En la esfera penal, dado que la tutela se refiere exclusivamente a la infracción de los derechos de contenido económico, el plagio deberá estar supeditado a la pervivencia de esta clase de facultades, bien en la persona del creador o en sus causahabientes, pues en otro caso no se daría el perjuicio de tercero que exige el texto punitivo español (art. 270 CP).

7. DELIMITACIÓN NEGATIVA: DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS

7.1. EL LLAMADO AUTOPLAGIO

Se plantea la duda de si el propio autor puede incurrir en la figura del plagio, conducta que la doctrina suele denominar "autoplagio". Esta figura es imposible que se dé en la práctica. En la hipótesis de que el autor no haya enajenado su obra, el publicar varias versiones de ella no constituye ningún ilícito jurídico, habida cuenta que conserva todos los derechos sobre la obra. Tampoco podrá existir plagio si el autor o artista ha enajenado sus derechos de explotación (recordemos que los morales son inalienables). En efecto, se publica la obra o parte de esta con el nombre del verdadero autor; por tanto, no se lesiona el derecho al reconocimiento de la autoría, requisito esencial de la conducta plagaria. Se trataría de hacer pasar una obra propia como propia, pero sobre la que se carece ya de derechos de explotación. A lo sumo, podríamos hablar de reproducción o co-

municación ilegales o, en su caso, de infracciones contractuales por no respetar lo pactado, pero ya no estaríamos en presencia de una conducta plagaria⁶⁹.

Algún sector de la doctrina suele considerar autoplagio la reutilización de escritos propios en obras posteriores sin citar la anterior aportación y haciéndola pasar como obra nueva. Las duplicidades o reciclados que realice un autor no pueden calificarse de plagios. Como mucho se trataría de una cuestión de alcance ético que podría afectar a la excelencia académica y al rigor científico.

7.2. LA HIPÓTESIS DEL PLAGIO INVERSO Y LAS *COVER VERSIONS*

El llamado “plagio inverso” es una acción contraria al plagio y consiste en hacer pasar algo propio como ajeno. Esta acción supone la suplantación (no usurpación) de la personalidad de otro autor o intérprete⁷⁰. Tiene como finalidad aprovecharse en beneficio propio del nombre de un reputado creador. Suele darse sobre todo en el mundo de la composición musical. Esta acción no constituye plagio. Estaríamos ante una conducta totalmente opuesta al plagio: imputar una falsa autoría a un tercero.

Puede darse en dos hipótesis: a) *La suplantación interpretativa*, que suele producirse en obras musicales o artísticas concebidas para su explotación comercial mediante la reproducción o comunicación pública (p. ej., hacer versiones de éxitos musicales ajenos y pasarlos como interpretados por el autor o intérprete original). b) *La suplantación creadora*, consistente en atribuir la autoría de una obra propia a una tercera persona para aprovecharse de su fama. Se produce sobre todo en obras de arte y en composiciones musicales. Es más raro en el ámbito literario. Ambos tipos de suplantación podrían constituir estafas.

69 Más compleja sería la solución en el supuesto de obras colectivas. Sobre este particular puede verse nuestra monografía José-Antonio Vega Vega, *El plagio como infracción...*, 71-78.

70 Según el Diccionario de la RAE, “usurpar” significa “arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usar de ellos como si fueran propios”, lo que traducido al campo de la propiedad intelectual equivale a arrogarse la condición de autor o intérprete de una obra. Por el contrario, la voz “suplantar” debe entenderse como el acto de “ocupar con malas artes el lugar de otro, defraudándole el derecho, empleo o favor que disfrutaba”; esto es, hacer pasar como ajena una obra o interpretación propias, para aprovecharse de la fama o el nombre del autor o intérprete.

Conviene diferenciar estas acciones de las *cover versions*, que son interpretaciones autorizadas, y por tanto lícitas, de éxitos musicales, que ni constituyen delitos ni infringen los derechos de autor.

7.3. LA UTILIZACIÓN DE ESCRITORES FANTASMAS (*GHOSTWRITERS*)

Otra conducta que también suele confundirse con el plagio es el empleo de escritores fantasmas (conocidos como “negros” o *ghostwriters*). Se contratan los servicios de un tercero para componer una obra (normalmente literaria o musical) y después, con la anuencia del auténtico creador, se firma como propia. Esta práctica ha sido generalmente rechazada y censurada. Sin embargo, no puede en modo alguno calificarse como plagiaria. Tampoco encaja dentro de ninguna infracción contra la propiedad intelectual, ya que en la ilicitud de la acción participa el verdadero autor.

Desde el punto de vista civil se trata de un hecho que podría afectar al reconocimiento de la autoría (art. 14 LPI). Sin embargo, dado que el propio autor está interesado en la cesión oculta de su paternidad/maternidad, sería prácticamente imposible actuar jurídicamente contra los responsables, habida cuenta que en el proceso civil se exige la legitimación activa, correspondiendo la defensa de los derechos morales al propio autor, y solo en defecto de este correspondería a las personas e instituciones que se establecen en el artículo 16 de la LPI; pero es obvio que tal cesión de la paternidad se haría en vida del creador, lo que impediría la actuación de terceros, máxime cuando se presume autor al que aparece como tal en la obra (art. 6 LPI). Desde el punto de vista penal sería un supuesto imposible de perseguir porque la reproducción se haría en todo caso con el consentimiento de su titular (cfr. art. 270 CP).

Como cuestión de *lege ferenda* sería conveniente plantearse la necesidad de incriminar esta conducta como un delito autónomo e independiente (podría encajar entre las falsedades), en atención al daño que social y culturalmente puede causar.

8. INFLUENCIA DE LOS LÍMITES DEL DERECHO DE AUTOR EN EL PLAGIO

Los derechos de autor no confieren facultades discrecionales ni absolutas. Los ordenamientos prevén una serie de limitaciones a las prerrogativas reconocidas en la propiedad intelectual. En determinados supuestos se excluye la antijuridicidad y, por consiguiente, la falta de reproche a ciertas conductas en las que se reproduce, distribuye o comunica una obra de la inteligencia sin la autorización del titular de los derechos (cfr. arts. 31 a 40 bis LPI)⁷¹. Los límites que pueden perfilar las conductas plagiarias se refieren, entre otros, a la cita científica o docente, al derecho de información o al acceso a la cultura.

La justificación de la existencia de estas restricciones viene determinada por la colisión entre los derechos del titular y el "principio del interés preponderante". Cuando existen distintos intereses tutelados por el ordenamiento jurídico que entran en conflicto es necesario valorar el alcance de cada facultad para determinar la prelación. Ahora bien, tal como ha reconocido la jurisprudencia, en ningún caso estos límites podrán desnaturalizar las prerrogativas contenidas en el derecho de autor⁷².

Uno de los límites a los derechos de autor son las citas o reseñas con fines educativos o de investigación científica, cuyos requisitos se regulan en el artículo 32 LPI⁷³. Con la cita ocurre como con ciertos fenómenos que cambian de naturaleza en virtud de su entidad numérica. Así, un vehículo aislado no representa particularidad de relieve en el tráfico rodado. En el campo del derecho de autor

71 Sobre esta cuestión puede verse el trabajo de Carlos Rogel Vide, "De los límites a las infracciones del Derecho de Autor en España", en *La Ley*, 1 (1989): 943 y ss.

72 Sobre los límites de los derechos de autor, pueden verse las obras colectivas: AA.VV., *Derechos morales de los creadores. Características, ámbito y límites*, coord. por Carlos Rogel (Madrid: Reus, 2019); AA.VV., *Los límites de los derechos de autor*, coord. por Carlos Rogel (Madrid: Reus, 2006); Antonio Castán Pérez-Gómez, "Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en internet", en *Los límites del derecho de autor*, coord. por Carlos Rogel (Madrid: Reus, 2006), 131-162.

73 Los criterios jurisprudenciales sobre la cita como límite a los derechos de autor pueden verse en las siguientes resoluciones: Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19^a). Sentencia de 25 marzo 2004 (JUR 2004, 248592); Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15^a). Sentencia de 1 diciembre 2016 (AC 2016, 1935); Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9^a). Sentencia de 3 de enero de 2007 (AC 2007, 1252); Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3^a). Sentencia de 1 julio de 2016 (AC 2016,1930).

ocurre lo mismo: una o varias citas aisladas tampoco tendrán relevancia jurídica, salvo que el número sea tan amplio que obnuble la originalidad del autor citado⁷⁴. Únicamente en este caso el exceso de citas podrá ser reprochable y, por ende, perseguible.

En el ámbito periodístico, el *press clipping*, actividad consistente en recopilaciones de artículos periodísticos con fines comerciales, puede constituir también infracción de los derechos de autor si se produce una reproducción excesiva contra la oposición expresa de los editores⁷⁵. Análogamente, la utilización periódica, profusa, no consentida y para formar parte de determinados programas de televisión, de imágenes y contenidos de los que han sido emitidos por otros medios, constituye infracción de los derechos de autor⁷⁶. En el mundo de la comunicación tampoco se ampara el uso abusivo de los derechos de comunicación⁷⁷.

Una cuestión difícil de discernir en la práctica son las denominadas "citas de citas", fenómeno que se produce cuando en trabajos científicos o críticos se aportan opiniones o juicios de autores a los que por cualquier circunstancia (ejemplares limitados, obras de difícil localización, etc.) no tiene acceso directo una persona y debe acudir a fuentes indirectas. Hay que concluir que este uso es lícito siempre que sea "honrado y normal". En otras palabras, cuando no se caiga en el abuso y se indique la fuente.

En extrema síntesis, la cita tiene su amparo en los límites de los derechos de autor, por lo que prohibirlas equivaldría a suprimir la crítica literaria, científica o periodística. Pero abusar de este derecho para reproducciones injustificadas es ilícito y podría integrar conductas perseguibles jurídicamente, aunque nunca podrían calificarse de plagios.

74 Ver Evelio Sánchez Arroyo, "La protección...", 118.

75 Criterio jurisprudencial contenido en Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª). Sentencia de 14 de abril de 2014 (AC 2014, 1524).

76 Ver Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia de 14 enero 2012 (RJ 2013, 1816).

77 Cfr. Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª). Sentencia de 25 mayo 2012 (AC 2013, 1262).

9. RECAPITULACIÓN

La protección de las creaciones de la inteligencia es una cuestión polémica que genera grandes controversias en el orden jurídico, científico y económico. La obra del ingenio se tutela como un derecho fundamental en numerosos textos internacionales y prácticamente todos los ordenamientos nacionales reconocen la libertad de creación a nivel constitucional. Sin embargo, hay opiniones que niegan este derecho. Se argumenta que las ideas son libres, universales y no deben protegerse, porque se limita la producción de bienes inmateriales.

En lo que respecta a la propiedad industrial, realmente resulta un dilema moral alcanzar el equilibrio entre recompensar, de un lado, a los que han hecho un esfuerzo intelectual y económico para obtener una invención y extender, de otro, sus efectos positivos sobre el conjunto de la humanidad. Dilema que, en todo caso, hay que solucionar con sentido ético y pragmático, buscando la solidaridad de todos: inventores, multinacionales, Estados y ciudadanos.

Nunca resolveremos convenientemente esta disyuntiva negando el derecho de patente. Supondría ralentizar la investigación y el progreso técnico y social de toda la humanidad, lo que a la larga acabaría perjudicando en mayor medida a los más vulnerables.

Sin patentes no habría innovación. La tutela de las invenciones es el motor esencial que abre las vías de la investigación y de la difusión del conocimiento. La utilidad de las patentes va más allá del beneficio de las grandes compañías. Las patentes no son fines en sí mismo, sino medios al servicio de la innovación tecnológica que impulsa el desarrollo industrial, el bienestar social y el progreso económico.

Por su parte, las creaciones literarias, artísticas y científicas representan una manifestación estética y cultural que satisfacen necesidades inmateriales de la humanidad.

También en este terreno está viva la polémica sobre si debe protegerse a los creadores o debe establecerse un disfrute público, general y gratuito de las obras del espíritu. Esta controversia y la facilidad que para la reproducción proporcio-

nan las nuevas tecnologías coadyuvan a que cada vez aumenten las infracciones de los derechos de autor. La más conocida es el plagio, que puede considerarse como la falsa atribución de la autoría de una obra del ingenio.

La pregunta pertinente es si debemos proteger las manifestaciones culturales e inmateriales que se derivan de la propiedad intelectual.

Decía M. Schneider que hay dos maneras de decir que el plagio no es un problema: no verlo por ninguna parte, y afirmar que está por todos lados⁷⁸. Hegel, por su parte, sostenía que el plagio no es competencia de la crítica literaria, ni de la justicia; es más bien una cuestión de “buenos modales”. En otras palabras, un problema de buena educación o de cortesía.

Sin embargo, frente a las respetables opiniones que niegan los derechos de los autores e inventores, hemos de tener claro que nos desenvolvemos en un mundo tecnocomunicacional, al que se le ha dado en llamar sociedad de la información y del conocimiento, que da lugar a nuevas pautas de desarrollo económico y social que exigen que los Estados protejan adecuadamente los intereses de los ciudadanos. En esta línea se enmarca nuestra exposición.

Proteger las creaciones de la inteligencia sirve para preservar la facultad creadora de la sociedad. Los monopolios de explotación que se conceden a autores e inventores, lejos de favorecer de forma exclusiva los intereses económicos de sus titulares, fomentan el desarrollo de un país. La tutela de estas facultades salvaguarda y hace perdurable el patrimonio inmaterial y el progreso económico de los pueblos.

Sin el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual e industrial, no solo seríamos más pobres económicamente, sino que correríamos el riesgo de convertirnos en indigentes culturales.

78 Michel Schneider, *Voleurs de mots* (Paris: Gallimard, 1985), 29.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agúndez Fernández, Antonio. *Estudio jurídico del plagio literario*. Granada: Comares, 2005.
- Algardi, Zara-Olivia. *II plagio letterario e il carattere creativo dell'opera*. Milano: Giuffrè, 1966.
- Algardi, Zara-Olivia. *La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio*. Padova: Cedam, 1978.
- Álvarez Romero, César-José. *Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, 1969.
- Amor Fernández, Antonio. *La propiedad industrial en el Derecho Internacional*. Barcelona: Nauta, 1965.
- Antequera Parilli, Ricardo. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus, 2007.
- Bapper, Walter. *Wege zum Urheberrecht. Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens*. Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1962.
- Baylos Corroza, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 2009.
- Bernhardt, Wolfgang y Rudolf Krasser. *Lehrbuch des Patentrechts*. 4ª ed. München: Beck C H, 1993.
- Bruguière, Michely Michel Vivant. *Droit d'auteur et droits voisins*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 2015.
- Cabanellas, Guillermo. "La propiedad intelectual y la teoría de los derechos de propiedad. Observaciones críticas". *Revista General del Derecho* 544-545 (enero-febrero 1990): 299-305.
- Caron, Jean-Christophe. *Droit d'Auteur et Droits Voisins*. Paris: Lexisnexis, 2017.
- Caruso, Maria-Adalgisa. *Temi di diritto dei beni immateriali e della concorrenza*. Milano: Giuffrè Editore, 2011.
- Castán Pérez-Gómez, Antonio. *El plagio y otros estudios sobre derecho de autor*. Madrid: Reus, 2009.
- Castán Pérez-Gómez, Antonio. "Panorámica general de la cita como límite al derecho de autor en internet". En *Los límites del derecho de autor*, coord. por Carlos Rogel. Madrid: Reus, 2006, 131-162.
- Colombet, Claude. *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*. 4ª ed. Paris: Dalloz, 1999.
- Dánvila y Collado, Manuel. *La propiedad intelectual*. Madrid: Imprenta de la Correspondencia de España, 1882.
- Desbois, Henri. *Le droit d'auteur en France*. 3ª ed. Paris: Dalloz, 1979.
- Díez de Velasco, Manuel. "Concepto de la propiedad industrial", en *Estudios e Informes sobre Propiedad Industrial*. Barcelona: Estudios e informes sobre Mercados, 1977.

- Dock, Marie-Claude. *Étude sur droit d'auteur*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963.
- Dock, Marie-Claude. "Génesis et évolution de la notion de propriété littéraire", *Revue Internationale de Droit d'Auteur*. En *RIDA*, Especial sobre Historia internacional del derecho d'auteur des origines à nos jours, vol. LXXIX (enero 1974): 163 y ss.
- Edelman, Bernard. *La propriété littéraire et artistique*. Paris: PUF, 2008.
- Flick, Giovanni-Maria.M. *La tutela della personalità nel delitto di plagio*. Milano: Giuffrè Editore, 1972.
- Fromm, Friedrich-Karl y Wilhelm Norddemann. *Urheberrecht*. 7ª ed. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz: Kohlhammer, 1988.
- Greco, Paolo y Paolo Vercellone. *Tratato di diritto civile italiano*. III, 11ª ed. Milano: Giuffrè, 1974.
- Henning, Jean-Luc. *Apologie du plagiat*. Paris: Gallimard, 1997.
- Jiménez Patiño, Hernán-David y Renzo RAMÍREZ. "Plagio y autoplagio". *Historia Regional y Local*, Vol. 8º, núm. 161 (julio-diciembre de 2016), 273-283.
- Jufresa Patau, Frances de Paula y Cristóbal Martell Pérez-Alcalde. "Los derechos del artista sobre su obra". *Revista General del Derecho*, núms. 514-515 (julio-agosto 1987): 3848-3865.
- Kohler, Josef. *Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht*. Stuttgart: Enke, 1907.
- Kolle, Gert. "Technik, Datenverarbeitung un Patentrecht", en *Gewerlicher Rechtsschutz und Urheberrecht* (1997): 58-125.
- Leclerc, Gérard. *Le Sceaux de l'oeuvre*. Paris: Seuil, 1998.
- Leonelli, Leonello.: "Tutela penal del diritto di autore", *Il Diritto di Autore*, 1961: 502-524.
- Maurel-Indart, Hélène. *Du Plagiat*. Paris: PUF, 1999.
- Nettel Díaz, Ana-Laur. "Derecho de autor y plagio". *Alegatos*, 83 (enero-abril 2013): 135-152.
- Olagnier, Paul. *Le droit d'auteur*, I. Paris: Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1934.
- Ortego Ruiz, Miguel. *Prestadores de servicios de internet y alojamiento de contenido ilícito* Madrid : Reus, 2016.
- Otero Lastres, José-Manuel. "La protección constitucional del derecho de autor. Análisis del artículo 20.1.b) de la Constitución española de 1978". *La Ley* 2 (1986): 370-398.
- Pérez Cuesta, Eugenio. "Una perspectiva histórica-jurídica sobre el derecho de autor", en *Revista de Derecho Privado*. Febrero (1981): 333 y ss.
- Perromat Augustin, Kevin. *El plagio en las literaturas hispánicas. Historia, Teoría y Práctica*. Tesis doctoral, Université Paris-Sorbonne, 2010.

- <http://www.bibliotecagonzalodeberceo.com/berceo/perromat/plagio.htm>
- Pholmann, Hansjörg. *Die Frühgeschichte des musikalischen Urheberrechts, ca. 1400-1800*. Basel-London-New York: Ed. Gesellschaft für Musikforschung, 1962.
- Plaisant, Robert. *Propriété littéraire et artistique* Paris: J. Delmas, 1985.
- Plaisant, Robert. *Le droit des auteurs et des artistes exécutants*. Paris: Delmas, 1970.
- Pouillet, Eugène. *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*. Paris: Hachette Livre, 1908.
- Radaelli, Sigfrido y Carlos Mouchet. *Los derechos del escritor y del artista*. Madrid: Cultura Hispánica, 1953.
- Ramírez, Renzo y Hernán-David Jiménez Patiño. "Plagio y autoplagio", *Historia Regional y Local*, Vol. 8º, 161 (julio-diciembre de 2016): 273-283.
- Ramos Simón, Luis-Fernando. "El derecho de cita o 'uso honrado' de la información en las bibliotecas y otras unidades de información", *Boletín de la ANABAD*, Vol. L, 1 (2000): 91-106.
- Recht, Pierre. *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire e théorie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence. Gembloux: Duculot, 1969.
- Rifaterre, Michael. "La trace de l'intertexte", *La Pensée*, 215 (1988): 4-18.
- Rogel Vide, Carlos. "Notas sobre el derecho de cita de obras literarias y artísticas", *La Ley* (1984): 980-987.
- Rogel Vide, Carlos. *Autores, coautores y propiedad intelectual*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Rogel Vide, Carlos. "De los límites a las infracciones del Derecho de Autor en España", *La Ley*, 1 (1989): 943 y ss.
- Rogel Vide, Carlos. "La inclusión de obras plásticas en las literarias y el derecho de cita", en *Nuevos Estudios de Propiedad Intelectual*. Barceloan: Bosch, 1995, 189-2008.
- Rogel Vide, Carlos. "Diseños, propiedad intelectual y propiedad industrial", en *Estudios completos de Propiedad Intelectual*, Vol. II Madrid: Reus, 2006, 51-75.
- Rogel Vide, Carlos. "Panorámica del daño moral en el Derecho español", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 4 (2016): 671-685.
- Sánchez Arroyo, Evelio. *Protección penal de los derechos de autor en España*, Tesis inédita, Universidad Complutense, Madrid, 1963.
- Simone, Raffaele. *La tercera fase: formas de saber que estamos perdiendo México*: Taurus, 2001.
- Strömholm, Stig. *Le droit moral de l'auteur*, I y II. Stockholm: Norstedt & Söner Förlag, 1967.
- Valverde, Calixto. *Derecho civil de España*. II Madrid: Cuesta, 1925.

- Van Empel, M. *The Granting of European Patents*. Leyden: A.W. Sijthoff, 1975.
- Vega Vega, José-Antonio. *Competencias estatales y autonómicas en materia de propiedad intelectual*. Madrid: Reus, 2020.
- Vega Vega, José-Antonio. *El plagio como infracción de los derechos de autor*. Madrid: Reus, 2018.
- Vega Vega, José-Antonio. "El plagio de las obras y los delitos contra la propiedad industrial". En *Propiedad intelectual e industrial. Conexiones y puntos de encuentro*, coord. por Carlos Valdés. Madrid: Reus, 2018, 195-249.
- Vega Vega, José-Antonio. "Acciones y procedimientos en defensa de la propiedad intelectual". En *Reformas recientes de la propiedad intelectual*, coord. por Carlos Rogel. Madrid: Reus, 2007, 159-222.
- Vega Vega, José-Antonio. *Protección de la propiedad intelectual*. Madrid: Reus, 2002.
- Vega Vega, José-Antonio. "Reflexiones sobre la protección del derecho moral". En *torno a los derechos morales de los creadores*, coord. por Carlos Rogel. Madrid: Reus, 2002, 111-146.
- Vega Vega, José-Antonio. "Nuevas tecnologías y protección de la propiedad intelectual". En *Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual*, coord. por Carlos Rogel. Madrid: Reus, 1999, 179-220.
- Vega Vega, José-Antonio. *Derecho de autor*. Madrid Tecnos, 1990.
- Vega Vega, José-Antonio. "Consideraciones sobre el plagio como infracción de los derechos de autor". *Revue Internationale de Droit Pénal* 1 (1978): 389-395.
- Zavala de González, Matilde. *Resarcimiento de daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA
Área de Derecho Mercantil
Departamento de Derecho Privado
Centro Universitario de Plasencia
Universidad de Extremadura
javega@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-2303-6562>

MISCELÁNEA



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.347>

ACCIÓN PÚBLICA Y DENUNCIA BAJO LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

PUBLIC LEGAL ACTION AND FORMAL COMPLAINT UNDER THE COURT OF AUDITORS JURISDICTION

EMILIO AGUAS ALCALDE¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 02/11/2021 Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

Se analiza en el presente trabajo la participación ciudadana en el control de los fondos públicos, orientado hacia el Tribunal de Cuentas, que tiene en España la competencia exclusiva de juzgar y restituir el menoscabo de los caudales públicos, sea cual fuere el ente o Administración Pública en que se produzca.

Palabras clave: Derecho Financiero, Derecho Presupuestario, Tribunal de Cuentas, participación ciudadana.

¹ Doctor por la Universidad de Navarra. Es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura desde el año 2004. En la actualidad, ejerce como Profesor Contratado Doctor del Área de Derecho Financiero y Tributario. Está dedicado a las siguientes líneas de investigación: Dependencia y fiscalidad; valoración de bienes y sistema tributario; la doble imposición; el control presupuestario.

ABSTRACT

Citizen participation in the control of public funds is analyzed in this paper, oriented towards the Court of Auditors, that in Spain it has the exclusive competence about the prosecution of accounting liability, that is, judging and restoring the impairment of public funds, whatever be the entity, or public administration, in which it occurs.

Keywords: Financial Law, Budgetary Law, Court of Auditors, citizen participation

Sumario: 1. *Función jurisdiccional del tribunal de cuentas.* 2. *Ambito y competencia jurisdiccional.* 2.1. *Del Tribunal.* 2.2. *Ámbito objetivo.* 3. *Legitimación en los procedimientos judiciales del Tribunal de Cuentas.* 3.1.. *En el ámbito de la Ley Orgánica.* 3.2.. *En el ámbito de la Ley de Funcionamiento.* 4. *El perjudicado en la jurisdicción contable.* 5. *La Acción Pública a iniciativa de particulares.* 5.1. *Consideraciones previas.* 5.1.1. *Subjetivas.* 5.1.2. *Procesales.* 5.2. *Requisitos.* 5.2.1. *De índole objetiva.* 5.2.2. *Alcance y Malversación.* 5.2.3. *Cuentas afectadas. Saldo y destino del Saldo* 5.2.4. *De índole subjetiva.* 5.3.. *Carga de la Prueba.* 5.4.. *Inadmisión, sobreseimiento y costas.* 6.. *Denuncia.* 6.1.. *Delimitación con las peticiones de fiscalización.* 6.2.. *La Denuncia en la normativa del Tribunal de Cuentas.* 6.3.. *Denuncias directamente ante el Tribunal de Cuentas.* 6.3.1. *Legitimación.* 6.3.2. *Ámbito subjetivo.* 6.3.3.. *Ámbito objetivo.* 6.3.4. *Carga de la prueba.* 6.3.5. *Tramitación.* 6.3.5.1. *Naturaleza de las actuaciones previas.* 6.3.5.2.. *Posibilidad de denunciar responsabilidades contables distintas del alcance.* 6.3.5.3. *Actuaciones previas.* 6.3.6. *Denuncias amparándose en normas de cobertura:* 6.3.6.1. *Denuncia directa.* Art. 116 *Ley de Bases de Régimen Local.* 6.3.6.2.. *Ley de Transparencia.* 6.4. *Denuncias ante otros órganos.* 6.4.1. *Gobierno y Ministerio de Hacienda.* 6.4.2. *Comunidades Autónomas.* 6.4.2.1. *OCEX.* 6.4.2.2.. *Oficinas y Agencias Anticorrupción.* 6.4.3. *En el ámbito Europeo.* 6.4.3.1. *Órganos.* 6.4.3.2. *Protección de denunciantes.* 7. *Prescripción.* 8. *Conclusiones.*

1. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

No es pacífico el carácter que el Tribunal de Cuentas (TCu) recibe en la Constitución Española de 1978, si bien resulta indiscutible que nuestra Carta Magna contiene un artículo dedicado en exclusiva a este órgano —el 136—; materia que ha generado debates y sentencias del Tribunal Constitucional², cuya competencia no sólo deriva del propio hecho de ser un órgano constitucional, sino porque el art. 8 de su Ley Orgánica 2/1982 (LOTCu) la atribuye expresamente a este Tribunal.

La LOTCu —dictada en atención al mandato del art. 136.4 CE— determina en su art. 2 una serie de competencias del TCu que, con carácter general, vienen ya señaladas por el texto constitucional.

Este art. 2 se desglosa en dos vertientes, por un lado, la función fiscalizadora del sector público, apdo. a) —qué es sector público en el art. 4.Uno— y, por otro, la jurisdiccional de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales públicos, apdo. b); este segundo apartado utiliza el término de “*enjuiciamiento*”, no el de jurisdicción, ahora bien, la Constitución sí hace referencia específica a la jurisdicción en el art. 136.4, redactado en sentido negativo: “*sin perjuicio de su propia jurisdicción...*”.

En una primera aproximación puede percibirse que la primera, la fiscalización, tiene un carácter orgánico, está dirigida a la actividad de los órganos, en tanto que la segunda, la jurisdiccional, tiene un carácter personal, dirigida a los individuos intervinientes de cuya actuación pueda inferirse mala praxis.

El art. 3 se refiere a competencias de orden interno del propio Tribunal, así como su capacidad reglamentaria, no sólo de orden interno, sino de la Ley de

2 Como señala el voto particular concurrente del Magistrado Rafael de Mendizábal Allende, hay tres excepciones a la potestad jurisdiccional del Poder Judicial, la militar, la propia del Tribunal Constitucional, y la del Tribunal de Cuentas, vid. STC 190/2000, de 13 julio, apdo. 2º del voto particular. A modo de ejemplo vid. Pascual Sala Sánchez, “La jurisdicción contable: las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España”, *Revista española de control externo*, vol. 7, 21 (2005), 89 y sigs.; José Antonio Pajares Giménez y Javier Medina Guijarro, “La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su “propia jurisdicción” en la historia y en la Constitución Española”, *Revista española de control externo*, 7, 21 (2005).

Funcionamiento —Ley 7/1988 LFTCu—, junto con la exigencia de su publicación en el BOE³.

Los apdos. Dos y Tres del artículo art. 4 añaden competencias referidas a la fiscalización de las subvenciones y ayudas públicas concedidas a personas físicas o jurídicas, así como a la actividad económica y financiera de los partidos políticos.

2. ÁMBITO Y COMPETENCIA JURISDICCIONAL

2.1. DEL TRIBUNAL

La demarcación de la función jurisdiccional del TCu cubre todo el territorio nacional y es de planta única, es decir, no existen órganos ni delegaciones territoriales⁴.

La competencia para el enjuiciamiento de la responsabilidad contable es exclusiva y los restantes órganos de control externo, v. gr. los órganos de control externo de las CC.AA. (OCEX), carecen de competencia jurisdiccional⁵.

3 En la práctica no se han dictado normas de desarrollo para la función jurisdiccional, vid. BOE y la web del TCu. El Reglamento del Tribunal de Cuentas de 1935, publicado en la Gaceta de Madrid de 18 de julio de 1935, págs. 657-679, que desarrolla la Ley del Tribunal de Cuentas de 1934, —aprobado durante la República por la Comisión Permanente del Tribunal de Cuentas en el Congreso de los Diputados— fue derogado por la DF primera de la LFTCu de 1988.

4 Cfr. Manuel Pulido Quecedo, "El Tribunal de Cuentas como órgano jurisdiccional (Apunte de la STC 215/2000)", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 3 (2000), 1 del documento; Begoña Pérez Bernabeu, "El control de la actividad financiera", en *Manual de Derecho presupuestario y de los gastos públicos*, ed. Luis Alfonso Martínez Giner (Tirant lo Blanch, 2018), 129. En el ámbito de la fiscalización el art. 29.4 LFTCu prevé la posibilidad de que existan secciones territoriales en las CC.AA. que no tuviesen su propio órgano de control externo. Este apartado fue introducido por el art. 22.1 de la Ley 15/2014 de Racionalización del Sector Público, dado que, como señala su exposición de motivos:

"En el ámbito de la fiscalización de cuentas, cuatro Comunidades Autónomas (Cantabria, Extremadura, La Rioja y Murcia) no cuentan con órgano de control externo (OCEX), y una quinta (Castilla-La Mancha) está a punto de suprimirlo. En este escenario, parece razonable que la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas contemple la posibilidad de establecer, allí donde no existan o se supriman OCEX, secciones territoriales del Tribunal. Así se contemplaba en el artículo 14 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, antes de su derogación por la disposición final primera 2 de la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas."

5 El Tribunal Constitucional se pronunció sobre esta cuestión atribuyendo a los OCEX competencias instructoras, pero no jurisdiccionales, vid. STC 187/1988, de 18 de octubre.

El art. 17.1 LOTCu lo expresa así: “La jurisdicción contable es necesaria e improrrogable, exclusiva y plena”.

2.2. ÁMBITO OBJETIVO

El objeto que el TCu tiene atribuido en su función jurisdiccional es el menoscabo de caudales públicos orientado a su restitución (acción de regreso o de reintegro) por quien se considere responsable de tal menoscabo —junto con los sujetos que pueda extenderse la responsabilidad: solidarios, subsidiarios, sucesores—⁶.

3. LEGITIMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

3.1. EN EL ÁMBITO DE LA LEY ORGÁNICA

El Título IV de la LOTCu lleva por título “Funcionamiento del Tribunal”, distinguiendo, por un lado, los procedimientos fiscalizadores — art. 45—, y por otro, los procedimientos judiciales —arts. 46 a 49—.

Esto es, distingue, el funcionamiento referido a la fiscalización del art. 2 a, del referido a la función jurisdiccional del art. 2. b.

Pues bien, en relación con la jurisdiccional dedica un apartado específico a la legitimación:

“Art. 47.Uno. Estarán legitimados para actuar ante la jurisdicción contable quienes tuvieran interés directo en el asunto o fueren titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso”.

6 Vid. Paulino Martín Martín, “Posibilidades y limitaciones de la jurisdicción contable ante la corrupción”, *Revista española de control externo*, vol. 1, 3 (1999), 123-126 y 129-130; Rafael Calvo Ortega y Juan Calvo Vérguez, *Curso de derecho financiero: I. Derecho tributario. Parte General, Parte Especial -- II. Derecho presupuestario*, 25 ed. (Cizur Menor, Navarra: Civitas, 2021), 807.

Una primera lectura de la LOTCu hace pensar que cualquier persona que tenga interés en el asunto puede actuar ante la jurisdicción contable, sea física o jurídica. Así como que dicho interés legítimo, o titularidad de derechos subjetivos, ha de entenderse en su sentido general del Derecho, dado que es una expresión común y general en el Derecho.

En un sentido amplio podría entenderse que todo ciudadano tiene legitimación para actuar ante el TCu, dado que los caudales públicos proceden de los contribuyentes, que los sufragan, y ese es el bien protegido por el TCu y su ámbito de competencia, v. gr. ingresos y gastos de presupuestos públicos (art. 9.2 de la LOTCu)⁷.

3.2. EN EL ÁMBITO DE LA LEY DE FUNCIONAMIENTO

La LFTCu no contiene referencias al art. 47. Uno de la LOTCu, únicamente a los apartados Dos —art. 55— y Tres —art. 57—.

El art. 55 considera legitimación activa la que tiene la Administración o entidad perjudicada —así como al Ministerio Fiscal—, y legitimación pasiva la de los sujetos responsables, y cuantas personas se consideren perjudicadas en el proceso.

El art. 56 se dedica a la denominada acción pública⁸, esto es, aquélla que puede ejercerse por cualquier persona —que cumpla las condiciones requeridas— frente a la actuación que suponga menoscabo de caudales públicos.

7 Por todos, vid. el trabajo de Carlos Cubillo Rodríguez, "La "acción popular" en el orden jurisdiccional contable", *Revista de derecho procesal*, 2 (1992).

8 Es frecuente su asimilación a la "acción popular", vid. Felipe García Ortiz, "Evolución de la jurisdicción contable en el nuevo marco constitucional y situación actual", *Revista española de control externo*, vol. 20, 60 (2018), 161; José Manuel Suárez Robledano, "El futuro del Tribunal de Cuentas (especial referencia a la jurisdicción contable)", *Revista española de control externo*, vol. 19, 55 (2017), 13; Luis Vacas García-Alós, "La judicialización del Tribunal de Cuentas y su dimensión constitucional", *Cuadernos de derecho público*, 29 (2006), 38; Cubillo Rodríguez, "La "acción...", Juan José Barrenechea de Castro, "El tribunal de Cuentas ante el futuro: en el XX aniversario de la ley Orgánica", *Revista española de control externo*, vol. 4, 12 (2002), 139; Martín Martín, "Posibilidades...", 127. También es frecuente que el TCu use la expresión "acción popular", a modo de ejemplo, vid. Auto del TCu, nº 13, de 12 de diciembre de 1999.

De esta forma, la legitimación prevista por el art. 47.Uno LOTCu parece entenderse como genérica, como una especie de principio jurídico, siendo concretado su ámbito por los apdos. Dos y Tres, lo cuales son desarrollados por los arts. 55 y 56 LFTCu⁹.

Desde la perspectiva de los ciudadanos, la legitimación se manifiesta en un doble ámbito:

Aquella referida a los procesos iniciados por entes públicos en los que puedan verse llamados los particulares —art. 56.1—.

La que pueda iniciarse por promoverla ellos mismos —art. 56.2—¹⁰.

Los particulares, en el caso del 56.1, tienen un plazo de 9 días para personarse desde su citación mediante edictos en el tablón del propio TCu, del BOE y de la Provincia en la que sucedieron los hechos; cuando se refiera a cuestiones de entidad autonómica o local también en el boletín de la Comunidad Autónoma. Transcurrido dicho plazo podrá personarse, pero no se retrotraerán las actuaciones —arts. 47.3, 56.1 y 68 LFTCu—.

La participación de un perjudicado directo en un proceso, aun cuando sea un particular, no debería considerarse acción pública, y menos “acción popular”, dado que por definición ésta se reserva para quienes no son perjudicados directos, en tanto que quien tenga un interés legítimo o un derecho subjetivo afectado, también por definición, ha de entenderse como perjudicado.

Dado el bien protegido, la asimilación goza de todo el sentido, no así las consecuencias resultantes de su enfoque procesal.

9 En cierto modo se produce no sólo una subordinación de la LOTCu a la LFTCu como ya indicara el Fiscal Jefe del Tribunal de Cuentas, sino que además deviene limitadora del derecho fundamental de acceso a la tutela judicial efectiva: vid. Barrenechea de Castro, “El tribunal...”, 139.

10 En el trabajo de Cubillo Rodríguez, “La “acción...””, 277-278, se transcribe un esquema muy ilustrativo con las opciones que presenta la tramitación de la acción pública. Vid. también Olayo E. González Soler, “Las actuaciones preparatorias de los procesos contables”, *Revista española de control externo*, 15, 45 (2013). 88-89.

Por consiguiente, compartimos con Cubillo Rodríguez que no es acción pública, pero creemos que tampoco es “acción popular”, al menos cuando el particular ejercitante de la acción tenga el interés legítimo que predica el art. 47.Uno¹¹.

Entendemos que la legitimación predicada por el art. 47.Uno LOTCu referida a particulares parte de un interés legítimo, propio y directo, y que el art. 47.Uno LOTCu no se manifiesta únicamente en las dos opciones de sus siguientes apartados Dos y Tres, que son dos manifestaciones específicas de legitimación, no dos únicos géneros de una especie, sin embargo, el apdo. 47.Uno se ve sustraído por la LFTCu¹².

4. EL PERJUDICADO EN LA JURISDICCIÓN CONTABLE

De lo expuesto en el apartado anterior se infiere que a efectos del TCu la condición de perjudicado activo es atribuida exclusivamente al ente cuyos caudales se hayan visto menoscabados, tal parecer ser el sentido general con el que esta expresión se aplica en el ámbito estudiado.

Este término, precisamente respecto de la legitimación, también se usa en el art. 55.2 para los “perjudicados pasivos”, cuando indica: “... y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso”. Tratándose de legitimación pasiva, y no activa, es claro que se refiere a personas a las que pueda extenderse la obligación exigida al demandado responsable principal¹³.

Por consiguiente, si la acepción de perjudicado apuntada es exclusivamente la referida a los entes menoscabados, cualquier personado activamente en el

11 Cubillo Rodríguez, tras una exhaustivo análisis, concluye que en el ámbito de la jurisdicción contable cuando la acción sea ejercida por el Ministerio Fiscal se estaría propiamente ante acción pública —consecuencia de una función-deber institucional—, en cambio, cuando sea ejercida por el particular se ajustaría a la acción popular —consecuencia de un Derecho cívico—, vid. Cubillo Rodríguez, “La “acción...””, 266.

12 De la tramitación parlamentaria puede llegarse también a esa conclusión, en las enmiendas propuestas se observa que ya se percibía la desviación de la LFTCu respecto del camino marcado por la LOTCu en el sentido arriba expuesto, sobre éstas, vid., p. ej., Cubillo Rodríguez, “La “acción...””, 270-274.

13 Un supuesto es el de los interventores y ordenadores de pagos señalado en el art. 179 LGP; vid. Calvo Ortega y Calvo Vérguez, *Curso...*, 808-9.

proceso que no sea la Administración o Ente cuyos fondos estén en cuestión será considerado tercero amparado bajo la acción pública.

Entonces, cabe preguntarse dónde queda el interés legítimo o titularidad de derechos subjetivos afectados a que hace referencia el art. 47. Uno LOTCu como eje esencial de la legitimación; norma que, como ya se ha comentado, en opinión del Fiscal Jefe del TCu, se ve subordinada en este punto a la LFTCu.

Dicho de otra forma, si sólo es perjudicado el ente cuyos fondos estén en debate, y toda aquélla otra persona que participe de la acción, bien como llamado —art. 56.1—, bien a iniciativa propia —art. 56.2—, se considera que ejerce acción pública, a su vez identificada con la acción popular —cuyo concepto original es para terceros con un interés difuso—, ¿dónde queda el perjudicado por verse afectado su interés legítimo o derechos subjetivos afectados del art. 47.1 LOTCu?

5. LA ACCIÓN PÚBLICA A INICIATIVA DE PARTICULARES

5.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

5.1.1. *Subjetivas*

Dado que la interposición de acción —salvo por el ente perjudicado, art. 55, LFTCu, o de oficio—, o participación en una ya incoada, se consideran acción pública, cuando un miembro del ente perjudicado (p. ej. un diputado o un concejal en el caso de representantes públicos, una persona que ocupe un puesto técnico, un patrono de una fundación, un directivo de una sociedad pública, etc.) actúa en nombre propio, igualmente se considera acción pública, sea su participación a raíz de una acción iniciada de oficio o por el ente público, sea a iniciativa del propio particular interesado integrante del ente cuyos caudales se hayan visto mermados.

Por la propia actividad ejercida por estas personas, resulta palmario que tienen mayor posibilidad, aunque también limitada, de conocer el manejo de las cuentas públicas, si bien probablemente derivará más del ámbito de la actividad

como tal que del conocimiento contable, no obstante, resulta incuestionable que estas personas tendrán mayor acceso a la prueba que quien no se encuentre inmerso en el propio ente cuyo manejo de caudales se cuestiona¹⁴.

El objeto de este trabajo se enfoca hacia las personas que por cualquier motivo (en principio la esfera de su propio interés legítimo o derechos subjetivos afectados)¹⁵ tuvieran conocimiento de manejo indebido de los fondos públicos (tanto en la vertiente de los ingresos, como de los gastos)¹⁶; pero también por el mero cumplimiento de un deber ciudadano¹⁷, si bien en este caso sería más propia la vía de la denuncia.

5.1.2. Procesales

La LFTCu regula en su Título V la “Jurisdicción Contable y sus procedimientos”, los denominados “juicio de las cuentas”, de “reintegro por alcance”, y “cancelación de fianzas”.

La acción pública, cuando se incardine mediante personación en un procedimiento ya iniciado podrá hacerse tanto en un juicio de cuentas como en el de reintegro por alcance, y cuando inicie la acción cabrá dar lugar a ambos, dado que el art. 56.2 permite al Consejero de Cuentas remitirlo bien al Departamento al que corresponda el ente en cuestión, o al órgano fiscalizador que hubiere tratado el procedimiento, si lo hubo, del art. 45; o bien, tramitarlo por el art. 46 y

14 Sobre el interés que estas personas pudieran tener en actuar ante el TCu, vid., por ejemplo, en el ámbito local, María Guadalupe Fernández Espinosa, "Las Corporaciones Locales y el Tribunal de Cuentas: los escritos de denuncias, peticiones de fiscalización y consultas dirigidos a este órgano constitucional", *Revista de administración pública*, 147 (1998), 369-370; como señala la interventora del TCu, en ocasiones la propia dificultad que tienen para acceder a la documentación del ente desencadena que soliciten amparo al TCu, lo cual queda fuera de su ámbito de competencia, vid. pág. 375.

15 Ámbitos de eficacia sobre los cuales ha escrito la doctrina, en particular los propios integrantes del TCu, vid., a modo de ejemplo, el trabajo del Presidente de la Sección de Enjuiciamiento del TCu: Martín Martín, "Posibilidades...", a lo largo del artículo se citan numerosos ejemplos, en particular pág. 138.

16 En el caso de los gastos resulta indubitado, pero en el de los ingresos, por ejemplo, liquidar una tasa de licencia de obras por cuantía inferior a la debida para beneficiar al sujeto gravado, también puede ser competencia del TCu y objeto de acción pública, vid. la STCu 8/2000, de 3 de julio.

17 Vid. Miguel Angel Torres Morato, "La relación del ministerio público con los órganos de control externo", *Revista española de control externo*, 20, 60 (2018), 183-184 y la jurisprudencia del TS ahí citada.

47. En el primer caso podría dar lugar a un juicio de cuentas, en el segundo podría dar lugar a uno de reintegro por alcance¹⁸.

Puede concluirse que, dado que la vía del art. 45 LFTCu da lugar al juicio de responsabilidad contable distinta del alcance, y la del art. 47 da lugar al juicio de reintegro por alcance, si la acción interpuesta recae sobre un expediente distinto del alcance, iría por el art. 45, en tanto que, si no es así, iría por la vía de los arts. 46 y 47.

Conforme al art. 56 habrá de ser el Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento en quien haya recaído quien decida la vía a tomar¹⁹.

La finalidad, tanto del juicio de cuentas como del reintegro por alcance, es similar —en esencia se corresponde con la propia función jurisdiccional del TCu que predica el art. 49.1 LFTCu—, en ambos se trata de dilucidar la responsabilidad y exigirla previa liquidación provisional —efectuada en una fase previa—²⁰,

18 También podría entenderse que cuando inicie la acción sólo podrá dar lugar al de reintegro por alcance, en tanto que cuando haya expediente previo correspondería el juicio de cuentas que requiere expediente previo con formación de pieza separada bien por la propia función fiscalizadora del TCu, bien por denuncia ante el TCu o ante otro órgano, interpretación señalada por Sala Sánchez sobre el ámbito de cada proceso con anterioridad a la aprobación de la LFTCu, vigente todavía el Reglamento de 1935 y sobre la base del Anteproyecto de la Ley de Funcionamiento, que así lo preveía, anteproyecto modificado dando la redacción actual; vid. Sala Sánchez, "La jurisdicción...", 120-121. Este trabajo reproduce uno de 1984, fecha del anteproyecto, por consiguiente, Sala Sánchez al realizar ese trabajo no pudo prever la dicotomía entre los arts. 45 y 46-47 efectuada a raíz de la LFTCu.

Como señala Pajares Giménez: "El anteproyecto, pues, para diferenciar el juicio de cuentas del procedimiento de reintegro por alcance no hacía sino acoger y dar forma a los precedentes históricos: responsabilidad contable (antes solamente alcance) detectada dentro o fuera de las cuentas", vid. José Antonio Pajares Giménez, "El diseño de las actuaciones previas en el ámbito de la armonización de la jurisdicción contable", *Revista española de control externo*, 2, 6 (2000), 167. Y es que, como recalca este autor, la formación de "pieza separada" es genuina creación de la Ley de Funcionamiento, vid., op. cit., págs. 156-157, rompiendo con todos sus precedentes, históricos y legislativos, incluido el propio anteproyecto, vid. págs. 168-169.

19 Vid. González Soler, "Las actuaciones...", 90.

20 Debe distinguirse la responsabilidad del "cuentadante", esto es, quien debe presentar o rendir las cuentas —tanto la presentación como su veracidad—, de la responsabilidad contable en que se pueda incurrir, vid. art. 138 LGP, en particular su apdo. 2. No todas las responsabilidades del cuentadante son responsabilidad contable, sino aquéllas que, mediando dolo, culpa o negligencia grave, produzcan daños y perjuicios a la Hacienda de que se trate (menoscabo). De esta forma el cuentadante puede tener responsabilidad contable que no sea por alcance, siendo sujeto del juicio de cuentas, y no del de reintegro por alcance; así, grosso modo, el juicio de alcance está orientado a las autoridades y representantes públicos en el ejercicio de su actividad de gasto o ingreso (o personas que tengan a su cargo el manejo de fondos públicos), el juicio de las cuentas, a los cuentadantes cuando hubo menoscabo distinto del alcance. Dicho de otra forma, si bien las autoridades y representantes públicos en el ejercicio de su cargo son cuentadantes respecto de los fondos públicos que tengan a su cargo, es poco probable, porque la naturaleza de su actividad no es contable, que se den en ellos las características del juicio de cuentas.

ahora bien, como se ha adelantado, hay diferencias, en primer lugar, que el art. 45 está previsto para el juicio de cuentas entendiendo como tal cualquier otro distinto del reintegro por alcance, lo que incluye también daños y perjuicios distintos del alcance y su correspondiente cuantificación²¹; en segundo lugar, que el de cuentas surge de una actividad fiscalizadora previa en el examen de una cuenta o grupo de cuentas, de la que se forma una pieza separada²², y en el contable —art. 46.1—, puede proceder tanto de ese examen, de cualquier otro procedimiento fiscalizador, o de aquéllos que hubieran tenido lugar al margen del proceso normal de rendición de cuentas al Tribunal²³.

El contenido de este trabajo, acción pública a iniciativa de particulares, no deja lugar a dudas de que la cancelación de fianza queda fuera de su objeto.

5.2. REQUISITOS

5.2.1. De índole objetiva

El art. 56 LFTCu, sobre legitimación de la acción pública del art. 47.3 LOTCu, concreta una serie de requisitos que debe tener el escrito de comparencia, redactados en el 56.2 y la consecuencia de su falta en el 56.3, cuales son:

- Que merezca la calificación de contable (incardinado en la jurisdicción contable)
- Que se individualicen los supuestos de responsabilidad

21 Vid. Pajares Giménez, "El diseño...", 171 y sigs.; Pérez Bernabeu, "El control...", 131.

22 De ahí que la "pieza separada" se forma no se instruye. Como señala Pajares Giménez la "pieza separada" sólo se formará tras la finalización del procedimiento fiscalizador del art. 44 LFTCu (que harías las veces de instrucción), por lo que para el juicio de cuentas no es necesaria la instrucción del art. 47 prevista para el juicio de alcance; en tanto que para el de reintegro por alcance se prevé la instrucción porque no es necesario que el procedimiento fiscalizador previo esté terminado.

23 La dificultad de armonizar la pieza separada del art. 45, con la instrucción del art. 47 ha sido puesta de manifiesto por el letrado y Secretario General del TCu, vid. Pajares Giménez, "El diseño...", 155-157. Por otra parte, según indica el Consejero de la Sección de Enjuiciamiento hoy en día la formación de la pieza separada casi ha desaparecido, siendo reconducidos al alcance vid. García Ortiz, "Evolución...", 164. Esto es, en la práctica se ha vuelto al régimen histórico previo a la LFTCu.

- Que se haga bien con referencia a las concretas cuentas afectadas, bien con referencia a concretos actos de intervención, administración, custodia o manejo de bienes, caudales o efectos públicos

De lo expuesto se deriva que existen dos requisitos de contenido que han de cumplirse en todo caso, uno en relación con cuestiones formales, la competencia, y el otro con cuestiones probatorias.

Este segundo es el de la individualización de los supuestos de responsabilidad. La individualización podría entenderse en un doble sentido, subjetivo u objetivo, esto es, bien que se refiera a concreción de los sujetos a los que se considera responsables, bien a la concreción de los hechos generadores de responsabilidad. Dado que el objeto del verbo individualizar se refiere a “los supuestos”, parece claro que alude a los hechos.

Por otra parte, la Ley establece dos mecanismos para individualizar esos hechos, señalando las concretas cuentas afectadas o señalando los actos —las actuaciones— que infieran el mal uso de los fondos públicos, el menoscabo.

El TCu se ha pronunciado reiteradamente sobre estos requisitos siendo paradigmático, por su frecuente reiteración en sucesivos Autos y Sentencias, el FD 4º del Auto de 20 de julio de 2007, que dice:

“Esta Sala de Justicia ha venido interpretando los requisitos de ejercicio de la acción pública buscando un equilibrio, a veces difícil, entre el principio del *favor actionis* o *pro actione*, como manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y el intento de atajar iniciativas frívolas e inadmisibles de instrumentalizar la Administración de Justicia al servicio de intereses ajenos a ella. La búsqueda de ese punto de separación entre el derecho y el uso fraudulento del mismo ha producido abundantísima doctrina de esta Sala, que podría resumirse en la idea de que si el escrito de interposición de la acción pública reúne a un nivel mínimo los requisitos de identificación de los hechos a los que se atribuye el efecto de poder producir responsabilidad contable y denuncia alguna infracción legal, se abre la puerta a la incoación de las actuaciones previstas en el artículo 47 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, a fin de que

un Delegado Instructor del propio Tribunal verifique la denuncia e investigue los hechos objeto de la misma, y así poder llegar a formular sus conclusiones acerca de la existencia o no de solidos indicios de responsabilidad contable que justifiquen la apertura de un juicio para el planteamiento y resolución de pretensiones de dicha clase.

No obstante, si de dichas actuaciones instructoras se desprendiese de manera clara e inequívoca la inexistencia de responsabilidad contable se procedería a acordar el archivo de lo actuado. Esto es, el principio *pro actione* no alcanza a que la jurisdicción contable mantenga abierto un procedimiento sobre unos hechos absolutamente irrelevantes para la misma.”

5.2.2. Alcance y malversación

El art. 72 LFTCu define el alcance y la malversación²⁴. El apdo. 1 define el “alcance” como el saldo deudor injustificado de una cuenta, o la ausencia de su justificación, y el 72.2 considera malversación su sustracción, o el consentimiento para que ésta se verifique, o su aplicación a usos propios o ajenos por parte de quien los tenga a su cargo.

Así, la malversación viene a ser una especie cualificada del género más amplio del alcance, dado que el saldo injustificado o su ausencia de justificación requiere de su sustracción, o su consentimiento, o aplicación a usos que no le correspondan realizados por quien tenga a su cargo ese saldo.

24 En este sentido debe observarse también lo recogido por el art. 177 LGP sobre los hechos que pueden generar responsabilidad patrimonial, el apdo. 1.a señala directamente el alcance, que se remite al TCu Cuentas por el art. 180.1, ahora bien, los restantes supuestos, letra b) a la f), inician un procedimiento administrativo cuya resolución puede ser recurrida ante la Sala de Justicia del TCu conforme al último párrafo del art. 180.2 LGP. Estos supuestos se hayan recogidos en el RD 700/1988, que comentamos en apartado posterior. Cabe preguntarse si por patrimonial debería entenderse contable, o si la contable se entiende como una clase integrante de la patrimonial para el caso de que haya menos-cabo, o si la utilización del término patrimonial para englobar ambas es inadecuado.

5.2.3. Cuentas afectadas. Saldo y destino del saldo

El art. 74.1 LFTCu indica que en el juicio de reintegro por alcance caben dos supuestos, el alcance o la malversación.

De lo expuesto puede deducirse que la identificación de las cuentas afectadas se refiere propiamente al alcance, dado que éste se predica de los saldos; en tanto que la de señalar las actuaciones de las que se desprenda el mal uso de los fondos estaría enfocada a la malversación, dado que éste se predica del destino de ese saldo, en cuyo caso, según la literalidad normativa, no debería ser necesario concretar las cuentas.

La referencia a las cuentas afectadas como una de las dos vías para individualizar los hechos hace preguntarse cuál es el contenido de esa expresión, si se refiere a partidas presupuestarias concretas, a las cuantías, o a alguna otra cosa.

Dada la amplitud con que se refiere a las cuentas, no permite concretar a qué se refiere el art. 56.2 y 3 cuando exige la “referencia específica a cuentas determinadas”, exigencia que también se precisa para el juicio de alcance iniciado de oficio o de parte, dado que el art. 46.2 —ubicado en el Capítulo XI sobre “De las actuaciones previas a la exigencia de responsabilidades”— señala:

“cuando los hechos, manifiestamente, no revistan caracteres de alcance o cuando no fuere éste individualizado con referencia a cuentas determinadas o a concretos actos de administración... podrá el Consejero de Cuentas a que hubiere correspondido... decretar el archivo de las actuaciones”.

Esto es, a quien interponga una acción de reintegro por alcance se le requiere las mismas exigencias de identificación que a la propia acción fiscalizadora del TCu.

5.2.4. De índole subjetiva

Desde el punto de vista de interposición de la acción ya se ha expuesto en apartados anteriores, la cuestión ahora es si resulta necesario identificar al

sujeto responsable, en términos del art. 55.2 LFTCu el sujeto pasivo de la acción, en particular el responsable, o responsables, principal.

Del texto del art. 56 no se concluye que entre los requisitos de la acción pública esté el de identificar el sujeto pasivo de la acción, sí el ente perjudicado evidentemente, pero no el sujeto contablemente responsable.

Como señala González Soler los procedimientos cuyo sujeto no esté individualizado son propios de la actividad fiscalizadora del TCu, no de la jurisdiccional, ahora bien, cuando derive de la acción de un particular, sobre la base de la tutela judicial efectiva y el principio *favor actionis* nada obsta a que este primer trámite se circunscriba al objeto²⁵.

5.3. CARGA DE LA PRUEBA

El art. 56 LFTCu atribuye la misma carga de la prueba a un interesado cuyos intereses legítimos puedan verse afectados, o a cualquier interesado en general, que la atribuida a sus propios órganos de fiscalización en el art. 46.2.

Dada la capacidad de obtención de pruebas que la función fiscalizadora del TCu atribuye a sus órganos fiscalizadores²⁶ —amén del dominio de la materia—, podemos concluir que estos requisitos son, o bien demasiado laxos con unos o, por contraposición, demasiado exigentes con los otros, nos inclinamos por esta segunda posibilidad²⁷.

²⁵ Vid. González Soler, "Las actuaciones...", 96.

²⁶ La LFTCu concede al TCu en su función fiscalizadora, entre otras atribuciones, acceso completo a las cuentas de los entes conforme al art. 31, desarrollado en los artículos siguientes; la previsión de los arts. 41 a 43 LFTCu se encuentra recogida en el art. 11 LOTCu. Igualmente, el art. 7 LOTCu establece el deber de colaboración que alcanza a cualquier persona, reiterado en el art. 30 LFTCu, junto con la sanción por su incumplimiento.

²⁷ El letrado del TCu González Soler apuesta por la abolición de este criterio tan riguroso y, entre tanto, una interpretación contenida de los requisitos, puesto que: "en otro caso, se estaría amparando la falta de transparencia en la gestión de los caudales públicos porque se estaría impidiendo la iniciación de los procesos encaminados a conocer la legalidad de dicha gestión y, en su caso, a exigir la responsabilidad que resultara procedente", vid. González Soler, "Las actuaciones...", 97; en el mismo sentido vid. también Luis Vacas García-Alós, "Instrumentos específicos de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas ante la corrupción", *Revista española de control externo*, 2, 5 (2000), 130.

5.4. INADMISIÓN, SOBRESEIMIENTO Y COSTAS

En el procedimiento de reintegro por alcance la carga de la prueba recae sobre el ejercitante de la acción pública con la misma intensidad que sobre los propios órganos fiscalizadores del TCu, por tanto, la consecuencia más probable es la inadmisión, con causa en la ausencia del cumplimiento del requisito, esto es, aportar las pruebas exigidas por los apdos. 2 y 3 del art. 56 al momento de interponer la acción.

La inadmisión determina, según establece el art. 56.3 LFTCu, el abono de las costas por el ejercitante de la acción, calculada sobre la base de las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁸.

En cuanto al sobreseimiento el art. 74.2 remite a los supuestos previstos en la propia LFTCu, regulado en el art. 79. En este caso, si bien la causa habitual del sobreseimiento, falta de acreditación de los hechos que hubieren dado lugar a la incoación (aunque hay otros como el abono del alcance) se trata de una causa similar a los motivos de inadmisibilidad por no cumplir los requisitos del 56.2 y 3, la diferencia es clara, para el sobreseimiento es necesaria la previa admisión a trámite.

En caso de sobreseimiento habrá que estar a las características de cada caso, hay excepciones, pero como regla general el sobreseimiento no lleva aparejada la condena en costas. Debe tenerse en cuenta que en este caso se ha de pasar el criterio de admisión, convencer de una presunción de responsabilidad por alcance bajo lo señalado en el art. 56.2 y 3, por tanto, en este caso no debería haber condena en costas y el art. 79 no las prevé, a diferencia del art. 56.3.

²⁸ Durante la tramitación parlamentaria de la LFTCu para rebajar esta exigencia se solicitó sustituir el apartado 3, y añadir un 4º: "Si el escrito no reúne los requisitos necesarios del ejercicio de acción pública, se considerará denuncia".

6. DENUNCIA

6.1. DELIMITACIÓN CON LAS PETICIONES DE FISCALIZACIÓN

Ha de distinguirse entre las “peticiones de fiscalización” y las denuncias. En cuanto a las primeras, se efectúan bien sobre la base de entender que hay anomalías en la gestión, bien por no disponer de suficiente información de la situación contable del ente respecto del que se solicita.

La LOTCu atribuye competencia fiscalizadora al TCu, el art. 45 LOTCu determina que el impulso del procedimiento y la legitimación para iniciarla es del propio TCu, de las Cortes Generales y, dentro de su ámbito, de las Asambleas legislativas u otros órganos de representación que se constituyan en las Comunidades Autónomas.

El art. 45 LOTCu se ve completado con el art. 32.2 de la misma norma, que veta el inicio de un procedimiento fiscalizador cuya iniciativa no provenga de las instancias señaladas en el art. 45, así, la normativa determina que este tipo de peticiones de inicio de una fiscalización se verán rechazadas²⁹.

Pero también ha de tenerse cuenta que aquellas denuncias cuya solicitud implica la fiscalización de una entidad también se verán rechazadas, según señalan los Autos del TCu de 21 de octubre y 15 de diciembre de 1994, si bien en algunos OCEX se ha adoptado la postura inversa, transformar una solicitud de fiscalización en denuncia para así poder iniciar de oficio la fiscalización³⁰.

29 Vid. Fernández Espinosa, “Las Corporaciones...”, 371-372.

30 En el ámbito de los OCEX, Canarias y Cataluña han previsto en su normativa la posibilidad de tramitar como denuncias las solicitudes de fiscalización y con ello poder iniciar de oficio una fiscalización, vid. Amelia González Méndez, “La programación de las actuaciones fiscalizadoras en los órganos autonómicos de control externo”, *Quincena fiscal*, 20 (2009), 4 del documento. Ahora bien, hemos observado que la reforma de 2012 del de Cataluña ha eliminado la previsión que tenía el anterior de 1986.

6.2. LA DENUNCIA EN LA NORMATIVA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Tanto la LOTCu como la LFTCu carecen de regulación de la figura de la denuncia, no obstante, dada la naturaleza y función del TCU éste ha venido admitiendo su presentación³¹.

Por ello, para su presentación puede distinguirse entre:

- directamente ante el TCU sin otra norma de cobertura
- normas de otros ámbitos que permiten denunciar de forma directa ante el TCU
- de forma indirecta, denuncia ante otros órganos quienes en caso de apreciar menoscabo habrán de remitirlo al TCU

6.3. DENUNCIAS DIRECTAMENTE ANTE EL TRIBUNAL DE CUENTAS

6.3.1. Legitimación

En este punto debe distinguirse entre la capacidad para denunciar y la de ser parte en el procedimiento resultante. La legitimación en sentido estricto entraña la capacidad para ser parte por lo que no existe legitimación como tal³².

En el ámbito de la responsabilidad contable entendemos que existe posibilidad de ser parte en la función jurisdiccional, si la denuncia da lugar a juicio contable cabe personarse en el mismo sobre la base de los llamamientos, ahora bien, al no ser parte por la mera denuncia, ni aún teniendo un interés legítimo o titularidad de derechos subjetivos afectados, requiere estar pendiente del tablón

31 Dado que en las resoluciones del TCU se usa frecuentemente el término denuncia, por ejemplo, para referirse a los "hechos denunciados", se debe prestar atención para la desambiguación entre una y otra figura.

32 Fernández Espinosa, "Las Corporaciones...", 376. Los autos de la Sala del TCU, de 20 de octubre de 1994 y 19 de mayo de 1995, señalan en su FD II:

"La denominada por el recurrente «denuncia», que carece en el ámbito de las funciones del Tribunal de regulación y en modo alguno es comparable a la que así se denomina en la esfera penal, no tiene como efecto iniciar procedimiento jurisdiccional alguno, ya que se limita a poner en conocimiento del Tribunal de Cuentas determinados hechos susceptibles de constituir un tipo de responsabilidad contable, ni tampoco constituye al posible denunciante en parte del proceso, si no ejercita expresa y formalmente la acción pública del artículo 56 de la Ley de Funcionamiento".

de anuncios del TCu y del Boletín Oficial del art. 68, al que remite también el 71.3³³.

6.3.2. *Ámbito subjetivo*

La denuncia puede ser interpuesta tanto por quien tenga la obligación legal de hacerlo³⁴, como por cualquier ciudadano.

En este sentido dado que la normativa del TCu no recoge expresamente la figura de la denuncia, el propio Tribunal se ha planteado si ésta cabe o no; el Abogado del Estado solicitaba la inadmisión de las denuncias interpuestas por quienes no fueran obligados a interponerlas, respondiendo el Tribunal favorablemente al denunciante, los Autos n.º 11 de 20 de octubre de 1994 y n.º 17 de 19 de mayo de 1995 (FD II) señalan:

“El criterio del representante del Estado de desconocer e inadmitir como norma generalizada los escritos de denuncias presentadas por los ciudadanos o particulares, difícilmente parece tener justificación en el ámbito de la competencia de un Órgano constitucional como el Tribunal de Cuentas, al que están atribuidos como funciones la fiscalización del sector público y el enjuiciamiento de la responsabilidad contable, cuya razón de ser y finalidad primordial es fundamentalmente la defensa y protección del Erario público”³⁵.

33 Como señala Fernández Espinosa suele causar extrañeza entre los integrantes de las corporaciones locales que han presentado denuncia, por la que posteriormente se inicia un proceso, que no reciban información sobre la marcha del proceso; como indica la autora para ello deberían haberse personado ejercitando la acción pública del art. 56 LFTCu. Vid. Fernández Espinosa, "Las Corporaciones...", 377-378.

34 Este puede ser el caso de los funcionarios que tengan encomendadas las funciones de control, por ejemplo, art. 12 del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local.

35 En México, por ejemplo, el art. 59 de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación de 2016, establece que: "cualquier persona podrá presentar denuncias fundadas cuando se presuma el manejo, aplicación o custodia irregular de recursos públicos federales", de esta forma "la Auditoría Superior de la Federación, previa autorización de su Titular, podrá revisar la gestión financiera de las entidades fiscalizadas", vid. Óscar Nava Escudero, "El Sistema Nacional Anticorrupción en México y las nuevas atribuciones del órgano de control externo", *Revista española de control externo*, 20, 58 (2018), 175.

6.3.3. *Ámbito objetivo*

Dada la función y ámbito de competencia del TCu el contenido objetivo propio de la denuncia ante éste es el mismo que para la acción pública, el menoscabo, alcance y malversación, que ya hemos tratado en el apartado dedicado a los requisitos de la acción pública.

6.3.4. *Carga de la prueba*

En relación con las pruebas que deban aportarse junto con la denuncia dado que no existe regulación de la denuncia tampoco la hay de este aspecto, ahora bien, *mutatis mutandis*, resulta obvio que cuanto más se pueda aportar en el sentido ya estudiado de los requisitos de la acción pública, que sí vienen recogidos para su admisión a trámite en el art. 56 —identificación de las cuentas afectadas o de los actos relacionados con los caudales públicos en cuestión—, más posibilidades habrá de que se dé curso a la denuncia.

No obstante, dado que la denuncia no se tramita por el art. 56.1, como el inicio de acción pública, ello podría suponer, a priori, una mayor indagación por los órganos del TCu de las circunstancias del caso. Debe recordarse que el art. 46.2 exige para los órganos del TCu la misma carga probatoria que para la incoación de la acción pública, pero si la denuncia estuviere fundada aun sin las suficientes pruebas nada obsta a que fuesen los órganos encargados de la tramitación quienes sobre ese punto de partida obtuviesen las pruebas necesarias para el ejercicio de la acción jurisdiccional de responsabilidad contable que corresponda.

En el inicio de la acción mediante acción pública existe un doble filtro que, en esencia, recaerá sobre la prueba dado que primero es examinada por el Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento, antes de remitirse por la vía del art. 45, o la del 46, que a su vez requieren sus propios exámenes³⁶. En tanto

36 Vid. González Soler, "Las actuaciones...", 89-90 y 105.

que la denuncia no tiene el filtro del Consejero de Cuentas de la Sección de Enjuiciamiento.

6.3.5. Tramitación

6.3.5.1. Naturaleza de las actuaciones previas

Una cuestión fundamental a la hora de distinguir entre la acción pública y la denuncia es que aquélla se imbuye del carácter jurisdiccional al tener su acceso por la vía del art. 56 LFTCu, en cambio, la denuncia carece de dicho carácter³⁷.

Dado que se trata de una denuncia y no del ejercicio de una acción, con las diferencias que conlleva, el artículo aplicable será, según corresponda, el 45 o 46-47 LFTCu, en lugar del art. 56 para la acción pública³⁸.

6.3.5.2. Posibilidad de denunciar responsabilidades contables distintas del alcance

Sobre la figura de la denuncia orbita que su tramitación sea por el art. 46, esto es, si bien es cierto que no se señala de forma expresa que la denuncia haya de referirse exclusivamente a supuestos de alcance —entre otras cosas porque la

³⁷ El anteproyecto de la LFTCu incluía estos artículos entre los dedicados a la función jurisdiccional, lo cual fue criticado por el Informe del CGPJ, en particular porque se llevaba a cabo por un funcionario que no forma parte del órgano jurisdiccional, vid. Pajares Giménez, "El diseño...", 160-170. Este artículo se dedica, en esencia, a tratar la naturaleza no jurisdiccional de las actuaciones previas, por lo que nos remitimos a su trabajo.

³⁸ La materia de la naturaleza de las actuaciones previas ha cobrado repercusión en los escritos del Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado, de septiembre de 2021, con ocasión del recurso frente a las fianzas impuestas a cargos electos con inmunidad, en el sentido de que la inmunidad se predica del ámbito jurisdiccional, pero no de las actuaciones previas LFTCu porque carecen de carácter jurisdiccional y porque en ese momento de la tramitación aún no se ha formulado demanda. "La concurrencia de cuestiones prejudiciales, incluso cuando tuvieran carácter devolutivo, no impiden el desarrollo de las actuaciones previas", vid. Antonio López Díaz, "Comentario general de jurisprudencia contable: las cuestiones prejudiciales en la jurisprudencia contable", *Civitas. Revista española de derecho financiero*, 153 (2012), 7 del documento.

normativa no regula esta figura—, no es menos cierto que las referencias a la denuncia se ubican en el ámbito del art. 46 y 47³⁹.

La tramitación previa de la pieza separada del art. 45, o de la instrucción del art. 47, guardan diferencias importantes, pero en ambos casos se trata de responsabilidad contable, la primera sin alcance, y la segunda habiendo alcance.

La idea de limitar la denuncia exclusivamente al alcance ni se compadece con la de denunciar responsabilidades contables, ni hay norma que así lo delimite, al contrario, allí donde se prevean, éstas se refieren a la responsabilidad contable, sea cual fuere ésta, no al alcance, que la LFTCu lo ha desarrollado como es una especie del género más amplio de la responsabilidad contable.

Esto es, la normativa prevé una serie de infracciones e ilícitos contables, por los que habrá de indemnizarse a la Hacienda Pública correspondiente y que son denunciables, tanto por los obligados a hacerlo, como por cualquier ciudadano, pues bien, las previsiones sobre denuncia del art. 145 LGP, y las del Real Decreto 700/1988 sobre responsabilidad contable del Título VII LGP, que admite la denuncia en sus arts. 2.1.d) y 7, se refieren a la responsabilidad contable, en el bien entendido de que la denuncia ni incoa el procedimiento por sí misma, ni se es parte en el procedimiento que pueda ser incoado.

6.3.5.3. Actuaciones previas

Dado que la denuncia no inicia el procedimiento por sí misma, su posterior tramitación dependerá de si los hechos denunciados constituyen alcance o no. En el caso de que no sea alcance requerirá de un procedimiento fiscalizador de cuya conclusión se forme una pieza separada⁴⁰ —que pudieran ya existir uno u otro, el procedimiento fiscalizador con lo previsto en el art. 44 LFTCu, y la pieza

39 Así lo especifica, p. ej., Fernández Espinosa, "Las Corporaciones...", 377.

40 En criterio del TCu, como se ha comentado a lo largo del trabajo, el procedimiento fiscalizador debería existir ya, dado que la denuncia no debe siquiera ser supuesto de motivación para iniciar una fiscalización. En realidad, dado que la fiscalización se puede iniciar de oficio, nada obsta a que pudiera provocar la iniciación, tal como se hace en algunos OCEX.

separada del art. 45⁴¹—. En el caso de que constituya alcance y se decida darle trámite habrá de realizarse la instrucción prevista en el art. 47 LFTCu, conforme al cual se ha de nombrar el Delegado Instructor señalado por el art. 46.1.

El art. 26. Uno LOTCu señala que “la instrucción de los procedimientos de reintegro por alcance se efectuará por los Delegados Instructores”. El apdo. Tres especifica que cuando las CCAA en las que hayan ocurrido los actos que puedan constituir alcance hayan establecido sus propios órganos de fiscalización, el TCu podrá delegar la instrucción en estos órganos.

Los elementos que componen la instrucción se especifican en el art. 47 consistentes en la averiguación, liquidación, aseguramiento de la responsabilidad y cuantía del alcance, así como la remisión del tanto de culpa, si lo hubiere⁴².

6.3.6. Denuncias amparándose en normas de cobertura

La normativa del TCu no prevé la figura de la denuncia, en consecuencia, tampoco prevé ningún régimen procedimental, de lo cual puede inferirse que las posibilidades de que salga adelante son muy pocas —si bien no llevan costas—, por lo que una opción de que tengan mejor acogida es realizarlas amparándose en una norma de cobertura que sí las prevea específicamente.

41 La pieza separada no tiene una tramitación y diligencias tasadas, sino que ha de ser suficiente para concretar los hechos, posibles responsables y cuantificación del menoscabo, sin excederse a los ámbitos competenciales propios de la Sección de Enjuiciamiento, vid. Pajares Giménez, “El diseño...”, págs. 173-176. El motivo es que la “instrucción” del art. 44 sería el previo procedimiento fiscalizador que da lugar a la pieza separada.

42 En la práctica, como expresa el letrado del TCu González Soler, se centran más en el cumplimiento de los requisitos probatorios y la culpabilidad deducible de los mismos, que en la averiguación de los hechos: “No es tal lo que dice la LFTCu, pero la doctrina de la SEJTCu es reiterada al respecto, lo que, en mi opinión, ha podido determinar que se desvirtúe la naturaleza de los Delegados Instructores, dejando de ser órganos de averiguación de los ilícitos contables para convertirse en órganos de control de los mismos, lo que entraña la posibilidad de que, realizada una valoración sobre la antijuricidad de la conducta o sobre la culpabilidad de su autor, si se concluye que aquélla no es contraria a derecho o que sus autores no han actuado con dolo o culpa grave (art. 49.1 LFTCu), se pueda dictar acta de liquidación provisional negativa sin llevar a cabo averiguación alguna”, vid González Soler, “Las actuaciones...”, 99, y, por todos, el Auto n.º 1 TCu, de 8 febrero de 2007. De lo expuesto se concluye que arrebató a la Sección de Enjuiciamiento su función de determinar si existe culpa o responsabilidad, Auto n.º 11 del TCu, de 24 de julio de 2002.

6.3.6.1. Denuncia directa. Art. 116 Ley de Bases de Régimen Local

Como se ha apuntado, la LBRL recoge la denuncia directa de los ciudadanos ante el TCu⁴³.

En relación con esta cuestión debe aludirse al Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, conforme al cual cada vez se están produciendo más denuncias ante el TCu por quienes vienen obligados a hacerlo, como señala la letrada del TCu Jiménez Rius⁴⁴.

6.3.6.1. Ley de Transparencia

Denunciar ante otro órgano, el Consejo de Transparencia, es una opción de las que vemos en el siguiente apartado, si bien en este caso el TCu tiene un vocal en la Comisión de Transparencia y buen Gobierno, órgano que junto con el Presidente del Consejo de Transparencia conforman el propio Consejo⁴⁵.

El art. 39.2.e de la Ley de Transparencia⁴⁶, establece entre las funciones del Consejo de Transparencia:

“e) Instar el inicio del procedimiento sancionador previsto en el título II de esta Ley. El órgano competente deberá motivar, en su caso, su decisión de no incoar el procedimiento”.

Previamente, el art. 31.1, señala:

43 La interventora del TCu dedica su artículo a la previsión del art. 116 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, por el que no sólo las autoridades, sino cualquier persona, puede interponer denuncia; vid. Fernández Espinosa, "Las Corporaciones...", 376.

44 "La realidad actual nos demuestra que cada vez son más numerosas las denuncias y escritos remitidos por los Interventores locales a la Fiscalía del Tribunal de Cuentas", vid. Pilar Jiménez Rius, "El papel esencial del Tribunal de cuentas en el nuevo régimen de control interno de las Entidades Locales", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 2 (2018), 3 del documento.

45 El art. 36.2.d de la Ley de Transparencia, determina que el Consejo de Transparencia se compone de su Presidente y de la Comisión.

46 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

“1. El procedimiento sancionador se iniciará de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia de los ciudadanos.

La responsabilidad será exigida en procedimiento administrativo instruido al efecto, sin perjuicio de dar conocimiento de los hechos al Tribunal de Cuentas por si procediese, en su caso, la incoación del oportuno procedimiento de responsabilidad contable”.

Vemos cómo en un mismo apartado del artículo 31 se comprende tanto la figura de la denuncia como su remisión al TCu cuando corresponda⁴⁷.

Una cuestión que debe ser vista a la luz de la competencia exclusiva del TCu es la prevista en el 31.5 sobre el recurso a las resoluciones que impongan sanciones, que lo remite a la Jurisdicción Contenciosa, cuando una parte importante de las infracciones previstas en el art. 28 son responsabilidades contables⁴⁸, si bien éstas debían haber de ser sido remitidas al TCu *ab initio* —art. 31.1 Ley de Transparencia—⁴⁹.

47 El propio Tribunal de Cuentas recoge la posibilidad en STCu 11/2018, de 27 de diciembre:

“La Ley de Transparencia considera la eficiencia en la gestión de un patrimonio público como un principio jurídicamente exigible, cuyo incumplimiento genera responsabilidad sancionatoria. En ambos casos la responsabilidad patrimonial derivada de la sanción (penal o administrativa impuesta) puede coincidir total o parcialmente con la responsabilidad contable que corresponde enjuiciar al Tribunal de Cuentas” FD Séptimo, pág. 60.

La Memoria del TCu de 2020 incluye una fiscalización a iniciativa del TCu mediante acuerdo de 28 de mayo de 2020, cuyo objeto es el cumplimiento de los entes locales en la creación de los correspondientes portales de transparencia, así como:

“La eventual incoación, por parte los órganos competentes, de los procedimientos sancionadores en materia de gestión económico-presupuestaria previstos en la regulación sobre buen gobierno contenido en dicha norma; y en su caso, su comunicación al Tribunal de Cuentas”, vid. pág. 8 del informe.

48 Los arts. 8 y 28 de la Ley de Transparencia incluyen una serie obligaciones de información relativas al gasto, y un catálogo de infracciones, todas ellas muy graves, en el ámbito de la gestión económico-presupuestaria. Infracciones que, a su vez, en su mayor parte están conectadas con incumplimientos derivados de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

49 No obstante, la LFTCu en su art. 54.1.a también acoge los recursos ante el TCu en situaciones similares, al igual que hace, p. ej., el art. 12 del Real Decreto 700/1988.

6.4. DENUNCIAS ANTE OTROS ÓRGANOS

La competencia del TCu en materia de jurisdicción contable — determinación de la responsabilidad por menoscabo y restitución del caudal— es exclusiva en todo el territorio nacional, por consiguiente, cabe la posibilidad de una denuncia ante otros órganos que la tengan expresamente prevista, quienes deberán remitirla al TCu si aprecian indicios de ese alcance o malversación en los fondos públicos; también en el caso de que se haya formado expediente administrativo declarativo de responsabilidad que pueda dar lugar a juicio de cuentas, dado que el art. 68 LFTCu, además de la vía del art. 45, prevé el inicio por la remisión del expediente declarativo de responsabilidades contables⁵⁰.

6.4.1. Gobierno y Ministerio de Hacienda

Tanto el art. 145 LGP, como el art. 2 del Real Decreto 700/1988 recogen la denuncia, en concreto el art. 2.1.d) de este RD señala:

“Artículo 2. Origen de los expedientes.

Los expedientes administrativos de responsabilidad contable podrán ser originados por:

d) Denuncia, investigación administrativa u otra causa que ponga de manifiesto la posible existencia de dichas infracciones”.

Este RD, sobre expedientes administrativos de responsabilidad contable derivados de las infracciones previstas en el título VII LGP, se publicó en el BOE tres días después que la LFTCu, ésta el 4 de julio, y el RD el 7 de julio.

⁵⁰ Conforme al art. 41. Uno de la LOTCu las administraciones que incoen un expediente por el que se reclamen daños y perjuicios por el menoscabo de caudales o efectos públicos lo comunicará al TCu, quien podrá recabar el conocimiento del caso.

Son poquísimos los casos en los que el TCu ha resuelto un juicio de cuentas sobre un supuesto de un expediente declarativo de responsabilidad, la Sentencia de apelación de la Sala del TCu, sobre otra dictada también por el Tribunal, n. 5 de 12 de mayo de 2014, versa fundamentalmente sobre este expediente administrativo declarativo, en particular el FD Quinto, distinguiendo entre la pieza separada del expediente declarativo de responsabilidad contable y el declarativo de responsabilidad patrimonial.

Si bien es cierto que el RD se encuadra como norma de desarrollo de la LGP, dado que el TCu tiene encomendada, por un lado, la función jurisdiccional del menoscabo, y por otro, los recursos de apelación de las restantes responsabilidades contables que otros órganos puedan imponer, no cabe duda de que, en cierto modo, la simultánea aprobación del RD y la LFTCu no es casual y que este Real Decreto, en la práctica, viene a funcionar también como norma de desarrollo de la LFTCu⁵¹.

Se plantea la cuestión de si los menoscabos sin alcance, daños y perjuicios a la Hacienda distintos del alcance —esto es, la nueva modalidad del juicio de cuentas creada por la LFTCu—, surgidos en el ámbito del control interno previstos en la LGT y en las normas de Haciendas Públicas de las Comunidades Autónomas u otras administrativas, se ven sustraídos al TCu, sin perjuicio de la avocación que en todo caso corresponde al TCu; como señala Medina Guijarro:

“No obstante, en este campo aparece otro elemento que dificulta el funcionamiento del sistema de exigencia de responsabilidades contables, como es la competencia de la Administración para declarar mediante el oportuno expediente la responsabilidad contable, sin perjuicio de los recursos procedentes ante el propio Tribunal...”⁵².

6.4.2. Comunidades Autónomas

6.4.2.1. OCEX

Los OCEX —órganos de control externo de las CCAA— tienen capacidad para instruir procedimientos de alcance, y para formar piezas separadas en las responsabilidades contables distintas del alcance⁵³.

51 Como señala González Soler con el Real Decreto 700/1988 se instaura una doble vía de control de la responsabilidad contable, vid. González Soler, "Las actuaciones...", 81-82.

52 Cfr. Javier Medina Guijarro, "Presente y futuro del enjuiciamiento contable del tribunal de cuentas", *Revista española de control externo*, 1, 1 (1999), 139.

53 Sobre su capacidad para formar piezas separadas vid. Pajares Giménez, "El diseño...", 176 y sigs.

Los Estatutos de Autonomía omiten la referencia a la denuncia y a las responsabilidades contables, por lo que habrá de estarse a lo regulado por las normas equivalentes en el ámbito Presupuestario y de sus Tribunales de Cuentas — OCEX— allí donde los haya, así como sus normas de desarrollo⁵⁴.

Castilla la Mancha, Castilla León, Canarias, Cantabria, Navarra, la Comunidad Valenciana y La Rioja recogen la denuncia en sentido similar a como lo hace el art. 145 LGP⁵⁵.

Ahora bien, aquéllas que no lo señalen expresamente, tampoco quiere decir que se excluya, así, por poner un ejemplo, el art. 159 de la Ley de Hacienda Pública de Extremadura señala:

“Tan pronto como se tenga noticia de que se ha producido un hecho constitutivo de las infracciones a que se refiere el artículo 154 de esta Ley...”⁵⁶.

Pues bien, el apartado 1.a) del art. 154 recoge el alcance⁵⁷. Por consiguiente, *mutatis mutandis*, al igual que hizo el TCu respecto de la denuncia ciudadana por vía de los arts. 145 LPG o 116 de la Ley de Bases de Haciendas Locales, debería reconocerse igualmente en el ámbito autonómico, tanto si se presenta ante la autoridad correspondiente, como ante los OCEX⁵⁸.

54 A modo de ejemplo, los art. 10 y 27 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Audiencia de Cuentas de Canarias de 1 de julio de 2002; vid. nota 30.

55 Vid., en las respectivas leyes de Hacienda Pública: Castilla la Mancha arts. 93.4 y 79.3; Castilla y León art. 249; Canarias art. 127.1; Cantabria art. 137.1; Valencia art. 95; Navarra art. 96; La Rioja arts. 135 y 187.2. Entendemos que, si no hay norma de desarrollo equivalente al Real Decreto 700/1988, éste podría funcionar como fuente normativa supletoria.

56 En el mismo sentido en las respectivas leyes de Hacienda Pública: Andalucía art. 110.1; Aragón art. 111; Galicia art. 126; Madrid art. 134; Cataluña art. 83.4; Murcia art. 190.4; Gipuzkoa art. 156.

Los citados en la nota anterior si bien contienen expresa referencia a la denuncia, también contienen la relativa a la ahora indicada: Canarias art. 159, Cantabria art. 172, Castilla la Mancha art. 118, Castilla y León art. 297, La Rioja art. 159, Navarra art. 121, Valencia art. 150.

57 Artículos éste, y sus correlativos de las distintas normas de Hacienda Pública autonómicas que, en esencia, son transcripción del art. 177 LGP.

58 Vid. Torres Morato, “La relación...”, 177-178.

Es incuestionable que denunciar es una forma de “tener noticia” de unos hechos, o de conocer su existencia⁵⁹: “Conocida la existencia de las infracciones...”, en la redacción de la Ley de Hacienda de Aragón o de Andalucía.

Bizkaia, Álava y la Comunidad Autónoma del País Vasco no recogen en su normativa de Hacienda Pública ni la denuncia, ni la apertura de diligencias previas “tan pronto como se tenga noticia” del hecho.

El lugar de presentación sería ante el órgano superior del responsable y ante el ordenador de pagos⁶⁰, los requisitos no se recogen al igual que tampoco se hace ante el TCu, pero resulta obvio que habrán de ser los mismos que para la denuncia ante el TCu que, dado que tampoco lo regula, extraemos del art. 56 LFTCu para la acción pública.

Evidentemente mantiene la de aquéllos que tengan la obligación de informar por razón de su actividad, en particular los interventores.

6.4.2.2. Oficinas y Agencias Anticorrupción

La participación ciudadana, como suelen poner de manifiesto las Fuerzas del Orden Público en su ámbito, es un pilar fundamental para actuar frente a quienes tienen comportamientos denunciables⁶¹.

En el caso que nos ocupa, el manejo de los fondos públicos, ante la ausencia regulatoria de la denuncia, y la contracción de la LFTCu en el ámbito de la legitimación prevista por el art. 47.1 LOTCu, tras los avances habidos en materia

59 Como señala González Soler: “el Consejero al que le haya correspondido su conocimiento debe, aunque la ley no lo diga de forma expresa, abrir un trámite... que tiene por finalidad realizar una depuración inicial del objeto procesal, de suerte que solamente cuando se esté en presencia de un hecho que, aparentemente al menos, revista los caracteres de ilícito contable, se debe proseguir la tramitación del procedimiento”. Vid. González Soler, “Las actuaciones...”, 95.

60 Vid. art 109.4 de la Ley de Hacienda de Murcia; o art. 121 de la Ley Foral de Hacienda Pública de Navarra.

61 Sobre la deseable colaboración entre este ámbito y el contable vid. Pascual Sala Sánchez, “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, *Revista española de control externo*, 16, 46 (2014), 115.

de transparencia⁶², se están desarrollando iniciativas que permitan a los ciudadanos colaborar en la acción de la lucha contra el mal manejo de los fondos públicos.

En varias Comunidades Autónomas y Ayuntamientos se han abierto oficinas antifraude, orientadas en particular al sector del gasto público⁶³. Igualmente hay Comunidades Autónomas que han aprobado normativa al respecto si bien todavía no han abierto la oficina⁶⁴.

Si se acude a la normativa reguladora de estas oficinas, uno de los elementos es trasladar el tanto de culpa que conforme a su ámbito y jurisdicción corresponda —si bien en algún caso no se referencia específicamente al TCu, como el catalán, y en otros sí, como el navarro (art. 23.1.d)—, resulta evidente la aplicación de la normativa del TCu, en cuanto al deber de informarle, el derecho de avocación, y la competencia jurisdiccional exclusiva en materia de alcance contable.

6.4.3. En el ámbito Europeo

6.4.3.1. Órganos

En el mismo sentido que lo expuesto en la introducción del apartado anterior, se ha creado una oficina específica para la denuncia en el ámbito

62 España fue el último país de la Unión Europea en aprobar una Ley de Transparencia, exceptuando Chipre, vid. Emilio Guichot, "Transparencia y acceso a la información pública en España: Análisis y propuestas legislativas", *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, 170 (2011), 4. No obstante, la aprobación de la Ley de 2013 conllevó importantes medidas en el ámbito del gasto y presupuestos públicos, en particular su art. 8.

63 Cataluña, Valencia, Baleares, Ayuntamientos de Madrid y Barcelona, quienes, a su vez, crearon en 2018 una red conjunta de actuación pensando, sobre todo, en el tema de la contratación pública, en sus reuniones participa el Consejo de Cuentas de Galicia, de Canarias, la CNMC, el Servicio Nacional de Coordinación Antifraude, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación —cuyos Presidente y Vocales los nombra el Gobierno—, y la OLAF.

64 Es el caso de Navarra mediante, Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra.

Presupuestario de la Unión Europea⁶⁵, conocida como OLAF, así como un Comité de Vigilancia de esta Oficina⁶⁶.

En España, en relación con la OLAF, la DA 25 de la Ley 38/2003 General de Subvenciones prevé la creación del Servicio Nacional de Coordinación Anti-fraude para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, integrado en la Intervención General del Estado —introducida mediante Disposición Final 7 de la Ley 40/2015 del Sector Público—. El Servicio se crea mediante el art. 11.5.d del Real Decreto 256/2012 de estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas⁶⁷. Su función es facilitar la coordinación y el intercambio de información con la OLAF.

Para el ilícito penal del fraude presupuestario el 1 de junio de 2021 ha comenzado a funcionar la Fiscalía Europea, prevista en el tratado de Lisboa, empezó a proyectarse en 2017 mediante Reglamento 2017/1939 del Consejo. Las denuncias, en el caso de que el país miembro no haya creado un canal directo, pueden interponerse a través de la OLAF, cabiendo la denuncia anónima que queda protegida mediante un nombre de usuario y contraseña⁶⁸.

6.4.3.2. Protección de denunciantes

Señala el apartado 35 de los Antecedentes —o considerandos— de la Directiva 2019/1937 de protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la Unión:

65 Regulada por la norma de creación, la Decisión 1999/352/CE, de la Comisión, de 28 de abril de 1999; y por el Reglamento (UE, Euratom) 883/2013. Permite a los ciudadanos presentar denuncias sobre cuestiones de financiación, licitaciones, contratación, etc. Vid. https://ec.europa.eu/anti-fraud/about-us/mission_es

66 Cuyo nuevo Reglamento interno de organización se ha publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de septiembre de 2021.

67 Organizado por el Real Decreto 91/2019, de 1 de marzo, por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo Asesor de Prevención y Lucha contra el Fraude a los intereses financieros de la Unión Europea. Este Servicio Nacional dispone de una su Web en la que destaca la base de datos que incorpora, con el inventario de entes del sector público estatal, por un lado, y el del sector público estatal, autonómico y local, por otro, conforme al Real Decreto 749/2019, con herramientas de búsqueda muy prácticas.

68 Este tipo de denuncia también se admite ante la OLAF. Vid. https://ec.europa.eu/anti-fraud/contacts/fraud-reporting-form_es

“La presente Directiva debe conceder protección cuando, de conformidad con la legislación de la Unión, las personas denuncien ante instituciones, órganos y organismos de la Unión, por ejemplo, en el contexto de un fraude al presupuesto de la Unión”.

Esta directiva, de 23 de octubre de 2019, conocida como Directiva «Whistle-blowing», cuya transposición a la normativa interna debe ser antes del 17 de diciembre de 2021 —norma de transposición sobre la que las agencias anti-fraude españolas han puesto el acento—, está orientada a proteger los trabajadores públicos y privados en el ámbito de su actividad. La materia denunciante afecta a muchos sectores, en general de Derecho Público; en nuestra materia, el Derecho Financiero, los antecedentes de la norma destacan: 1.a.i) la contratación pública, 1.b) intereses financieros de la Unión; 1.c) ayudas de Estado.

De hecho, el Considerando 15 asocia directamente la Directiva con la OLAF, y el Considerando 69 indica que los canales de denuncia ante la OLAF no se ven afectados, en tanto que ya prevén la confidencialidad, sino que viene a reforzar la protección de las personas que ante ella denuncien, en particular, dándole uniformidad a la regulación.

Respecto de la contratación pública en España, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia estimó que en 2016 el monto total del sobre coste en nuestro país derivado del fraude en la licitación pública fue de 45.000 millones de €, por lo que, el fraude en el gasto público, sólo en este ámbito, resulta equivalente al coste recaudatorio de todo el fraude tributario⁶⁹, así, tuvo la iniciativa de poner en práctica unas medidas propias de denuncia y confidencialidad.

Por lo expuesto, no es de extrañar que la iniciativa de la Unión Europea traída a colación tenga éste como uno de sus principales objetivos al igual que las oficinas españolas antifraude, y que la participación ciudadana sea el

69 La nota de prensa puede verse en: "La CNMC intensifica su esfuerzo en la persecución de las irregularidades en los concursos públicos", CNMC, 2017, acceso 2021, https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2017/20170118_NP%20folleto%20licitaciones%20enero%202017.pdf.

elemento indispensable para hacer frente a estos comportamientos antijurídicos en el ámbito presupuestario.

7. PRESCRIPCIÓN

La DA Tercera LFTCu y el art. 145 LGP establecen un plazo de cinco años para la prescripción de la responsabilidad contable. Habrá que estar a cada caso para determinar el *dies a quo*, pero como regla ilustrativa puede indicarse que será el día en que se presentaron las últimas cuentas, o debieron presentarse, relacionadas con el hecho en cuestión, p. ej. la Cuenta General; sin perjuicio de la interrupción que en cada caso pueda producirse, como, por ejemplo, la nulidad del acto, acuerdo, contrato, etc. entre cuyas consecuencias se anude la responsabilidad contable, apdo. 4 de la DA.

Igualmente, dada su relevancia en el ámbito económico-financiero y presupuestario, el art. 32.1 de la Ley de Transparencia, establece un plazo de cinco años de prescripción para las infracciones muy graves en ella previstas, calificación que merecen todas las referidas a esta materia.

8. CONCLUSIONES

El Tribunal de Cuentas tiene atribuida en su función jurisdiccional una competencia exclusiva y excluyente, la responsabilidad contable de los fondos públicos —en esencia el menoscabo de caudales, aunque pueden ser también las infracciones contables en alza—; como han señalado destacados miembros del Tribunal de Cuentas, y ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo respecto de la tutela judicial efectiva, la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas somete a la Ley Orgánica del Tribunal a un régimen que no se corresponde con sus aspiraciones iniciales, en particular en el objeto que nos ocupa, la legitimación y capacidad del ciudadano para actuar frente a la responsabilidad contable.

En nuestra opinión, se manifiesta de forma especial al vadear la legitimación prevista en el art. 47.1 de la Ley Orgánica, puesto que carece de desarrollo en el Capítulo III del Título IV de la LFTCu.

El concepto de perjudicado soslaya el previsto en el art. 47.1 de la Ley Orgánica, prescindiendo de la legitimación con causa en la afectación de intereses legítimos o derechos subjetivos —quien en la LFTCu sería un tercero ejercitante de acción pública, equiparable al interés difuso o colectivo de la acción popular—, por lo que únicamente aquel ente del Sector Público cuyos caudales sean objeto de menoscabo será considerado perjudicado.

Igualmente se manifiesta en la inversión de la carga de la prueba hasta el punto de exigir al ejercitante de la acción pública, al menos en la redacción legal y normalmente en la práctica, la misma justificación probatoria en su escrito de inicio que la exigida a los órganos de fiscalización del propio Tribunal de Cuentas, cuyas potestades atribuyen la más amplia capacidad para el descubrimiento de las pruebas relativas al menoscabo.

Los requisitos de la inversión de la carga de la prueba derivan en el abono de las costas cuando la acción interpuesta se inadmita a trámite.

La alternativa es la denuncia, que no conlleva costas. En este caso caben tres vías, en primer lugar, su interposición al Tribunal de Cuentas sin otra norma legal de cobertura, en segundo lugar, amparándose en una norma de cobertura que prevea la denuncia —dado que la normativa del Tribunal de Cuentas no la regula—, y la tercera, su interposición ante otros órganos que, de apreciar los hechos, habrán de remitirlo al Tribunal de Cuentas.

Del ejemplo en las Oficinas y Agencias en el ámbito autonómico y de la Unión Europea podría crearse un órgano similar en España⁷⁰ —al menos en acogida de lo previsto en el art. 31.1 de la Ley de Transparencia— destinado a atender la participación ciudadana en el control del presupuesto público, y los

70 Ya en 2000 el Director Técnico de la Sección de Enjuiciamiento propugnaba la creación de lo que denominó Agencia de Ética Pública, así como poner la vista en el ejemplo de la Unión Europea, vid. Vacas García-Alós, "Instrumentos...", 140.

respectivos Comités de Vigilancia de estas Oficinas autonómicas y estatal para reforzar su independencia.

Sin olvidar la protección de los denunciantes, que son el elemento esencial “para prevenir y detectar el fraude y la corrupción en la contratación pública en el contexto de la ejecución del presupuesto de la Unión, sino también para abordar la insuficiente ejecución de las normas en esta materia por los poderes adjudicadores nacionales”, en palabras de la Directiva 2019/1937, que España ha de transponer antes de finalizar este 2021.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barrenechea de Castro, Juan José. "El tribunal de Cuentas ante el futuro: en el XX aniversario de la ley Orgánica". *Revista española de control externo*, vol. 4, 12 (2002): 131-42.
- Calvo Ortega, Rafael, y Juan Calvo Vérguez. Curso de derecho financiero: I. Derecho tributario. Parte General, Parte Especial -- II. Derecho presupuestario. 25 ed.: Cizur Menor, Navarra: Civitas, 2021
- Cubillo Rodríguez, Carlos. "La "acción popular" en el orden jurisdiccional contable". *Revista de derecho procesal*, 2 (1992): 253-84
- Fernández Espinosa, María Guadalupe. "Las Corporaciones Locales y el Tribunal de Cuentas: los escritos de denuncias, peticiones de fiscalización y consultas dirigidos a este órgano constitucional". *Revista de administración pública*, 147 (1998): 369-80.
- García Ortiz, Felipe. "Evolución de la jurisdicción contable en el nuevo marco constitucional y situación actual". *Revista española de control externo*, vol. 20, 60 (2018): 159-72.
- González Méndez, Amelia. "La programación de las actuaciones fiscalizadoras en los órganos autonómicos de control externo". *Quincena fiscal*, 20 (2009).
- González Soler, Olayo E. "Las actuaciones preparatorias de los procesos contables". *Revista española de control externo*, 15, 45 (2013): 79-109.
- Guichot, Emilio. "Transparencia y acceso a la información pública en España: Análisis y propuestas legislativas". *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, 170 (2011).

- Jiménez Rius, Pilar. "El papel esencial del Tribunal de cuentas en el nuevo régimen de control interno de las Entidades Locales". *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 2 (2018): 161-76.
- Comisión Nacional de los Mercado y la Competencia. "La CNMC intensifica su esfuerzo en la persecución de las irregularidades en los concursos públicos." 2017, acceso 2021, https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2017/20170118_NP%20folleto%20licitaciones%20enero%202017.pdf.
- López Díaz, Antonio. "Comentario general de jurisprudencia contable: las cuestiones prejudiciales en la jurisprudencia contable". *Civitas. Revista española de derecho financiero*, 153 (2012): 285-308.
- Martín Martín, Paulino. "Posibilidades y limitaciones de la jurisdicción contable ante la corrupción". *Revista española de control externo*, vol. 1, 3 (1999): 111-42.
- Martínez Giner, Luis Alfonso, Eva Aliaga Agulló, Amparo Navarro-Faure, Begoña Pérez Bernabeu, Aurora Ribes Ribes, y Paula Vicente-Arche Coloma. *Manual de Derecho presupuestario y de los gastos públicos*. Tirant lo Blanch, 2018. 3ª ed.
- Medina Guijarro, Javier. "Presente y futuro del enjuiciamiento contable del tribunal de cuentas". *Revista española de control externo*, 1, 1 (1999): 121-42.
- Nava Escudero, Óscar. "El Sistema Nacional Anticorrupción en México y las nuevas atribuciones del órgano de control externo". *Revista española de control externo*, 20, 58 (2018): 155-84.
- Pajares Giménez, José Antonio. "El diseño de las actuaciones previas en el ámbito de la armonización de la jurisdicción contable". *Revista española de control externo*, 2, 6 (2000): 153-83.
- Pajares Giménez, José Antonio, y Javier Medina Guijarro. "La función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas como su "propia jurisdicción" en la historia y en la Constitución Española". *Revista española de control externo*, 7, 21 (2005): 33-68.
- Pérez Bernabeu, Begoña. "El control de la actividad financiera". En *Manual de Derecho presupuestario y de los gastos públicos*, edited by Luis Alfonso Martínez Giner, 113-64; Tirant lo Blanch, 2018.
- Pulido Quecedo, Manuel. "El Tribunal de Cuentas como órgano jurisdiccional (Apunte de la STC 215/2000)". *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 3 (2000): 1693-96.

- Sala Sánchez, Pascual. "La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica". *Revista española de control externo*, 16, 46 (2014): 11-122.
- Sala Sánchez, Pascual. "La jurisdicción contable: las responsabilidades contables y su enjuiciamiento en la nueva Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de España". *Revista española de control externo*, vol. 7, 21 (2005): 87-122.
- Suárez Robledano, José Manuel. "El futuro del Tribunal de Cuentas (especial referencia a la jurisdicción contable)". *Revista española de control externo*, vol. 19, 55 (2017): 13-41.
- Torres Morato, Miguel Angel. "La relación del ministerio público con los órganos de control externo". *Revista española de control externo*, 20, 60 (2018): 173-86.
- Vacas García-Alós, Luis. "Instrumentos específicos de la jurisdicción del Tribunal de Cuentas ante la corrupción". *Revista española de control externo*, 2, 5 (2000): 99-144.
- Vacas García-Alós, Luis. "La judicialización del Tribunal de Cuentas y su dimensión constitucional". *Cuadernos de derecho público*, 29 (2006): 19-58.

EMILIO AGUAS ALCALDE
Área de Derecho Financiero y Tributario
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
eaguas@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-5488-1144>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.385>

DESARROLLO CONSTITUCIONAL DEL *JUDICIAL REVIEW* EN
EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

*CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT OF THE JUDICIAL RE-VIEW
IN PERUVIAN CONSTITUTIONALISM*

ZHENIA DJANIRA APARICIO ALDANA¹

Universidad de Piura. Perú

Recibido: 15/08/2021 Aceptado: 29/10/2021

RESUMEN

La inserción del *judicial review* en el sistema constitucional peruano obedece al aporte del constitucionalismo liberal. Esta institución fue asimilada en el Perú a lo largo del S. XX, para llegar a ser consolidada como un mecanismo clave, en el ejercicio de la función jurisdiccional, de órganos como el Tribunal Constitucional y, el Poder Judicial ambos comisionados del poder constituyente.

El *judicial review* es acogido en la Constitución Política del Perú de 1993, en su art 138, bajo la figura de ser una función jurisdiccional y, cuyo antecedente claro, se encuentra en la constitución anterior de 1979. Así, desde su regulación constitucional, se

¹ Abogada Constitucionalista. Licenciada en Derecho. Doctoranda en Humanidades con mención en cultura por la Universidad de Piura. Magister en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional. Magister en Educación con mención en Teoría y Práctica Educativa. Universidad César Vallejo – Filial Piura.

conocerá como el constituyente peruano, ha ingresado esta institución y, su aplicación como mecanismo para controlar las leyes infraconstitucionales frente a la Constitución.

Al ser un mecanismo de control constitucional, se incidirá en el papel del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en la interpretación que del mismo se ha realizado en sus decisiones jurisprudenciales, con la finalidad de dar contenido a la manera de aplicar dicho control de la constitucionalidad en el orden jurídico peruano.

Palabras clave: Constitución, supremacía constitucional, control difuso, Tribunal Constitucional, Poder Judicial

ABSTRACT

The insertion of judicial review in the Peruvian constitutional system is due to the contribution of liberal constitutionalism. This institution was assimilated in Peru throughout the 20th century, to become consolidated as a key mechanism, in the exercise of the jurisdictional function, of bodies such as the Constitutional Court and the Judiciary, both commissioners of the constituent power.

The judicial review is welcomed in the Political Constitution of Peru of 1993, in its article 138, under the figure of being a jurisdictional function and, whose clear antecedent, is found in the previous constitution of 1979. Thus, since its constitutional regulation, it will be known as the Peruvian constituent, this institution has entered and its application as a mechanism to control infra-constitutional laws against the Constitution.

As it is a constitutional control mechanism, the role of the Constitutional Court and the Judicial Power will be influenced in the interpretation that it has made in their jurisprudential decisions, in order to give content to the way of applying said control of constitutionality. in the Peruvian legal order.

Keywords: Constitution, constitutional supremacy, diffuse control, Constitutional Court, Judiciary

Sumario: 1. *Del caso Marbury vs Madison y su importancia para el constitucionalismo: creación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes o judicial review.* 2 *El judicial review en el cosntitucionalismo peruano del s. XX.* 2.1 *Preambulo: la inserción del liberalismo en el pensamiento constitucional peruano del s. XIX.* 2.2 *El judicial review en el constitucionalismo peruano.* 2.2.1 *La idea de supremacía en el constituyente peruano de 1993.* 2.2.2 *El control difuso de la constitucionalidad*

de las leyes en la Constitución de 1993 - Artículo 138 del texto constitucional. 3. Problemas en la jurisprudencia constitucional al otorgar contenido aplicativo al control difuso en el Perú 4. Conclusiones

1. DEL CASO *MARBURY VS MADISON* Y SU IMPORTANCIA PARA EL CONSTITUCIONALISMO: CREACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES O *JUDICIAL REVIEW*

Es importante antes de iniciar el estudio del *judicial review* en el constitucionalismo peruano hacer mención general a su origen el cual se encuentra en el constitucionalismo norteamericano. Así, se sabe desde la historia que, el 4 de julio de 1776, se da la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, a partir de ella y, basada en las ideas de Locke y Montesquieu, se afirma que los hombres son libres y ostentan los mismos derechos, siendo la vida, la propiedad y la búsqueda de la felicidad derechos fundamentales del hombre. Producto de dicho suceso histórico se originan consecuencias que desde el derecho constitucional cobran vital importancia, así, tenemos que Estados Unidos de América promulga su Constitución de 1787, estableciendo así el paradigma de los sistemas democráticos liberales.

La Constitución Norteamericana de 1787 fue el resultado más palpable del cambio de un sistema absoluto al liberal, producto de la Independencia de las 13 colonias en julio de 1776. Esta Constitución es la primera importante de carácter escrito y de corte liberal, en la historia de la humanidad². A partir de su contenido constitucional se destaca una buena distribución del poder, entre el nacional o federal y el de los Estados. El sistema federal de los Estados Unidos es complejo pero los principios constitucionales se caracterizan por ser claros. En este sentido, esta Constitución ostenta un doble interés, desde la perspectiva de su virtualidad política y jurídica: el primero, se centra en el principio de separación de poderes; y, el segundo, en la previsión de un procedimiento

² Antonio Pereira Meneaut, *Invitación al Estudio de la Constitución de los Estados Unidos*, (Santiago de Compostela: Ediciones Tórculo, 1998), 25.

legislativo, específico y especial, para su reforma, lo que posteriormente se llamarán Constituciones “rígidas”³.

En consecuencia, uno de los puntos neurálgicos del constitucionalismo norteamericano es la separación de poderes, entre las ramas legislativa, ejecutiva y judicial que, se ve favorecido por un sistema de controles y equilibrios denominado *checks and balances*. El constitucionalismo norteamericano hace énfasis en cómo se otorga el poder, disperso y limitado. Es por ello, que las potestades otorgadas a cada uno de los poderes del Estado se caracterizan por ser equilibradas por la de los otros poderes; es decir, cada poder actúa como potencial freno de los excesos que pudiera cometer el resto, siendo, la Carta Magna un medio de frenar el poder y asegurar así los derechos y libertades de los ciudadanos.

La búsqueda de que la misma Constitución sea un límite al ejercicio del poder es una constante en los redactores de la Constitución Norteamericana que lo plasmaron a lo largo del contenido constitucional y, que hoy en día es considerado como parte de la vertiente material de las constituciones. No olvidemos, a su vez, que la noción de Estado de Derecho, como producto de los movimientos liberales, se construye sobre dos pilares: la idea de una esfera de libertad individual anterior a la esfera de actuación estatal y, un segundo pilar que es la organización del poder, su separación en miras a la salvaguarda de los derechos fundamentales⁴.

Así, dentro del contexto del constitucionalismo norteamericano y la ansiada búsqueda de la separación de poderes, la sentencia *Marbury vs Madison* (1803)

3 Roberto Blanco Valdés, *El valor de la constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control*, (Madrid, Alianza editorial, 1998), 103.

4 Posterior a lo señalado, desde Carl Schmit se sustentan estos dos pilares mencionados y, que Raúl Ferrero eminente constitucionalista peruano expone para justificar la necesidad de un Estado de Derecho. Así, Ferrero considera que, en base a estos dos parámetros, “[l]a concepción del Estado de Derecho se concreta en el pronunciamiento expreso de los derechos fundamentales y en la separación de poderes, dando así reconocimiento a los derechos inherentes al hombre en cuanto es fin en sí mismo separando los órganos estatales para evitar la tiranía.” Raúl Ferrero, *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, (Lima, Grijley, 2003), 309-310. A su vez, también desde esta línea Landa Arroyo otro constitucionalista peruano, considera que la justicia constitucional esta “directamente vinculada con el desarrollo democrático, ello se debe a que la justicia constitucional se ha constituido como garantía del respeto a la Constitución por parte de los demás poderes del Estado. Lo cual supone que los jueces y tribunales cumplan con su rol de limitar el poder, en particular, mediante el control de constitucionalidad de las leyes y la protección de los derechos fundamentales.” César Landa Arroyo, “Estudio Preliminar”, en *Constitucionalismo y Judicial Review*, por Mark Tushnet (Lima, Palestra, 2013), 19.

constituye un histórico pronunciamiento del juez Marshall, en virtud del cual, el *review of legislation* o control difuso de la constitucionalidad de las leyes, adquiere valor jurisdiccional consagrando el principio jurídico de supremacía constitucional sobre toda otra norma de carácter infra constitucional. Es en el caso *Marbury vs Madison*, en el que se sustenta la decisión de que una ley federal es inconstitucional por violar los límites de la competencia originaria de la Corte Suprema, establecida en el art. III de la Constitución Norteamericana, lo que dio lugar a la elección entre la norma legislativa y la norma constitucional. Así, Marshall dicta su pronunciamiento centrándose en dos cuestiones relevantes: el principio de supremacía constitucional y el *judicial review* o control de la constitucionalidad de las leyes.

A raíz de ello, Marshall comprende que el *judicial review* implica una revisión judicial, siendo una facultad difusa; es decir, un poder y deber de todo juez federal y estatal en todo el país que se constituye como un atributo inherente y propio de la facultad de resolver casos (*iurisdictio*). De ahí que, en la sentencia del caso *Marbury vs Madison* se señale: “o un acto contrario a la Constitución es nulo, o las Constituciones son vanos intentos del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitado”. Es por esto, que la sentencia del juez Marshall, marca el inicio del proceso de afirmación del control judicial de constitucionalidad de las leyes, siendo considerado a partir de entonces, como un principio decisivo en el proceso de construcción del principio de supremacía constitucional, lo que engloba el verdadero valor de una Constitución.

2. EL *JUDICIAL REVIEW* EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO DEL S. XX

2.1. PREÁMBULO: LA INSERCIÓN DEL LIBERALISMO EN EL PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO DEL S. XIX

La doctrina sentada por Marshall se consolidó y amplió, siendo para muchos países de corte liberal un contrapeso al legislativo y al ejecutivo. A partir del *mandamus case*, la revisión judicial de las leyes consagra el valor normativo

supremo de la Constitución, que la hace inmune a ser violada por las leyes ordinarias. Ahora ¿cómo es que se acoge el *judicial review* o el control de la constitucionalidad de las leyes en el sistema constitucional peruano?

Esta pregunta la resolveremos primero, indagando un poco en la historia peruana referida a la inclusión de los ideales liberales, en que se sustenta el constitucionalismo peruano del s. XIX; para luego, ahondar en la regulación peruana del *judicial review* ya en el s. XX.

En esta línea, tal como lo señala Hakansson Nieto⁵ un rasgo común de las constituciones peruanas del s. XIX es que contienen la oposición de dos ideologías: la liberal y la conservadora y, esto se evidencia, en la conformación de las asambleas constituyentes compuestas por ciudadanos reaccionarios al antiguo régimen colonial. En el mismo sentido, es claro que las inclinaciones éticas y jurídicas características del s. XIX, momento en que propiamente nace el constitucionalismo peruano, se desarrollan y evolucionan de manera continua siendo esto reflejado en los textos constitucionales de esta época que otorgan una visión subyacente de las cuestiones sociales⁶. En consecuencia, desde el ámbito político peruano, se sostenía que una constitución con tendencia liberal se manifestaba en el establecimiento de un parlamento fuerte, mientras que una de corte conservadora llevaría a un ejecutivo fuerte con tendencia autoritaria.

Ahora, cuando se hace referencia a la inserción del liberalismo en el pensamiento constitucional, en el Perú nos dirigimos al período republicano (1822-1842) post independencia que se inserta de manera fuerte en este período y, cuyos antecedentes se encuentran en el pensamiento de los precursores de la independencia, como lo fue José Baquijano y Carrillo, Hipólito Unanue y Toribio

5 Carlos Hakansson Nieto, *Curso de Derecho Constitucional*, (Lima, Palestra, 2020), 45. A su vez, desde una perspectiva histórica – jurídica, Jamanca Vega considera que de manera inicial las controversias constitucionales hacia la tendencia liberal se relacionan directamente con lo que se había planteado en las Cortes de Cádiz, en las constituciones revolucionarias francesas de 1791 y 1793, en la Convención de Filadelfia de 1787 y, con menor repercusión lo dado por el constitucionalismo inglés siendo este último modelo el que introduce la idea de Constitución histórica, los poderes del Estado y el checks and balances. Marco Jamanca Vega, “El liberalismo peruano y el impacto de las ideas y de los modelos constitucionales en el s. XIX”, en *Historia Constitucional* 8, (2008), 276.

6 Carlos Ramos Nuñez, *Las constituciones del Perú*, (Lima, Biblioteca Jurídica del Bicentenario 1821-2021, 2017), 21.

Rodríguez de Mendoza, quienes conformaron la conocida Revista de corte ilustrado: “Mercurio Peruano”. Estos pensadores, estuvieron claramente influenciados por la Enciclopedia francesa, el liberalismo venido de la Escuela de Salamanca y, los hechos que desde 1812 incurrieron en la historia peruana y, llevaron a la conformación de la Corte de Cádiz.

Este período republicano se caracteriza, a su vez, por hechos agrestes y conflictivos en diversas manifestaciones, como en lo social, económico, militar con mayor incidencia en lo político. En este sentido, con el nacimiento de la República en el Perú, el liberalismo se vislumbró como la tendencia dominante en el devenir político peruano a inicios del s. XIX y, fue claramente influyente en la elaboración de las Constituciones peruanas de 1823, 1828 y 1834, y, también en los períodos constitucionales de los años 1856 y 1867, unido al debate político parlamentario y, al ascenso político de la república civilista con el desarrollo del positivismo filosófico en los grupos intelectuales de aquella época. Así, la llegada de varias constituciones en este período da lugar a lo que Domingo García Belaunde considera como una realidad de “ilusión del momento y muchas veces el pretexto para salir de una coyuntura política o para cambiarla”⁷.

Así, la historia peruana nos muestra que el período post independencia, se debatió mucho la forma en que se gobernaría al Perú y, por ende, el camino que tendrían sus constituciones. En este sentido, el primer debate se origina entre los monarquistas y los republicanos; lo cual, incide en la primera Constitución peruana de 1823, Faustino Sánchez Carrión es el que comanda las ideas de una idílica visión de un Perú liberal, sustentado en el pensamiento de la Ilustración (s. XVIII), logrando la inserción del republicanismo en el Perú. Sin embargo, producto del caudillismo (1823-1844) se merma la ansiada consolidación liberal y llegó al Perú la incidencia anarquista.

La influencia liberal, ingresaría con más solidez en la Constitución de 1856, con apoyo del mariscal Ramón Castilla quién propicia la caída, en la batalla de

7 Domingo García Belaunde, “Los inicios del Constitucionalismo peruano (1821-1842)”, en *Ayer* 8, (1992), 153.

la Palma, del general José Echenique Benavente (1855) allegado al caudillismo. Es en este momento en que, mediante Convención Nacional se elige a Castilla como presidente provisional y, se deroga la Constitución de 1839, claramente conservadora. Así, se designa una Comisión de Constitución que dio lugar a la dación de la Constitución Política de 1856.

Esta Constitución, si bien rigió un corto periodo, fue producto del liberalismo contrario al conservadurismo que regía la historia política peruana. Desde esta línea, la Constitución de 1856 establece la veda del gobierno, de la facultad de suprimir garantías individuales, el recorte del periodo presidencial a cuatro años, el sufragio directo para los peruanos alfabetos, entre otros lineamientos claros de corte liberal.

El liberalismo en el Perú no pudo sostenerse como hegemónico, llegando en este contexto la Constitución de 1860, la cual, ostenta una inclinación combinada entre conservadurismo y liberalismo, evidenciando éste último un retroceso, ante el movimiento conservador; de ahí que, la Constitución de 1860 se convierte “en aquél documento que moderó algunos extremismos conservadores aparecidos en la Constitución de 1856”⁸ y, esta moderación se logra con postulados propios de liberalismo democrático como lo son: la soberanía popular, la desconcentración del poder en órganos públicos como es la tendencia a la desconcentración de este, incorporación de derechos fundamentales como la libertad y la propiedad, la abolición de la esclavitud, el derecho a la libre asociación, entre otras connotaciones liberales.

2.2. EL *JUDICIAL REVIEW* EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

La Constitución de 1856 es la primera en dar luz acerca del principio del *judicial review*, al señalarse en su art. 10 que es “nula y sin efecto cualquier norma en cuanto se oponga a la Constitución”, sin embargo, esta disposición quedó en el puro ámbito teórico, no sirviendo de base para la formación de un

8 Hakansson Nieto, Curso de Derecho Constitucional...,45.

procedimiento de control de la constitucionalidad de las leyes. Así, es recién en el s. XX y, a partir de la Constitución de 1979 que se incorpora constitucionalmente y, se instaura un sistema de jurisdicción constitucional propiamente dicho, pues, no sólo se considera el *judicial review*, de clara influencia norteamericana, sino que también se ingresa otro modelo de control de constitucionalidad abstracto o concentrado, de influencia continental europea. Este control abstracto o concentrado forma parte del sistema dual de constitucionalidad, que caracteriza al sistema jurídico peruano.

Así, tanto la Constitución Política de 1979 como la Constitución de 1993, hoy vigente, se establece la presencia del Tribunal de Garantías Constitucionales y Tribunal Constitucional (en adelante TC) respectivamente, quienes serían, cada uno en su momento histórico, los encargados de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, siguiendo tanto el modelo europeo concentrado y el norteamericano o difuso de la constitucionalidad de leyes. Este sistema dual implica que, en el Perú, el control concentrado de constitucionalidad ejercido por el TC se combina con un control difuso de constitucionalidad, ejercido por los tribunales ordinarios, donde cualquier juez -incluso de oficio, en todo proceso puede inaplicar una norma que estime incompatible con la Constitución.

2.2.1. La idea de supremacía en el constituyente peruano de 1993

Al hacer referencia al *judicial review* o control difuso de la constitucionalidad de las leyes, es imperioso mencionar como es que la Constitución Peruana, regula el principio de supremacía constitucional, pues, el controlar la Constitución implica tenerla como mira y parámetro, como *lex superior*, para todas las otras normas jurídicas. Para esto, decir que la Constitución se encuentra en la cúspide, es señalar que todas las normas *infra* constitucionales le deben fidelidad y acatamiento; es decir, deben ser congruentes con ella.

Es común, que las constituciones iberoamericanas sean tenidas como “normas de normas” del ordenamiento jurídico siendo tradicional que gran parte de

estas constituciones, se definan ellas mismas como supremas⁹. Desde esta premisa de supremacía, a partir de la cual no cabe otra norma en el ordenamiento jurídico que se superponga al texto constitucional¹⁰, no es ajena la Constitución peruana de 1993; la cual, establece en el art. 51 la superioridad del texto constitucional frente a toda norma legal, estableciéndose claramente el principio de supremacía constitucional y, el de jerarquía normativa que la lleva a ser vinculante frente a los poderes públicos y a los ciudadanos (art. 38 de la Constitución Política del Perú)¹¹.

A su vez, para el TC reafirmando el principio de supremacía constitucional con su consecuente fuerza normativa, sustenta que la “...Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí, que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “Derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos, principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos”¹². Así, desde la influencia de este principio, toda constitución ostenta una fuerza normativa que, nos lleva a entender que su validez determina la validez de todo el orden jurídico positivo. En sí y, desde la idea de supremacía, tanto gobernantes y gobernados, ostentan la obligación de adecuar sus comportamientos a las reglas contenidas en la Ley fundamental, cuya jerarquía jurídica está por encima de las normas que pueden emanar de aquéllos¹³.

9 Carlos Hakansson Nieto, *La forma de gobierno de la Constitución Peruana*, (Lima, Universidad de Piura, 2001), 103.

10 Marisol Peña Torres, “La arbitrariedad del juez y su incidencia en la justicia constitucional”, en *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia N° 04617-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión*, dirigido por Luis Castillo Córdova, (Lima, Palestra, 2015), 33.

11 Desde el estudio exegético realizado por Marcial Rubio Correa de la Constitución Política del Perú de 1993 y del artículo 51 del texto constitucional, se señala que “la Constitución es la disposición de superior jerarquía dentro de nuestro sistema legislativo y prevalece sobre cualquier otra norma legal que, siempre, será de inferior categoría que ella.” A su vez, considera el jurista constitucional peruano que para “ratificar operativamente estos principios, el artículo 138 en su segundo párrafo dice: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior»”. Marcial Rubio Correa, *Para conocer la Constitución de 1993*, (Lima, Fondo Editoria de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015), 117.

12 TC (Pleno). Sentencia N° 05854-2005-PA/TC, de 8 de noviembre.

13 Gregorio Badeni, *Manual de Derecho Constitucional*, (Buenos Aires, La Ley, 2011), 201-202.

Es claro, que la Constitución de 1993 sigue el parámetro de la mayoría de las constituciones iberoamericanas, al considerar al texto constitucional envuelto en una supremacía que da luz a todas las demás normas del ordenamiento jurídico, por ejemplo, también es el caso de la Constitución colombiana de 1991; la cual, señala en su art. 4 que su norma constitucional es “norma de normas”, por su parte, la Constitución mexicana, en su art. 133, establece que éste texto normativo y toda norma que surja de ella, serán la Ley Suprema del Estado, para esto, “[l]os jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados”.

Al parecer la manera como se inserta el principio de supremacía constitucional en la Constitución de 1993, es el resultado de la inserción del modelo kelsiano de constitucionalidad. Ahora, desde la doctrina constitucional se pueden distinguir dos modelos tradicionales de constitucionalidad: el anglosajón y, el continental desde Kelsen y su teoría pura del derecho. A partir de estos, se pueden decantar dos formas de ver la supremacía de una constitución.

De esta manera, desde la perspectiva kelsiana la norma constitucional se presenta como la cúspide de un determinado ordenamiento jurídico ordenado en una especie de pirámide normativa, en donde, cada norma se vincula jerárquicamente, siendo la constitución la que se constituye como fuente de validez de toda norma de inferior jerarquía. Para esto, y al referirse al sistema kelsiano, Recaséns Siches¹⁴ sostiene que la razón de validez de todo este orden normativo lo constituye la norma constitucional, a partir del cual todas las normas de un determinado ordenamiento jurídico apoyan su razón de validez jurídica. Por otro lado, Hakansson Nieto¹⁵, sostiene que mirar sólo a la constitución como “normas de normas” es reductivo, pues pese a que se es la idea más difundida en Europa continental e Iberoamérica, no es el único significado de supremacía como tampoco el original.

14 Luís Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, (México, Editorial Porrúa, 1972), 175.

15 Carlos Hakansson Nieto, *La forma de gobierno de la Constitución Peruana*, 172.

En la Constitución de 1993 la idea de supremacía está “asociada con la idea de una norma que se encuentra en la cúspide del derecho normativo”¹⁶ esta premisa se aleja en cierta manera a la forma como los constitucionalistas norteamericanos concibieron la idea de supremacía de la constitución; pues estos, la asimilaron desde la idea de poder, teniendo en cuenta que sus jueces si pueden inaplicar leyes (art. VI, sección 2 de la Constitución de 1787) y, no sobre el conjunto de normas que conforman un determinado ordenamiento jurídico como si lo hace el texto constitucional peruano. Es por esto, que la idea de supremacía, en el Perú, viene del positivismo jurídico conforme a la teoría kelsiana que concibe a la constitución como la norma de normas. Así, se aprecia en los artículos 51, 57 y, también en el 138 de la Constitución correspondiente al derecho interno cuyo antecedente es el *judicial review* norteamericano.

2.2.2. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la Constitución de 1993 - Artículo 138 del texto constitucional

No hay duda en afirmar, que el antecedente del control difuso en el constitucionalismo peruano es el *judicial review*, establecido en el caso *Marbury vs Madison* en el año 1803. Sin embargo, la “historia de los textos constitucionales peruanos no registra antecedentes materiales de esta atribución constitucional”¹⁷, siendo sólo mencionada de manera general en la Constitución de 1856, pues esta sólo hace mención que una ley contraria a la Constitución recaía en nulidad, sin atribuir esa facultad directamente a la judicatura.

Ahora, si queremos buscar un antecedente inmediato de este mecanismo de control constitucional en el Perú, lo encontraremos en la cláusula normativa del art. XII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 que disponía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferiría a la primera. Es entonces, con la Constitución de 1979 que se inserta formalmente este mecanismo en el constitucionalismo peruano. Actualmente la

16 Carlos Hakansson Nieto, La forma de gobierno de la Constitución Peruana, 172.

17 Carlos Hakansson Nieto, La forma de gobierno de la Constitución Peruana, 225.

Constitución de 1993, cuenta con dos sistemas de control: difuso y concentrado. El primero, de inspiración norteamericana, a cargo de cualquier juez, y, el segundo, a cargo de un tribunal de clara influencia europea continental.

Relacionado entonces con el principio de supremacía constitucional, tenemos el *judicial review* regulado en la Constitución de 1993 en su art. 138¹⁸, a partir del cual, los jueces pueden llegar a inaplicar una norma que consideren contraria a la norma constitucional. Por tanto, el control de la constitucionalidad de las leyes es una consecuencia ineludible de la superioridad formal de la constitución. En este sentido, “...cualquier tipo de casos civil, penal, comercial etc., en cualquier parte se puede invocar una norma o principio constitucional y plantear una cuestión como parte de su reclamo o defensa. Sí, en la opinión del juez, hay un conflicto entre la norma o principio constitucional relevante al caso, el juez tiene que ejercer la revisión constitucional para resolverlo”¹⁹.

Por tanto, el control difuso sólo puede ser aplicado ante la existencia de un conflicto real y concreto de intereses, en donde, producto del discernimiento del juez y relativo al caso en concreto, se discuta acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma *infra* constitucional. Sin embargo, este control tiene límites que desde la interpretación del TC se centran en lo siguiente: “a) debe realizarse en el seno de un caso judicial; b) sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez; c) es preciso que quien plantee al juez la realización de control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo; y d) el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas

18 El art. 138 señala, en su segundo párrafo: “En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.” También el TC (Pleno). Sentencia N° 01680-2005-AA/TC, de 27 de agosto, se ha pronunciado respecto a este tipo de control y señala: “...el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso)”

19 Robert Barker, *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, (Lima, Grijley, 2005), 48.

con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad”²⁰.

El establecer límites por parte del TC, nos hace pensar la manera como ha sido acogido el *judicial review* norteamericano, en el constitucionalismo peruano considerando que el mismo Tribunal ha señalado que este control constituye un poder – deber del juez al que el art. 138 de la Constitución faculta como mecanismo para mantener y preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de normas establecido en el art. 51 de la Constitución Política del Perú²¹; y, es que si asumimos lo establecido por el Supremo Intérprete, vemos que éste relaciona el *judicial review* con el principio de supremacía y la fuerza normativa que de la Constitución se desprende que, en el caso peruano, estos principios devienen del sistema continental europeo y, no del anglo americano, de donde antecede el control difuso de la constitucionalidad de las leyes o *judicial review* a partir de la sentencia *Marbury vs Madison*.

En este sentido, de acuerdo con la postura asumida por Hakansson Nieto²², la incorporación del control judicial de las leyes no fue de manera inmediata en el constitucionalismo peruano. Esto debido a que no concurrieron los presupuestos que favorecieron la revisión judicial en Norteamérica, a saber: la tradición del *Common Law*, heredada de Reino Unido basada en el precedente judicial, un sistema norteamericano que se sustentaba en una judicatura independiente y una *praxis* judicial de sentar precedentes vinculantes, fueron los que fomentaron el ingreso inmediato de este control al sistema norteamericano.

Por el contrario, en el Perú, la inserción del *judicial review* se realizó vía texto constitucional basado en su supremacía, lo que deja puerta abierta a la interpretación de su contenido por parte de los comisionados del poder constituyente. A su vez, está el hecho de que en la historia del constitucionalismo peruano esta actividad interpretativa no se encuentra muy desarrollada. De esta

20 TC (Pleno). Sentencia N° 01680-2005-AA/TC, de 27 de agosto

21 TC (Pleno). Sentencia N° 1383-2001-AA/TC, de 15 de agosto

22 Hakansson, Curso de Derecho...,138.

manera, Hakansson Nieto considera que la participación, en el Perú, de los jueces ordinarios en la historia de los textos constitucionales no ha sido muy acuciosa, “[d]ado que son tres agentes que pueden, juntos o por separado, obstruir una carrera judicial. Hemos de advertir [señala el jurista] que siempre existen excepciones en la Judicatura peruana pero todavía hablamos de una minoría”²³.

Por tanto, a diferencia del ordenamiento jurídico peruano se podría decir que el *judicial review* en Norteamérica, “no fue previsto en la Constitución americana sino conquistada por los jueces e imponiéndose tanto al Ejecutivo como al Legislativo, es decir, fue ganada a pulso”²⁴. Así, es válido lo sostenido por Hakansson Nieto²⁵: “...en Norteamérica existe una tradición de independencia que a más de un país resultaría incompatible con la mentalidad europea continental y quizá inconveniente para su ‘ideal de democracia’”.

En el Perú, por el contrario, el *judicial review* fue incorporado en las constituciones de manera no tan remota, desde la Carta Magna de 1979 y, en la actual de 1993, sin embargo, al hacerlo el constituyente peruano no miró, el origen del *judicial review*, producto de la base judicial -interpretación judicial- que envuelve al constitucionalismo norteamericano y, sobre todo, la existencia de una judicatura capaz de interpretar la ley y, marcar la existencia de precedentes bajo la figura de ser normas constitucionales adscritas. El constituyente peruano, así desde lo establecido en la Carta Magna de 1993, regula el *judicial review* como una facultad y, no sólo eso, sino también como un deber del juez quien tiene la potestad, por medio de este mecanismo, de mantener la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución mediante una jerarquía de normas vinculadas por relaciones jerárquicas de mayor a menor.

23 Carlos Hakansson Nieto, La forma de gobierno de la Constitución Peruana, 235.

24 Carlos Hakansson Nieto, La forma de gobierno de la Constitución Peruana, 234.

25 Carlos Hakansson Nieto, La forma de gobierno de la Constitución Peruana, 235.

3. PROBLEMAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL AL OTORGAR CONTENIDO APLICATIVO AL CONTROL DIFUSO EN EL PERÚ

El TC y el Poder judicial, han ido dando forma al contenido aplicativo del control difuso, en el sistema constitucional peruano y, esto justamente, ante la exigencia que la misma institución amerita debido a que nuestro sistema, basado en uno de corte europeo continental, no ostenta la suficiente capacidad en la judicatura para determinar de manera fluida, el contenido de dicho control, como sí lo tiene la revisión judicial en Norteamérica. Es claro que, en el Perú, no se goza de una judicatura “fuerte e independiente en sentido material, acostumbrada a interpretar la ley a través del principio del *stare decisis*, y a excluir de esta atribución a los otros órganos constitucionales”²⁶.

Es producto de esta falta que el TC, en aras de ejercer su función de interprete del derecho, arremete sin sentido a dar contenido a una institución de control constitucional, sin tener en cuenta sus antecedentes ni origen que se basan en una distribución de competencias y, funciones establecidas de manera previa por el constituyente peruano. Así, un claro ejemplo, de este “desliz” constitucional lo haya en el denominado “control difuso administrativo” que tuvo una vigencia prolongada en el sistema constitucional peruano (ocho años), otorgada por un precedente vinculante emitido por el Supremo Intérprete de la Constitución.

Para analizar, como es que el control difuso administrativo ingresa al bloque constitucional peruano y como norma constitucional adscrita, producto de una argumentación del TC, es preciso detenerse en el Caso Salazar Yarlenque ²⁷, a partir del cual el TC considera como precedente vinculante lo siguiente:

“Todo Tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, o bien por el

²⁶ Carlos Hakansson Nieto, La forma de gobierno de la Constitución Peruana, 235.

²⁷ TC (Pleno). Sentencia N° 03741-2004 AA/TC, de 14 de noviembre.

fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138²⁸, de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: 1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un procedimiento administrativo; 2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.”

En este sentido, surge la necesidad de analizar el sustento constitucional en el cual se basa el TC para la creación del denominado control difuso administrativo. Ante ello, en el sistema constitucional peruano, antes de la dación de la sentencia contenida en el Caso Salazar Yarlenque, existían dos posiciones contrarias acerca de la inserción del control difuso administrativo, una que negaba de manera absoluta la posibilidad de que la administración pública pueda ejercer dicha facultad y, otra, que admitía la posibilidad del control difuso en sede administrativa.

La primera postura señalaba que corresponde únicamente el ejercicio del *judicial review* al poder judicial, estando la administración pública sujeta al principio de legalidad; para la otra se aducía la existencia de una exigencia hacia la administración pública de inaplicar las normas legales incompatibles con la Constitución, debido al principio de supremacía constitucional. Esta controversia se aprecia en la jurisprudencia anterior al caso Salazar Yarlenque, ya que, el TC había dado atisbos de una posible regulación del control difuso administrativo ante la dicotomía generada en la doctrina. Por ejemplo, el TC, en anterior pronunciamiento consideró:

28 Artículo 38 de la Constitución Política del Perú: Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Artículo 51 de la Constitución Política del Perú: La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 138 de la Constitución Política del Perú: La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

“[e]n tanto la Constitución vincula a todos los poderes públicos y sujetos privados y es, por tanto, la base sobre la que se asienta el ordenamiento jurídico en su totalidad [...] es incuestionable que lo que puede determinarse desde el enfoque de una determinada materia por parte de un tribunal administrativo especializado, puede ser susceptible de control desde la perspectiva estrictamente constitucional, tanto más cuanto que dichas materias y las decisiones que sobre las mismas se adoptan, pueden incidir, ya sea de forma directa o indirecta, en el contenido y la eficacia de los derechos fundamentales. No existe, pues, incompatibilidad entre la jurisdicción administrativa y la potestad de control recaída en la jurisdicción constitucional”²⁹.

Era de esperar entonces, que si el TC se inclinaba a la postura de aceptar el control difuso en sede administrativa buscara el momento propicio para dar la estocada final e insertar este control, teniendo en cuenta que también en anterior sentencia había señalado lo siguiente: “...es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley, o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad”³⁰. Es entonces, que posteriormente y, a partir del caso Salazar Yarlenque, es que el TC se decanta de manera clara por regular el control difuso en sede administrativa, apoyándose en el art 38, 51 y 138 de la CP.

A raíz de esta sentencia -Caso Salazar Yarlenque- que contenía el control difuso administrativo, las posturas en la doctrina peruana no se hicieron esperar. De esta manera, Bullard Gonzales señala que el problema de otorgar control difuso a la Administración Pública se concentra en dilucidar el conflicto entre el principio de legalidad y el de jerarquía normativa expresado de manera clara en la pirámide kelsiana y, que se refiere a la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes de carácter infra constitucional. Por su parte, el de legalidad implica que la Administración Pública sólo puede actuar sobre la base de competencias concedidas en la misma ley, no siendo viable que dicha autoridad salga del ámbito normativo. Basándose en este conflicto de principios -el de legalidad

29 TC (Pleno), Sentencia N° 3315-2004-AA/TC, de 16 de marzo.

30 TC (Pleno), Sentencia N° 0050-2004-AI/TC, de 3 de junio.

y el de jerarquía normativa-, Bullard Gonzales³¹ considera que “el riesgo de un conflicto [entre estos principios] se reduce, [en que] la legalidad sigue siendo guardiana de los derechos ciudadanos y los límites al poder, encontrando en el principio de jerarquía antes que un enemigo, un aliado en el cumplimiento de su meta.”

Desde este punto, Bullard Gonzáles³² señala que en el caso de que una norma sea manifiestamente inconstitucional, la Administración Pública podría llegar a aplicar control difuso. Así sostiene: “es que el control difuso no se justifica en cualquier violación al ordenamiento, sino sólo aquella que sea manifiesta y evidente [...] [e]l control debe hacerse para aquello que, siendo manifiestamente inconstitucional no puede obligar a la Administración a pañarlo...” Sin embargo, el mismo jurista se pregunta “¿Qué es manifiestamente inconstitucional?”. Así, para dar respuesta Bullard Gonzáles considera que debe ser el TC el que establezca lo que es manifiestamente constitucional y lo que no lo es y, que, a su vez, si el control sólo se dirige a proteger derechos fundamentales, pues, lo que debe buscarse es que la norma que se pretende inaplicar vulnere de manera clara los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La respuesta a la postura dada por Bullard González se dio a nivel doctrinal entre los constitucionalistas peruanos, en la que destaca de manera relevante la otorgada por el constitucionalista Luís Castillo Córdova³³ quién señala “que el Constituyente peruano de modo expreso ha encargado al Poder Judicial el deber de en cualquier proceso judicial inaplicar la norma legal o infra legal que contravenga la Constitución (artículo 138 CP). La referencia en uno y otro caso no está formulada para la Administración pública. Ésta no ha sido considerada por el Poder constituyente como órgano que deba velar por la vigencia plena de la

31 Alfredo, Bullard Gonzáles, “Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas”, *Themis* 51 (2005): 95, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8792/9184>.

32 Alfredo, Bullard Gonzáles, “Kelsen de cabeza: verdades y falacias...”, 95.

33 Luís Castillo Córdova, “Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC?, en *Diálogo con la Jurisprudencia* 98, (2006), https://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/11042/1940/Administracion_publica_control_constitucional_leyes.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

Constitución, por lo que se entiende perfectamente que no se le haya atribuido ni potestades ni funciones en este sentido [...] lo que significa que la Administración pública no tendría atribuida la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes para decidir sobre su aplicación o no en los casos concretos”.

Teniendo en cuenta estas posturas, lo que hace el TC es ingresar el control difuso administrativo en el ordenamiento jurídico peruano, vía relación entre el principio de legalidad y, el de supremacía constitucional. En este sentido, se sabe que el principio de legalidad opera como un límite ante la posible irracionalidad o abuso de poder de la Administración Pública, ya que, se configura como parámetro formal y material de la actuación del funcionario o servidor público que representa la actuación administrativa en su relación con los ciudadanos. El principio de legalidad detiene la arbitrariedad y evita que el poder otorgado a ese servidor público no se extralimite.

Así, al señalar el TC, en el Caso Salazar Yarlenque, que “...si bien la Constitución de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial”. Así, lo que hace el Tribunal es atribuir o, en su defecto forzar la facultad de los jueces de inaplicar las normas contrarias a la Constitución, hacia la Administración Pública, para que la misma ostente una competencia *-judicial review-* que el constituyente no le ha otorgado de manera expresa ni tan siquiera de manera indirecta. Esta premisa dada por el TC, en su fundamento 7, no es coherente con la constitucionalidad, en la medida de que el Tribunal olvida los efectos que el principio de legalidad tiene hacia la actuación administrativa. La Administración pública, sólo debe hacer lo que la Constitución y la ley le han autorizado a realizar expresamente.

Por tanto, es justamente a partir del principio de legalidad que la Administración Pública no puede derogar ni declarar inconstitucional una ley, pues está obligada a ejecutarla. Así, el Tribunal interpreta de manera incorrecta el sentido del art. 138 y, esto porque, considera que darle potestad de inaplicar normas

sólo al órgano jurisdiccional es realizar una interpretación positiva y formal del art. 138 de la Constitución lo que daría lugar, en opinión del Supremo intérprete, a un conjunto de contradicciones insolubles en la validez y vigencia del texto constitucional.

Éste último punto mencionado, es de vital importancia para entender el error en que decae el TC en esta sentencia, pues si bien no se niega el hecho de que la administración pública pueda apreciar la validez o invalidez de una norma legal, hacerlo vía control difuso no es lo correcto. Lo que la Administración Pública debe hacer, en caso de que se dedujera una inconstitucionalidad manifiesta, es proponer su derogatoria o su declaración de inconstitucionalidad ante los órganos competentes.

Ante esto, la Administración, sujeta al principio de legalidad, está sometida a la fuerza normativa que la Constitución ejerce sobre todos los poderes públicos, conforme al art. 38 del texto constitucional y, es de esta manera que cumplirá con el respeto debido a la constitucionalidad que incluye también a las decisiones del TC, como comisionado del poder constituyente e intérprete supremo de la constitución. A raíz de esto, si el constituyente no le ha otorgado expresamente la facultad de inaplicar una norma no puede ejercer dicha competencia, pues su función no es ser comisionado, sino es cumplir la norma, en vista al principio de legalidad. Así, desde el art. 38 de la Constitución no se deduce la facultad de inaplicar, sino el deber general de vinculación a la Constitución de los poderes del Estado y, de los ciudadanos, lo que no implica una atribución directa ni indirecta a la Administración Pública de ejercer el *judicial review*.

Esta postura es desarrollada de manera apropiada por Castillo Córdova³⁴ quien considera que, “los vinculados a la Constitución somos todos, tanto gobernantes como gobernados, porque la Constitución es norma jurídica que a todos vincula.” Así, el jurista explica que “intérpretes de la Constitución podemos serlo todos, en la medida que todos tenemos la capacidad racional para atribuir

34 Luís Castillo Córdova, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, (Lima, Gaceta Jurídica, 2014), 325.

significados a las fórmulas lingüísticas que componen las disposiciones constitucionales; y esto es así, aunque no todos podemos interpretar de modo vinculante la Constitución.”

A su vez, aunado a la postura del jurista, se debe indicar que, aplicando el principio de corrección funcional, destinado a restringir las competencias y potestades dadas por el texto constitucional a las instituciones políticas, la Constitución de 1993 no ha atribuido la posibilidad de inaplicar una norma a la Administración Pública quién esta en la obligación, en su defecto, de armonizar la norma supuestamente inconstitucional con la Constitución, pero no puede llegar a inaplicarla. Si la Administración Pública llegara a ostentar la facultad de inaplicar una norma contraria a la Constitución, originaria una “suerte de hiperactividad de la administración pública para no acatar las normas que dicte el parlamento o el gobierno. La judicatura y el TC (como máxima instancia de interpretación) serán los encargados de proteger al ciudadano frente a los abusos de la administración mediante los procesos constitucionales, siempre que no existan vías igualmente satisfactorias”³⁵.

Ahora, el Tribunal a raíz de ser intérprete y controlador de la Constitución, asienta el derecho constitucional en las decisiones que de él se manifiestan, lo que les otorga “formalidad constitucional”. Sin embargo, a pesar de que sus decisiones pueden ser vistas formalmente como constitucionales no se les quita la posibilidad de ser evaluadas materialmente en su constitucionalidad. Para esto, al ser sus decisiones desde el punto de vista formal constitucionales, en este sentido, “cuando el Tribunal Constitucional interpreta una disposición de la Constitución [...] la concreción normativa que formula irremediamente se adscribe a la norma constitucional directamente estatuida, independientemente de la concreción de la justificación constitucional que se presente. La causa es la fuerza jurídica de quien la formula; en el ejercicio de una función pública de

35 Hakansson Nieto, Curso de Derecho Constitucional...,372.

efectos vinculantes y, además, de carácter supremo [...], se ha presentado una interpretación que comparte la naturaleza del objeto interpretado”³⁶.

Esta formulación de que las decisiones del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete del texto constitucional, son formalmente constitucionales, se aplica al contenido del precedente vinculante originado en la STC Exp. N° 03741-2004 AA/TC. Así, podemos afirmar que la creación del control difuso administrativo en el orden constitucional peruano fue formalmente constitucional, sin embargo, las argumentaciones realizadas por el Tribunal no fueron suficientes para avalar su constitucionalidad material. Por ende, estos contenidos podrán estar formalmente recogidos en el texto constitucional pero serán materialmente inconstitucionales por “contravenir exigencias de justicia que conforma la esencia de toda Constitución”³⁷.

En consecuencia, la norma dada por el Tribunal sobre control difuso administrativo es materialmente inconstitucional, debido a la interpretación incorrecta que el Tribunal realiza de los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución Política, ya que, pretende sustentar el control difuso administrativo, en que la Administración Pública también es controladora de la Constitución. Y, tal como hemos afirmado no lo es, principalmente porque el art. 38 de la Constitución sólo contiene una obligación general para las instituciones políticas y los ciudadanos respecto a la vinculación hacia el contenido constitucional, más no una potestad o competencia directa para la Administración de la posibilidad de ser controladora constitucional, como sí lo es el TC y el Poder Judicial.

Por ende, lo que hizo el Tribunal, en el caso Salazar Yarlenque, es vaciar de contenido al control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el cual desde tiempos atrás guarda una naturaleza propia y, es que, las instituciones del derecho tienen un origen que siendo histórico se plasman en una realidad jurídica la cual debe ser respetada y no alterada en esencia. Es en este sentido, que uno de los parámetros fundamentales del control difuso de la

36 Luís Castillo Córdova, Los precedentes vinculantes... 14.

37 Luís Castillo Córdova, “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional* 39, (2011), 24.

constitucionalidad de las leyes o *judicial review*, es que corresponde a los órganos que guardan en sí la *iurisdictio*, propia de los órganos jurisdiccionales y, que por ende, de acuerdo a sus facultades se les posibilita el ejercicio de inaplicar una ley cuando la consideren inconstitucional, siendo este el verdadero sentido del art. 138 de la Constitución peruana, el cual refleja también la adhesión de nuestra organización política al principio de separación de poderes.

Es en vista, principalmente a estos argumentos que, de manera posterior, el mismo TC, mediante el caso Requena³⁸, deja sin efecto el precedente vinculante contenido en el caso Salazar Yarlenque, el cual autorizaba a todo tribunal y órgano colegiado de la Administración Pública, con carácter nacional, inaplicar en un procedimiento administrativo una disposición infraconstitucional cuando considere que esta vulnera de manera manifiesta la Constitución, sea por el fondo o por la forma, otorgándole así a la administración pública control difuso administrativo. Y es que, el TC cambiando de rumbo su interpretación considera ahora que otorgar a la administración pública control difuso, alteraría el sistema de control dual de la jurisdicción constitucional reconocido en el sistema constitucional peruano además del principio de separación de poderes. En esta línea es que el Supremo Interprete se percata de su error, rectificándose en una decisión dada por él mismo. Es en el caso Requena que el TC confirma que los parámetros que sustentaron la dación del control difuso administrativo desnaturalizan una competencia dada por el constituyente, al prolongar la potestad de no aplicar normas a quienes no están incursos en la función jurisdiccional.

Ahora, siguiendo con la línea jurisprudencial del control difuso, otro de los comisionados del poder constituyente que ha dado contenido esencial al control difuso de la constitucionalidad de las leyes, así como el TC, es el Poder Judicial. Desde esta línea, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, vía consulta, ha establecido doctrina jurisprudencial vinculante sobre este control³⁹. En esta decisión de la Sala que se ha establecido los lineamientos para la aplicación del control difuso, enfatizando que el mismo se ejerce

38 TC (Pleno), Sentencia N° 04293-2012 PA/TC, del 18 de marzo.

39 Doctrina Jurisprudencial Vinculante (Consulta), Exp. N° 1618- 2016 Lima Norte, de 16 de agosto.

para fines constitucionales preservando el principio de supremacía constitucional y, el bloque de constitucionalidad.

En esta decisión de la Sala se ha establecido lineamientos para la aplicación del control difuso, enfatizándose que el mismo se ejerce para fines constitucionales preservando el principio de supremacía constitucional y, en sí, del bloque de constitucionalidad. A su vez, considera la Sala que el control difuso ostenta carácter excepcional y de última vía, ya que, sólo sería viable su aplicación cuando no se pueda salvar vía interpretación la constitucionalidad de las normas.

Un punto importante de esta sentencia es la relevancia que se le otorga al principio de presunción de constitucionalidad de las normas y su obligatoriedad para todos, siendo función de la judicatura vigilar la seguridad jurídica normativa. Ante esto, el ejercicio del control difuso debe realizarse siguiendo parámetros de compatibilidad constitucional, lo que lleva a reafirmar que este control se realiza y, se ve limitado a un caso en concreto con efecto inter-partes.

Con el propósito de dar contenido aplicativo al control difuso, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República establece las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso⁴⁰:

- a) Partir de la presunción de validez (artículo 109 de la Constitución), legitimidad (artículo 108 de la Constitución) y constitucionalidad (artículo 51 de la Constitución), de las normas legales. Esto nos lleva aseverar que la norma no viene de origen viciada de ilegitimidad, por tanto, quien la enjuicie atacándola de infringir la jerarquía normativa y supremacía constitucional, deberá demostrar de manera objetiva la inconstitucionalidad alegada.
- b) También al aplicar el control difuso, se deberá realizar el juicio de relevancia, en tanto que sólo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso en concreto.

⁴⁰ Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República, (Consulta), Exp. N° 1618– 2016 Lima Norte, de 16 de agosto.

- c) Para aplicar el control difuso, el juez debe efectuar una labor interpretativa profunda, siendo el control difuso la *ultima ratio*. Para ello, los jueces han de agotar de manera previa todos los recursos interpretativos para mantener la constitucionalidad de la norma, antes de aplicar el *judicial review*.
- d) También se debe iniciar la aplicación del control difuso identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia⁴¹.

Como se puede apreciar, de la doctrina jurisprudencial vinculante, es claro que los jueces lo que han querido es establecer de manera clara los parámetros de aplicación del control difuso, en el sistema constitucional peruano. Sin embargo, tal como se muestra nuestra judicatura, para ella será de difícil aplicación, pues sólo basta que uno de estos elementos, no se den, en un caso en concreto para descartar el control difuso, al ser caracterizado por la misma Sala Suprema como de *ultima ratio*. También es importante el papel que juega, en la configuración de estos parámetros el principio de la seguridad jurídica, pues, lo que busca la Sala es que los jueces ostenten límites bajo responsabilidad al ejercer dicha facultad, que no puede ser considerada de manera irrestricta llegando incluso a poder vulnerar el ordenamiento jurídico constitucional.

41 La jurisprudencia constitucional ha considerado que el test de proporcionalidad implica un análisis de proporcionalidad vinculado de manera directa con el valor superior de la justicia, ya que, se constituye como un parámetro necesario de constitucionalidad para fijar la actuación de los poderes públicos, más aún cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. En este sentido, con la finalidad de que el test sea adecuado se debe tener en cuenta en su aplicación los tres principios que lo integran: fin válido e idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. TC (Pleno), Sentencia N° 0050-2004 AI/TC, de 02 de febrero. En esta misma línea Burga Coronel considera que le TC ha considerado el principio de proporcionalidad como uno de carácter general y positivizado, cuyo ejercicio se puede dar en cualquier dimensión del Derecho. Así, para el autor en primer término este principio, se haya regulado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución y, en segundo término, su proyección no se limita sólo al estudio del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, sino que se extiende a cualquier acto de carácter restrictivo de una facultad subjetiva de la persona. De esta manera, el principio de proporcionalidad tiene su origen en la cláusula del Estado de Derecho. Angélica María Burga Coronel, “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Gaceta Constitucional* 47, (2014), 257.

4. CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo de este artículo, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes tiene su origen en el derecho norteamericano mediante la dación de una sentencia *Marbury vs Madison* en el s. XIX, dicho control se asienta en este derecho, en vista al respeto que sobre la Constitución de 1787 se ostenta y, también por la existencia de una judicatura independiente capaz de crear precedentes vinculantes.

El origen del *judicial review* norteamericano no es el mismo que en los países cuyo sistema es de corte europeo continental. El *judicial review* o control difuso de la constitucionalidad de las leyes en países como el Perú, sustentan su origen en la misma Constitución; la cual, al ostentar supremacía, de acuerdo con la pirámide kelsiana, debe ser respetada por todos los poderes del Estado y, también por el ciudadano. En este sentido, y, tomando la postura de Hakansson Nieto, en la práctica en el sistema normativo peruano, “la Judicatura sólo se encarga de administrar justicia en los procesos civiles y penales, pues, a pesar de que la Constitución establece la *judicial review*, la práctica ha demostrado que el Parlamento puede a través de una ley interpretativa establecer que determinadas disposiciones legales no son susceptibles de revisión por la Judicatura” y, pone de ejemplo el art. 142⁴² de la Constitución Política del Perú.

Así, el *judicial review* en el constitucionalismo peruano ha ingresado vía incorporación constitucional como potestad, a no decir obligación de los jueces o, la judicatura, de inaplicar una norma cuando ésta sea inconstitucional. Para ello, este control de constitucionalidad se agrega en la Constitución de 1993, en el art. 138 de la misma cuyo antecedente próximo se ubica en la Constitución de 1979, no existiendo en la historia de las constituciones peruanas un desarrollo normativo de esta facultad, pues, formalmente se ingresa desde la ya mencionada carta de 1979.

42 Artículo 142.- Resoluciones no revisables por el Poder Judicial No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces.

Se cree que, ante la falta de desarrollo jurisprudencial constitucionalmente correcto, que dé contenido aplicativo al *judicial review*, en el sistema peruano, por parte de los comisionados del poder constituyente, es que se dio lugar a un desacierto en su aplicación, al otorgarse vía precedente vinculante, a la Administración Pública, la facultad de inaplicar una norma cuando ésta sea considerada inconstitucional. En este sentido, el control difuso administrativo, como creación genuina del Tribunal Constitucional Peruano, rigió por un período prolongado de 8 años basado en una relación forzada hasta la inconstitucionalidad del principio de legalidad y supremacía constitucional.

Posteriormente y, pasada una larga temporada, el TC se percata de su error y decide declarar ineficaz dicho control difuso administrativo, basado en que dicha relación no era coherente constitucionalmente y, por ende, alteraba la estructura e independencia de poderes del Estado Constitucional de Derecho. Con este fin y, de confirmar de una mejor forma la aplicación del control difuso el Poder Judicial, como comisionado del poder constituyente también emitió como Doctrina jurisprudencial vinculante, un conjunto de reglas para la aplicación del *judicial review* que se resumen en lo siguiente: a) Consideración del principio de presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la normas, b) juicio de relevancia, c) interpretación exhaustiva e, d) identificación de los derechos fundamentales vulnerados.

Es entonces relevante, considerar que el *judicial review* en el constitucionalismo peruano ha venido a completar el conjunto de principios de corte liberal que envuelven el constitucionalismo común en los Estados de Derecho y, que a diferencia de su origen norteamericano se sostiene en una facultad otorgada directamente por el constituyente y contenida en el texto constitucional, siendo labor de la judicatura darle contenido pero siempre midiéndose en su aplicación, pues dicho control, tal como lo ha señalado la Corte Suprema debe ser considerado como una medida excepcional y de ultima ratio, evitando así excesos como lo acaecido por el TC en el denominado control difuso; el cual, definitivamente adolecía de inconstitucionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Badeni, Gregorio. *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- Barker, Robert. *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*. Lima, Grijley, 2005.
- Blanco Valdés, Roberto. *El valor de la constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control*. Madrid: Alianza editorial, 1998.
- Bullard Gonzáles, Alfredo. “Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas”, *Themis* 51 (2005) <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8792/9184>.
- Burga Coronel, Angélica María. “El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Gaceta Constitucional* 47, (2014).
- Castillo Córdova, Luís. “Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC?”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. (2006), https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1940/Administracion_publica_control_constitucional_leyes.pdf?sequence=3&isAllowed=y.
- Castillo Córdova, Luís. “Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución”, en *Gaceta Constitucional* 39, (2011).
- Castillo Córdova, Luís. *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica, 2014.
- Ferrero, Raúl. *Ciencia Política. Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima, Grijley, 2003.
- García Belaunde, Domingo. “Los inicios del Constitucionalismo peruano (1821-1842)”, en *Ayer* 8, (1992).
- Hakansson Nieto, Carlos. *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra, 2020.
- Hakansson Nieto, Carlos. *La forma de gobierno de la Constitución Peruana*. Lima: Universidad de Piura, 2001.
- Jamanca Vega, Marco. “El liberalismo peruano y el impacto de las ideas y de los modelos constitucionales en el s. XIX”, en *Historia Constitucional* 8, (2008).
- Landa Arroyo, César. “Estudio Preliminar”, en *Constitucionalismo y Judicial Review*, por Mark Tushnet, 19-56. Lima: Palestra, 2013.
- Peña Torres, Marisol. “La arbitrariedad del juez y su incidencia en la justicia constitucional”, en ¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia N° 04617-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión, dirigido por Luis Castillo Córdova, 29-54. Lima, Palestra, 2015.
- Pereira Meneaut, Antonio. *Invitación al Estudio de la Constitución de los Estados Unidos*. Santiago de Compostela: Ediciones Tórculo, 1998.
- Recaséns Siches, Luís. *Introducción al Estudio del Derecho*. México, Editoria Porrúa, 1972.

Rubio Correa, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima, Fondo Editoria de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 05854-2005-PA/TC, de 8 de noviembre.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 01680-2005-AA/TC, de 27 de agosto.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 01680-2005-AA/TC, de 27 de agosto.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 1383-2001-AA/TC, de 15 de agosto.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia N° 03741-2004 AA/TC, de 14 de noviembre.

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia N° 3315-2004-AA/TC, de 16 de marzo.

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia N° 0050-2004-AI/TC, de 3 de junio.

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia N° 04293-2012 PA/TC, de 18 de marzo.

Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia N° 0050-2004 AI/TC, de 02 de febrero

Doctrina Jurisprudencial Vinculante (Consulta), Exp. N° 1618– 2016 Lima Norte, de 16 de agosto.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República, (Consulta), Exp. N° 1618– 2016 Lima Norte, de 16 de agosto.

ZHENIA DJANIRA APARICIO ALDANA

Abogada Constitucionalista

Escuela de Derecho

Universidad César Vallejo, filial Piura. Perú

djanira.aparicio@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-1168-1318>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.415>

LA HOMOPARENTALIDAD: UN MODELO MÁS DE
UNIÓN FAMILIAR
ESPECIAL REFERENCIA A LA EFECTIVIDAD DE LA MEDIACIÓN EN LOS
CONFLICTOS DE FAMILIAS HOMOPARENTALES

*SAME-SEX PARENTING: ONE MORE TYPE OF FAMILY UNION
SPECIAL REFERENCE TO THE EFFICIENCY OF MEDIATION IN SAME-SEX
PARENTING FAMILIES*

MARÍA YOLANDA BARTOLOMÉ CANTALEJO¹

Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid

Recibido: 05/11/2021

Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

Las familias homoparentales constituyen una realidad cada vez más presente en las sociedades avanzadas; este tipo de unión familiar se afianza en nuestra comunidad diversa compuesta de múltiples nacionalidades, razas, culturas, creencias y por lo tanto de muchas opciones de constituirse en familia, ya que no existe un modelo único y válido de modelo familiar, bien por lazos afectivos o bien por lazos de sangre se puede constituir un núcleo familiar independientemente del sexo de la pareja: podemos hablar de familias

1 Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona. Abogada Colegiada del Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid. Mediadora Familiar, Civil, Mercantil y Sanitaria. Máster en Resolución Alternativa de Conflictos y Mediación civil, mercantil, familiar (ICAVA 2013-2014). Especialista en Mediación Sanitaria por la Organización Médica Colegial (Madrid 2017).

heterosexuales, monoparentales, reconstituidas, y también familias homoparentales, todas ellas con conflictos que es preciso solventar; por eso, vamos a abordar un modo de resolver las situaciones de disensión en unas relaciones familiares con una composición distinta a la entendida como “familia tradicional” y cómo buscar una solución consensuada a las dificultades que se pueden crear en su entorno.

La mediación es uno de los métodos idóneos que pueden utilizarse en las relaciones conflictivas, adecuada para la gestión de conflictos familiares; de ahí la utilidad de la mediación familiar en la resolución de los conflictos en familias homoparentales.

Palabras Clave: Tipos de familia, homosexualidad, familia homoparental, gestión de conflictos, mediación familiar.

ABSTRACT

Same-sex parenting families are a reality that is increasingly present in advanced societies. This type of family union is strengthened in our diverse community composed of multiple nationalities, races, cultures, beliefs and therefore many options to form a family, since there is no single and valid family model: either formed by emotional ties or by blood ties, a family nucleus can be constituted regardless of the sex of the couple: we can speak about heterosexual, single-parent, reconstituted families, and also same-sex parenting families, all of them having conflicts that must be resolved. For this reason, it is to address a way to resolve situations of dissent in family relationships with a composition different from that of a “traditional family” and how to find a consensual solution to the difficulties originated in their environment.

Mediation is one of the ideal methods that can be used in conflictive relationships, suitable for managing family conflicts; hence the usefulness of family mediation in the resolution of conflicts in same-sex parenting families.

Keywords: Family types, homosexuality, same-sex parenting, conflict resolution, family mediation

Sumario: 1. Introducción: análisis sociológico de la familia en España. 2. Concepto y tipología de familias. 2.1. Concepto de familia. 2.2. Tipología de la familia. 3. La familia homoparental y los conflictos en su seno. 3.1. Significado jurídico de la familia homoparental. 3.2. Los conflictos en familias homoparentales. 4. Utilización de la mediación en los conflictos de familias homoparentales. 4.1. Concepto y características de

la mediación. 4.2. Especialidades de la mediación familiar. 4.3. Objetivos y resultado de la mediación en este ámbito. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS SOCIOLÓGICO DE LA FAMILIA EN ESPAÑA

Es un hecho que, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, la sociedad occidental se ha transformado a gran velocidad, y con ella, los modelos que configuran las estructuras humanas que integran los diferentes tipos de convivencia. Partiendo del análisis de la sociedad actual, es preciso destacar que, en las últimas cuatro décadas, nuestro país ha experimentado una importante evolución, tanto a nivel económico y cultural como a nivel social. A consecuencia de estos cambios se han originado situaciones familiares distintas no reconocidas suficientemente a nivel institucional, como ocurre con el llamado “matrimonio gay”, o el de familias LGTBI²; estas nuevas realidades han afectado a la configuración del entramado humano que constituye la organización familiar y, a consecuencia de esto, esta se va ampliando notablemente, creando nuevos núcleos organizados.

La situación de origen es la de una familia patriarcal, donde el hombre se unía a una mujer en matrimonio legítimo para tener descendencia, que era la finalidad principal de esta unión, y donde estaban perfectamente delimitados los papeles en función del género. Se trata de una situación propia de sociedades heteronormativas, donde el varón, enfocado en su vida profesional, era el que trabajaba fuera de casa para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de la familia, el encargado del “trabajo productivo y remunerado”; por su parte a la mujer se le adjudicaba por “destino irrevocable” las tareas domésticas a tiempo completo, así como la crianza, educación de los hijos, y el cuidado de los ancianos; estas eran las tareas asignadas generalmente a las mujeres, si bien es cierto que había algunas excepciones, puesto que sí se les admitía al desempeño determinadas profesiones (v. gr. secretarías, maestras, enfermeras,

2 Marta Gonzalo Quiroga y Ana Criado Inchauspé, “La mediación de conflictos en familias LGBTI con transcendencia internacional: análisis práctico de un caso real”, en *Solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia*, coord. por Arnulfo Sánchez García y Patricia López Peláez (Cízur Menor: Aranzadi, 2018), 74.

etc.) que, como puede observarse, son básicamente oficios relacionados con los roles antes descritos de educadora o cuidadora (considerados típicamente femeninos) y de apoyo o sustento al varón que realizaba el trabajo principal (i. e. médicos, jefes, etc.). Salvo estos casos, la presencia femenina era prácticamente inexistente en el mundo laboral.³

Con el paso del tiempo se ha producido una formidable evolución en todos los ámbitos y con una amplia repercusión por sus consecuencias en la familia. En efecto, a partir sobre todo de la segunda mitad del s. XX, la concepción tradicional de núcleo familiar se ha ido transformado radicalmente, y en la actualidad hay múltiples modos de convivir y constituirse en familia.

Uno de los factores que más ha incidido en estos cambios ha sido, por un lado, el de la normalización en el reconocimiento de la convivencia entre las personas sin formalizar un vínculo legal puesto que ya no hay necesidad de contraer matrimonio para formar una familia; y, por otro lado emergencia de la posibilidad de que el matrimonio ya no sea solo de personas heterosexuales, ni tampoco de que lo sea para toda la vida en aras de la estabilidad familiar: ahora es más importante que el momento vital coincida en intereses, necesidades y afectos de las personas implicadas, y no es obligado permanecer en una relación sin perspectiva ni alicientes simplemente porque es lo establecido y lo que debe ser.

Otro aspecto muy relevante, por las consecuencias que tiene a nivel no sólo social, sino incluso demográfico, es que el número de hijos que los matrimonios o parejas tienen en la actualidad ha descendido de forma considerable en relación a décadas anteriores⁴; además, puede producirse la situación de que los

3 La participación de la mujer en el mercado de trabajo español se produce de manera efectiva en el último tercio del siglo XX y, como consecuencia, las tareas domésticas dejan de ser un cometido realizado sólo por las mujeres; los gobiernos han ido implementando medidas en el sentido de que se produzca una conciliación de la vida laboral y familiar, con lo que poco a poco se ha ido produciendo un cambio de mentalidad en el colectivo masculino: vid. al respecto M^a Genoveva Millán Vázquez de la Torre, Manuela del Pilar Santos Pita y Leonor María Pérez Naranjo, “Análisis del mercado laboral femenino en España: evolución y factores socioeconómicos determinantes del empleo”, *Papeles de población*, 21 (2015): 197-225.

4 Teresa Menacho Montes, Anna María Cabré Pla y Andreu Domingo i Valls, “Demografía y crecimiento de la población española durante el siglo XX”, *Mediterráneo Económico*, 1 (2002): 121-138 (Monográfico: Procesos Migratorios, economía y personas, coordinado por Manuel Pimentel Siles).

hijos no sean de los dos miembros de la pareja, sino sólo de uno de uno de ellos, o que haya hijos de relaciones anteriores de los dos, o que existan hijos que no son hijos biológicos de ninguno de los dos, circunstancia que se produce en el caso de los hijos en acogida o de los hijos adoptados. Asimismo, un factor que se ha introducido recientemente es la existencia de hijos procedentes de maternidad subrogada⁵, y no sólo de adopción. Y también es preciso destacar como relevante a este respecto que la relación existente entre padres e hijos, basada en el principio de autoridad paterna, se ha sustituido por un tipo de relación en el que prima un plano más afectivo y emocional.

Por último, un hecho trascendental es que en la actualidad se produce una diferente definición de los papeles desempeñados dentro de la pareja, ya que no es necesariamente el varón el que desempeña el trabajo remunerado fuera del hogar y la mujer la que trabaja en casa cuidando a los hijos; este modelo tradicional pertenece al pasado, y hoy la tendencia dominante es la que propende a la inserción de ambos miembros de la pareja en el mercado laboral.

2. CONCEPTO Y TIPOLOGÍA DE LA FAMILIA

2.1. CONCEPTO DE FAMILIA

La familia sigue siendo una institución capital de nuestra sociedad; de hecho, la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 16, dice que la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. La Real Academia Española de la define como “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”, si bien la palabra presenta también tiene muchos otros significados⁶.

5 Marina Gómez Gómez, “La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado” (TFM, Universidad Complutense de Madrid, 2020) [http://La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado - E-Prints Complutense \(uclm.es\)](http://La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado - E-Prints Complutense (uclm.es))

6 ‘Familia’: Del lat. *familia*. 1. f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. f. Hijos o descendencia. Está casado, pero no tiene familia. 4. f. Conjunto de personas que comparten alguna condición, opinión o tendencia. Toda la familia universitaria está de enhorabuena. 5. f. Conjunto de objetos que

Elizabeth Jelin la define como “una institución social, creada y transformada por hombres y mujeres en su accionar colectivo”⁷. Pero ha de tenerse en cuenta que se trata de un concepto con una enorme evolución, lo que exige una concepción más compleja, como puede ser la siguiente: “la familia se define como la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia”; es decir, configura la “unidad básica de convivencia y crianza”⁸.

La evolución de nuestra sociedad se refleja en todos los ámbitos, también en una estructura básica de las sociedades como es la familia. Entre las circunstancias más relevantes que han actuado como motor de esta transformación podemos señalar algunos, como son los logros conseguidos por las mujeres en la lucha por la igualdad de derechos; la incorporación de la mujer al mundo laboral; la posibilidad de la maternidad monoparental por medio de la inseminación artificial; la generalización de la adopción; el aumento de las parejas sin necesidad de la formalización de vínculos legales; la igualdad de derechos en el matrimonio; la posibilidad de interrumpir la gestación en las mujeres; o el divorcio sin necesidad de causa concreta y los cambios en los roles parentales, entre otras circunstancias dignas de destacar.

En la actualidad, cuando fracasa la convivencia entre las parejas normalmente desaparece el núcleo familiar compartiendo la custodia de los hijos. En ocasiones se forma otro núcleo de convivencia con una pareja distinta, como es el caso de las denominadas familias reconstituidas⁹, que incluyen a los hijos

presentan características comunes que lo diferencian de otros. La familia de los instrumentos de cuerda. 6. f. Cuerpo de una orden o de una comunidad religiosa. La familia carmelita. 7. f. coloq. Grupo de personas relacionadas por amistad o trato. 8. f. Biol. Taxón constituido por varios géneros naturales que poseen gran número de caracteres comunes. La familia de las rosáceas. 9. f. Chile. Enjambre de abejas. 10. f. p. us. Conjunto de criados de alguien, aunque no vivan dentro de su casa.

7 Elizabeth Jelin, *Pan y afectos. La transformación de las familias* (Buenos Aires: FCE, 1998), 11.

8 María José Rodrigo López y Jesús Palacios, coord., *Familia y desarrollo humano* (Madrid: Alianza Editorial, 1998), 33.

9 Jorge Cortés González, “Familias Reconstituidas”, *TS Difusión. Publicación bimestral de los Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social (Cádiz, Málaga, Sevilla)*, 102 (2014): 17-20, DOI: https://trabajosocialevilla.es/wp-content/uploads/2019/10/2014_ABRIL_TSD102.pdf

habidos en las relaciones anteriores. Y existen asimismo familias donde ambos padres son del mismo sexo, lo que constituye el objeto de nuestro estudio. Todas estas realidades nos conducen a afirmar que la familia es un ente en constante transformación, que ha evolucionado al mismo ritmo que los cambios sociales, culturales y económicos.

Así pues, definir lo que es la familia en este momento es una tarea complicada porque no hay un estándar que indique que allí hay una organización familiar: pueden unirse dos personas (sean del sexo que sean) con un proyecto vital en el que puede existir descendencia o no, y con una vocación de compromiso duradero, pero incluso puede haber una sola persona que funde una familia sin compartir la responsabilidad con otra en pareja.

Por lo tanto, hoy procede una concepción amplia del significado socio-jurídico de la familia, como puede ser la que la entiende como “un grupo de personas vinculadas entre sí que se estructura como un sistema sociocultural abierto, es decir, como un sistema relacional más o menos pautado y estable gracias al equilibrio que mantiene entre la tendencia a la continuidad y la constante transformación a la que le somete el cambio de alguno de sus miembros o del contexto en el que se inserta, y que cumple con una serie de funciones fundamentales para la supervivencia de sus miembros y de la sociedad de la que cada familia forma parte”¹⁰.

Así entendida en toda su complejidad, la familia, como cualquier colectivo formado por personas, en su desenvolvimiento y evolución tendrá momentos de buena convivencia y plenitud, y otros de conflicto y deterioro, sobre todo por parte de los progenitores, lo que en ocasiones conlleva la ruptura, con todas las consecuencias sociales y jurídicas que ese hecho implica. Sobre ello volveremos más adelante.

2.2. TIPOLOGÍA DE LA FAMILIA

Los cambios socioeconómicos de las últimas décadas han afectado considerablemente a la estructura familiar y hay un hecho de notoria importancia que

10 Ana Berástegui Pedro-Viejo, “El nuevo universo de formas familiares”, *Crítica* 984 (2013): 14-17

ha producido un cambio radical en la concepción de la unidad familiar, cual es la entrada de la mujer en el mundo laboral.

Todos los modelos de familia deben ser aceptados si los miembros que las integran están en ellos de un modo natural, de forma que les permita evolucionar adecuadamente dentro de un marco de protección, seguridad y afecto válido para su desarrollo personal y social, y eso les permite avanzar como personas arraigadas en una estructura que les sirve para desenvolverse en la vida.

Por eso, la variedad de formas de familia no afecta tanto a la composición de sus miembros, como a los “modos de constituirse en una familia”, puesto que en cada unidad familiar se establecerán unos consensos que van a decidir cuál es el modo de funcionar como familia, y que condicionarán su desarrollo. De esta afirmación anterior podemos señalar que no hay una manera concreta de apreciar que un modo de organizarse es más efectivo, válido que otro, puesto que esto va a depender de las personas que van a constituirse en unidad familiar¹¹.

Una clasificación de los tipos de familia puede ser, siguiendo el criterio de Inma Armadans¹², la que distingue tres modelos de familia: el *tradicional*, el *moderno* y el *postmoderno*.

1) El modelo *tradicional* es el propio de un régimen demográfico antiguo: se refiere a formas premodernas donde habría un cierto predominio de la familia extensa, tal como hemos descrito anteriormente con relación al existente en nuestro país hace cuarenta años;

2) El modelo *moderno* se corresponde con el ideal de familia nuclear: se caracteriza por una fuerte concentración en torno al concepto de la sociedad conyugal (heterosexual) junto con sus hijos.

11 La falta de guiones sobre cómo hay que tomar estas decisiones y los posibles patrones diferenciales de comunicación, elevan mucho la conflictividad y la inestabilidad de las familias que tienen por vocación, casi por definición, ser refugio y suelo estable en los desarrollos vitales de sus miembros: así lo afirma Berástegui Pedro-Viejo, “El nuevo universo...”, 14-17.

12 Miguel Ángel Soria Verde, Carlos Villagrasa Alcaide e Inmaculada Armadans i Tremolosa, *Mediación Familiar. Conflicto: técnicas y recursos* (Barcelona: Bosch, 2008), 79-81.

3) Finalmente, en el modelo *postmoderno* (al que se denomina también *postfamiliar*, *postpatriarcal* o *postnuclear*)¹³ se refiere a las nuevas formas de organizar la convivencia que se apartan del modelo rígido y unilateral del matrimonio con sus hijos, con base en valores fundados en el individualismo y la privacidad. Dentro de este modelo podrían distinguirse muchas modalidades de convivencia, como las siguientes:

a) *familia monoparental*: aquella donde uno de los progenitores se ocupa de forma exclusiva del desarrollo, cuidado y mantenimiento familiar. Este tipo de familia puede ser derivada de una situación de viudedad o de divorcio, pero también puede serlo por una elección personal en la que un individuo asume la decisión de formar una familia sin el apoyo de una pareja.

b) *familia adoptiva*: formada la decisión de adoptar hijos por parte de una pareja homosexual o heterosexual, pero también puede constituirse por una decisión individual (lo que supone la formación de una familia monoparental).

c) *familia sin hijos*: se considera como tal a las parejas que adoptan la decisión consciente de no tener descendencia, ya sea por no tener la necesidad de perpetuarse o por la convicción de que no quieren asumir la responsabilidad de la crianza de unos hijos.

d) *familia de padres separados*: derivada de la separación de una pareja previa, donde los progenitores han de seguir cumpliendo su papel de padres y tienen la responsabilidad de cuidar y educar a sus hijos, aunque ya no convivan.

e) *familia compuesta*: surge cuando inicialmente había una familia nuclear, pero esta se ha disuelto por viudedad, separación o divorcio, y los hijos de esta familia formarán una nueva con las parejas de sus progenitores y convivirán con los hijos de estas y con los que nazcan de estas nuevas uniones.

13 Beck-Gernsheim, 1998 (postfamiliar), Flaquer, 1999 (postpatriarcal) o Requena, 1990 (postnuclear), cit. en Armadans i Tremolosa, Villagrasa Alcaide y Soria Verde, *Mediación Familiar...*, 79-81.

f) *familia homoparental*: aquella que se constituye con dos padres o dos madres del mismo sexo; los hijos pueden ser biológicos, por maternidad subrogada o por adopción.

g) *familia extensa*: formada por todas las personas emparentadas por vínculos de sangre o parentesco, que están unidos e implicados en el cuidado y educación de los hijos por su relación de convivencia y afecto.

Todos estos modelos de familia no nos indican si son o no modelos de familia “*funcionales*”¹⁴, es decir, si las distintas formas de familia son adecuadas para que la unión familiar sea efectiva en cuanto a sus objetivos: sólo describe tipos de uniones y los diferentes componentes de dichas uniones. En las familias ha de existir un equilibrio, pero a la vez estas deben ser dinámicas, ya que por un lado tienen una natural tendencia a perdurar en el tiempo, pero también es preciso que vayan cambiando y adaptándose a las nuevas experiencias y situaciones, en un proceso que se ha denominado *homeostasis*¹⁵.

Cada uno de estos tipos de familia requiere de un tratamiento metodológico diferenciado: mientras el modelo *tradicional* solo puede ser analizado desde una perspectiva histórica, el modelo *moderno* es más susceptible de un enfoque técnico-dogmático y de política jurídica, así como en el modelo *postmoderno* se hace necesario el auxilio de disciplinas ubicadas en el campo de las ciencias sociales, donde los métodos cualitativos ganan un enorme peso específico, puesto que una adecuada *comprensión* de estos fenómenos novedosos en el seno de nuestras sociedades no puede alcanzarse mediante el frío análisis de datos y la

14 Familia *funcional* se considera aquella donde todos sus componentes asumen la responsabilidad de la posición que desempeñan, es decir, los padres cuidan y educan a sus hijos en un entorno de afecto y cariño. Es una familia en que sus miembros se sienten apoyados e integrados, lo que no implica que no existan conflictos, desavenencias, problemas y circunstancias complicadas, pero estas se afrontan los problemas de forma adecuada y con madurez. Obviamente, no existe un modelo de familia “perfecto”, ni uno mejor o peor que otro.

15 Se entiende por tal la característica que tienen los sistemas con tendencia al equilibrio que va a permitir la regulación tanto del ámbito interior como exterior del sistema para que se mantenga una situación estable y constante de un organismo. De este modo será posible realizar múltiples ajustes para conseguir el equilibrio y aplicar mecanismos de autorregulación para que la estabilidad se produzca y sea efectiva: vid. Miguel Grijalba-Uche y Luis Enrique Echarte, “Homeostasis y representaciones intelectuales: una aproximación a la conducta moral desde la teoría de la emoción de Antonio Damasio”, *Persona y Bioética* 19, n° 1 (2015): 82.

mera interpretación de normas abstractas. En este trabajo vamos a limitarnos al estudio del fenómeno de las familias homoparentales y los conflictos que en ellas se pueden suscitar, con el fin de proponer vías de solución complementarias de las derivadas del puro juego del mecanismo jurisdiccional tradicional. La comprensión de la necesidad de acudir a medios alternativos de resolución de conflictos solo puede hacerse sobre la base de un análisis histórico, sociológico y cultural que afecta a este peculiar tipo de familia, a fin de entender y facilitar los modos de encaje de este modelo de convivencia en el seno de las sociedades pluralistas y multiculturales en que vivimos.

3. LA FAMILIA HOMOPARENTAL Y SUS CONFLICTOS

3.1. SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA FAMILIA HOMOPARENTAL

De lo expuesto anteriormente puede sostenerse, como afirma Eva Giberti, que “las nuevas organizaciones familiares no son nuevas; nuevo es el registro de lo que existía, omitido, silenciado o negado”¹⁶.

En efecto, existe una necesidad de dar visibilidad a la homoparentalidad reconociendo la existencia de diferentes formas de orientación sexual que dan lugar a la formación de familias con una composición diferente a la idea tradicional¹⁷. A este respecto, el Tribunal Supremo español, en sentencia de 12 de mayo de 2011¹⁸, reconoce que:

16 Eva Giberti “La diversidad en las organizaciones familiares”, *Revista Derechos de Familia* 55 (2012): 159-177.

17 “Las diferencias de género y la evolución de su percepción no responden en nuestros días a los esquemas rígidos de antaño, y se debe asumir que la orientación sexual puede tomar varias direcciones. Defendemos que dicha orientación sexual, cualquiera que ésta sea, representa un modo para realizar la propia personalidad y que puede ser libremente vivido mientras no ocasione daño a nadie, incluso porque una sociedad libre y laica favorece el desarrollo de las diferencias entre sus miembros.” (*Manifiesto de la Bioética laica*, cit. por Patricia Zambrana Moral y Manuel Jesús Peláez, “Noticias”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 30 (2008): 705, DOI: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100055

18 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 3280/2011, de 12 de mayo (MP: Encarna Roca Trías).

“[...] el sistema familiar es plural, es decir, que, desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales [...]”.

Y al hilo del anterior razonamiento, puede afirmarse que no existe una unanimidad en la aceptación del tratamiento realizado por las leyes de reconocimiento de derechos. Así, respecto a la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo en nuestro país, a nivel doctrinal, encontramos importantes discrepancias: como ejemplo, podemos citar la opinión del profesor Enrique Ramos Chaparro, que considera que la Ley 13/2005 no tendría el rango de norma jurídica, y funda esta tesis con argumentos, tanto de carácter iusnaturalista como de derecho positivo, afirmando que la ley inventa cosas inexistentes e imposibles como el “progenitor” neutro.¹⁹

En cuanto a la realidad de los hijos de parejas homosexuales, en muchos casos se han enfrentado a importantes dificultades provocadas por el prejuicio, el rechazo y la discriminación. Si bien es cierto, como afirma M^a Soledad de la Fuente Núñez de Castro, que en la actualidad existen diferentes formas de paternidad y maternidad que hace algunos años era inimaginable que fuesen aceptadas, aunque todavía existen muchas reticencias²⁰.

19 “La pretendida vinculación del matrimonio a la orientación sexual de la persona, prescindiendo de la diferencia biológica de los contrayentes no sólo atenta contra la identidad de la institución jurídico familiar del matrimonio, sino hasta contra su misma unidad como figura civil, lo cual repercute también en el modelo de familia. Por lo pronto, hace surgir dos clases de matrimonio (el hetero y el homosexual, según se contraiga entre personas de distinto o del mismo sexo), lo cual dará lugar a la existencia de dos clases de familia...” (Enrique Ramos Chaparro, “Comentario Crítico a la Ley 13/2005 sobre ‘matrimonio homosexual’, *Aranzadi Civil: Revista Quincenal* núm.1 [2006]: 2035.

20 “La llamada “revolución reproductiva” normalizada actualmente en nuestro ordenamiento por Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA, Boletín Oficial del Estado, nº 120, de 27 de mayo de 2000) permite paternidades y maternidades inicialmente inconcebibles que contribuyen a que proliferen nuevos núcleos de convivencia a los que catalogar como modelos familiares. Así, maternidad sin paternidad, paternidad sin maternidad, paternidad o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual o paternidad o maternidad de sujetos inicialmente estériles” (M^a Soledad de la Fuente Núñez de Castro, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2015): 4, DOI: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/293062/381570>

Los hijos de parejas homoparentales han venido siendo objeto de discriminación, produciéndose numerosas situaciones de desigualdad en el trato; así, tenemos un ejemplo en la sentencia 53/2017 de 22 de febrero de un juzgado de lo penal de Sevilla dictada por la comisión de un delito por vulneración del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados en la Constitución de 1978²¹.

También debemos señalar las situaciones relacionadas con la filiación a favor de los padres en caso de maternidad subrogada. En nuestro país se solicitan cada año más de 1000 maternidades subrogadas, y en la mayoría de los casos, aunque no en todos, es por parte de parejas o personas homosexuales.

La Ley 14/ 2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), en su artículo 10, afirma que el contrato de gestación por sustitución, a título oneroso o gratuito, por el que una mujer renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, es nulo de pleno derecho.

En primer lugar, hay que señalar que en España el establecimiento de la filiación materna se determina por el parto, y la paterna mediante el consentimiento, que se manifestará previamente por el otro cónyuge. Si la pareja no está casada, el consentimiento del hombre manifestado con anterioridad a la utilización de las técnicas de reproducción asistida es suficiente para determinar la filiación en relación con él (*ex art. 7.3 de la LTRHA*).

21 Ante un hecho cotidiano como es que un padre con pareja homosexual, solicita plaza escolar para su hijo, la solicitud es rechazada por su condición de familia homoparental a pesar de que cumple todos los requisitos y hay plazas disponibles; este hecho se convierte en un motivo de discriminación que da origen a la denuncia por la que dictó una Sentencia el Juzgado de lo Penal de Sevilla (sentencia núm. 53/2017, de 22 de febrero) que condena a una persona como autora de un delito contra los derechos fundamentales, a pena de dos años de inhabilitación especial para la administración o dirección de centros educativos o de enseñanza, con imposición de la mitad de las costas procesales. Se produce un delito del artículo 512 del Código Penal que tipifica la conducta consistente en haber denegado una determinada prestación a una persona que tenía derecho a ella y haberlo hecho a causa de, en este caso la orientación sexual, única especialidad visible del solicitante sin que la acusada haya atendido a ningún otro motivo o justificación, por el que hubiesen de quedar fuera del proceso natural de matriculaciones y entrevistas y ser desigualmente tratados en dicho informe tal y como concluye el informe de la inspección. Consta acreditada una circunstancia objetiva, como es la orientación sexual de los denunciantes y la condición de familiar de homoparental que forman con su hijo de 2 años.

Con arreglo a esta disposición, pueden encontrarse muy diversos casos de familias homoparentales formadas por una pareja solo de hombres o solo de mujeres.

Así, por lo que se refiere a las familias homoparentales femeninas, por su parte, la mencionada Ley 14/2006, en su artículo 6, permitió a todas las mujeres mayores de edad el acceso a las técnicas contenidas en la ley, y no hace ninguna discriminación en cuanto al estado civil ni a la orientación sexual. En el caso de que la mujer esté casada, no separada legalmente, o de hecho, su cónyuge puede prestar su consentimiento para que la filiación del hijo de su esposa se inscriba a su favor en el Registro Civil del domicilio conyugal.

Existe un vacío legal para el caso de la pareja homosexual de la madre, porque para establecer el lazo de filiación tendrá que adoptar, aunque esté legalmente casada; la jurisprudencia lo admite en el caso de la pareja de hecho en interés del menor, porque podría determinarse que existe una posesión de estado, como así lo ha admitido el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de enero de 2014²².

Por último, hemos de destacar que las parejas homosexuales acuden a países donde la gestación subrogada es legal como recurso para tener descendencia biológica; normalmente son parejas homosexuales masculinas, aunque también acuden parejas heterosexuales o personas individuales que quieren formar una familia monoparental, y esto acarrea múltiples problemas de filiación a la hora de la inscripción de los niños en nuestro país. Uno de estos supuestos se produce en caso de una familia homoparental masculina origen de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que dio lugar a la posibilidad de recurrir a esa vía de filiación²³.

22 La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1265/2014, de 15 enero 2014, en su Fundamento de Derecho segundo, considera que “la razón de compatibilidad [sc. entre la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida] viene informada, entre otros, por los principios constitucionales de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento..., así como por la debida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor”.

23 La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 833/2014, de 6 de febrero, sobre la denegación de la inscripción en el Registro Civil de la filiación establecida en el extranjero con respecto a dos hijos nacidos por maternidad subrogada a favor de una pareja de dos hombres casados en 2005, que solicitan la inscripción en el Consulado Español de California presentando los certificados de nacimiento otorgados por las autoridades del Estado de California, en los que, de acuerdo

3.2. LOS CONFLICTOS EN FAMILIAS HOMOPARENTALES

El conflicto es inevitable en cualquier ámbito de la vida y se produce cuando la satisfacción de las necesidades de una de las partes impide la satisfacción de las de la otra²⁴. Las relaciones de familia conllevan un elevado grado de confianza y acarrear una gran concentración de conflictos relacionales. Las familias, como entes vivos en constante cambio que son, atraviesan multitud de vicisitudes que en algunos casos tienen graves consecuencias personales y jurídicas. Problemas en el entorno laboral que afecten a la convivencia en la familia, dificultades económicas que producen una gran conflictividad, junto a una mala gestión de los estados emocionales, conducen a situaciones de crisis que, si no se gestionan a tiempo, pueden acarrear la fractura de la pareja y desembocar en una separación o divorcio, desintegrándose así la familia tal y como se ha constituido, lo que dista de ser la solución óptima al problema²⁵.

Estas circunstancias de ruptura pueden agravarse por la complejidad de la situación si las parejas están compuestas por personas del mismo sexo. A pesar de la normalización que se le está dando a estas familias en sociedades como la nuestra, aún sigue siendo una situación minoritaria. Debemos considerar que en la disolución de la pareja se implican muchas personas y circunstancias²⁶, ya que existen factores emocionales en juego, si las parejas afectadas se empeñan en llevar

a la legislación local, ambos aparecen como padres de los niños. Contra esta decisión presentaron recurso ante la DGRN, que dicta Resolución el 18 de febrero de 2009 (RJ 2009,1735) anulando la decisión consular y ordenando la inscripción de los menores en el Registro Civil.

24 Johan Galtung, *Transcend and Transform: An introduction to conflict work* (London: Pluto Press, 2004).

25 Según afirma José Luis Utrera, juez de familiar de Málaga, "en los juzgados de familia se dictan muchas sentencias pero que resuelven pocos conflictos" y ha señalado que "podría calificar casi de perverso el sistema tradicional de gestión del conflicto familiar judicializado"; "en muchos casos, el propio sistema judicial incrementa un conflicto donde no lo había"; "el propio sistema genera esa dinámica: hay que cambiar el sistema..." (La Vanguardia, 25 de abril de 2019, acceso el 27 de noviembre de 2021: <https://bit.ly/2TbBf5Q>).

26 Continúa afirmando el mismo José Luis Utrera (vid. nota anterior) que, a la hora de divorciarse, no se observa una diferencia sustancial, entre parejas heterosexuales y homosexuales, teniendo en cuenta que no hay datos estadísticos puesto que las parejas homosexuales que se han divorciado son todavía un número muy reducido. Hay divorcios de parejas homosexuales tan conflictivos y tan enconados como el de cualquier pareja heterosexual. La tensión que todo divorcio supone se dispara si la ruptura familiar –aproximadamente una de cada tres– resulta traumática por el enfrentamiento de la pareja, por la duración del conflicto o por la utilización de los hijos menores en las disputas de los adultos.

una negociación encaminada a salvar sólo aspectos de relevancia patrimonial que, aunque son muy importantes, no son los decisivos para restaurar la convivencia entre los miembros de la familia, no se va a resolver el conflicto. Es esencial encauzar las relaciones en caso de la existencia de hijos menores para evitar llegar a un procedimiento contencioso²⁷, porque lejos de calmar la tensión y dar solución a las diferencias, las agrandan más y producen dolor y distancia entre las personas, acarreando graves consecuencias en el proceso de separación o divorcio.

El mecanismo procesal ordinario, a pesar de sus indudables méritos técnicos, no parece el instrumento más adecuado para afrontar este tipo de conflictos. Aparte de sus inveterados problemas generales, como son la lentitud y la carencia²⁸, en el caso de los conflictos en el seno de las familias homoparentales el procedimiento judicial presenta otros inconvenientes. En primer lugar, el tradicional conservadurismo del poder judicial en nuestro país²⁹, que lo hace bastante reacio en principio a admitir la existencia de modelos de convivencia distintos al consagrado tradicionalmente en nuestros textos legales y, por tanto, a facilitar modos de regulación de los conflictos suscitados que sean acordes con las demandas sociales existentes. En segundo lugar, por la necesidad de un mayor protagonismo de las partes implicadas y la interacción entre ellas y a través de agentes mediadores, lo que exige una práctica argumentativa mucho más depurada que la tradicionalmente utilizada en el seno del proceso³⁰. Y, en tercer lugar, la conveniencia de una intervención más acusada de terceros expertos en resolución de conflictos intra e interpersonales (psicólogos, pedagogos, educadores sociales, técnicos de igualdad) que apliquen técnicas de comunicación y

27 Son “divorcios 'de plomo' que lastran la vida emocional de todos los afectados y especialmente de sus hijos menores, quienes quedarán marcados para siempre por una ruptura en la que los progenitores anteponen sus intereses tanto emocionales como económicos a los de unos niños que sólo desean seguir siendo felices, aunque sea en un entorno familiar distinto”, según el mencionado juez Utrera (vid. nota 25).

28 Sonia Calaza López, “Derecho paraprocesal. Mecanismos alternativos a la jurisdicción”, en Vicente Gimeno Sendra, Manuel Díaz Martínez y Sonia Calaza López, *Introducción al Derecho procesal*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 414.

29 Gregorio Cámara Villar, “Justicia y política en la España democrática (Una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política)”, *Revista de Derecho Político*, 47 (2000), 38 (Monográfico sobre el Poder Judicial).

30 Josep Aguiló Reglá, *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación* (Madrid: Trotta, 2015), 97-129.

negociación más sutiles que las derivadas de los procedimientos jurídicos y forenses habituales.

Existen, sin embargo, alternativas para gestionar estos procesos de ruptura donde se encuentran implicados los dos miembros de la pareja y todo el círculo familiar: una de las más adecuadas es la mediación como método alternativo de resolución de conflictos. De este procedimiento relativamente novedoso vamos a tratar a continuación.

4. UTILIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES

4.1. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA MEDIACIÓN

La mediación puede definirse, según John H. Haynes, como “un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas”³¹. O también, del modo que sugieren Jay Folberg y Alison Taylor, como un “proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”³².

La mediación ofrece, pues, un espacio de diálogo para que las partes en conflicto puedan hablar, comunicarse, escuchar y entenderse, analizando cuáles son los consensos a los que pueden llegar para hacer menos gravosa la separación de la familia.

31 John M. Haynes, *Fundamentos de la Mediación Familiar. Manual Práctico para mediadores* (Madrid: Ed. Gaia, 2012): 49.

32 Jay Folberg y Alison Taylor, *Mediación y resolución de conflictos sin litigio* (México DF: Linusa, 1992), 2.

Hay muchas razones para acudir a mediación en caso de ruptura o conflicto familiar. Entre ellas podrían citarse los propios principios que la definen:

1) Voluntariedad: las partes son las que deciden si quieren iniciar un proceso de mediación, para gestionar su conflicto.

2) Imparcialidad: el profesional que ayuda tiene un papel equidistante respecto a las posturas de los que intervienen en mediación.

3) Neutralidad: los valores, puntos de vista, percepciones y concepciones intrínsecas del mediador en el procedimiento de mediación quedarán fuera del espacio de mediación.

4) Confidencialidad: el contenido de las sesiones es confidencial; ello es tan importante que se firmará un contrato de confidencialidad previo a la mediación por todos los intervinientes en la misma.

5) Buena fe: presupone que las personas que acuden a un mecanismo de mediación con la intención de solventar sus problemas.

Estos principios son importantes en las crisis familiares, y más en las familias homoparentales, por ser un ámbito especialmente sensible, donde las emociones y sentimientos van a aflorar en el conflicto que hay que resolver. Otras ventajas son un menor coste económico y la reducción del tiempo de gestión del conflicto respecto a la vía judicial.

4.2. ESPECIALIDADES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La utilidad de la aplicación de la mediación en conflictos de familias homoparentales es algo a destacar puesto que, como afirman Marta Gonzalo Quiroga y Ana Criado Inchausté³³, “las excelencias de la mediación en el ámbito familiar son cada vez más conocidas. Es una realidad que la mediación representa un ahorro de dinero, tiempo y sufrimiento emocional. Tampoco se puede dejar atrás otra de sus grandes ventajas: es el control directo que las partes ejercen sobre su

33 Gonzalo Quiroga y Criado Inchausté, “La mediación de conflictos...”, 76.

conflicto, cosa improbable cuando un caso llega a un juzgado Y no hay que olvidarse de la adaptación a aquellos conflictos cuya resolución va más allá de la legislación existente; esto significa que la mediación puede abarcar cuestiones que la ley no tiene previstas”.

Este sistema alternativo de solución de conflictos está basado en la evidencia de los resultados positivos que produce, tanto si la mediación termina con acuerdo total, o si solo se alcanzan acuerdos parciales, o si tan solo se ha realizado la sesión informativa, puesto que poner en contacto y sentar a dialogar a las personas en conflicto ya es un gran avance

Si se da este punto de partida, se posibilitará que cada uno exprese cuáles son sus necesidades y las circunstancias que han ocasionado la situación en la que se encuentran. Y de ese diálogo surgirá un acercamiento para alcanzar la solución de las diferencias. Hemos de tener en cuenta la gran flexibilidad que aporta acudir a mediación, que puede incluir no sólo a las personas en conflicto, sino también a los familiares implicados. Partiendo de la falta efectiva de un marco legal específico, es posible que las familias homoparentales hayan tenido que superar situaciones delicadas por la especificidad de su composición; de ahí que la mediación sea un medio que puede encontrar mecanismos de solución adaptado a las circunstancias. Esto no puede producirse en un conflicto contencioso judicializado, donde se aplicarán las normas procesales sin más.

Otro dato a favor de utilizar la mediación para resolver los conflictos es que acudir a mediación no impide que posteriormente se siga el procedimiento judicial establecido, ya que en la mediación intrajudicial se suelen aprovechar los tiempos muertos entre los trámites de demanda y contestación y el señalamiento de la vista, y más ahora en las circunstancias tan complicadas de colapso judicial después de la situación de cierre de la actividad por la emergencia sanitaria.

Por eso, es una oportunidad que se ha de poner en manos de las familias en conflicto, y además consideramos que les devuelve la responsabilidad de sus vidas y les da otra herramienta añadida para que puedan llegar a la plena satisfacción de sus necesidades, al ser ellos quienes gestionan las crisis personales en su

familia. Es una alternativa diferente para resolver los problemas de convivencia, consiguiendo un acercamiento satisfactorio sea cual sea el resultado, y esto no se da en otra forma de gestión de conflictos.

Como acertadamente afirma el profesor Villagrasa Alcaide, "...a través de la mediación, se devuelve a las personas en conflicto su protagonismo y su responsabilidad para poder decidir, por sí solas, sobre los aspectos que les afecten de una manera personal y directa. Cada uno es el que sabe qué es lo mejor para sí mismo, lo que necesita o desea".³⁴

También podemos añadir que la mediación es un procedimiento de resolución de conflictos informal, pero estructurado; es un procedimiento de carácter voluntario, no vinculante, confidencial y basado en los intereses de las partes. Está suficientemente comprobado que la mediación es eficaz y eficiente para gestionar conflictos en prácticamente todos los ámbitos en los que es importante preservar la relación entre las personas que tienen un conflicto, de ahí que sea muy interesante y eficaz en este ámbito de la familia homoparental, y sobre todo si hay menores.

4.3. OBJETIVOS Y RESULTADO DE LA MEDIACIÓN EN ESTE ÁMBITO

Creemos que los valores de la mediación, como son la buena fe, la colaboración y, sobre todo, las posibilidades que surgen del diálogo cuando dos partes se sientan a hablar, son todos ellos motivos suficientes para que, cuando existe un conflicto, y más en el caso de familias homoparentales, puedan gestionarse en unas circunstancias sensibles y especiales para tratar los momentos de crisis familiar.

Y el principio de confidencialidad asegura que cualquier opinión y opción pueda ser tenida en cuenta por las partes, y no tendrá consecuencias más allá del procedimiento de mediación.

³⁴ Carlos Villagrasa Alcaide, "Marco Jurídico de la Mediación familiar", en Soria Verde, Villagrasa Alcaide y Armadans i Tremolosa, *Mediación Familiar...*, 182.

Debemos tener en cuenta que los conflictos de estas familias carecen de pautas jurídicas, sociales y culturales, por no tener, en ocasiones, referencias legales previas y, por tanto, dan lugar a situaciones novedosas que muchas veces no se sabe abordar. Así, por ejemplo, hay que poner de relieve que “una gran diferencia entre las mediaciones familiares internacionales en familias heterosexuales y en aquellas formadas por personas LGTBI está en la falta de legislación internacional homogénea que reconozca el matrimonio igualitario, las uniones del mismo sexo y las familias derivadas de ello...”³⁵.

Esta perspectiva, basada en los valores del diálogo y en la asunción por las personas de sus actos, restaura la idea de que la calidad de vida se enfoca más en las cualidades de las personas y en resaltar todo su potencial a la hora de conducir su vida con responsabilidad, también a la hora de gestionar sus dificultades y en este encaje entra en juego la mediación, porque la evolución de las relaciones humanas va muy por delante de las normas, es más rica e imprevisible que la vigente legislación, de ahí que sea necesario utilizar el diálogo, la comunicación y la negociación para resolver estas situaciones y evitar largos y costosos procesos judiciales.

La mediación familiar no es la panacea para resolver todos los problemas en las relaciones familiares homoparentales, pero se puede conseguir que las partes en conflicto restauren su relación mediante el diálogo imprescindible, sobre todo cuando hay menores, ayudando a que el deterioro de sus relaciones no afecte a su posterior convivencia con ellos y su situación conflictiva tenga el menor impacto posible en los hijos de estas parejas.

Por consiguiente, las consecuencias jurídicas del procedimiento de mediación, tal como afirma el profesor Villagrasa Alcaide, “estarán adecuadas al tipo de acuerdo que se adopte, teniendo la consideración de negocio jurídico interpartes”³⁶ (cfr. art. 25 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).

³⁵ Gonzalo Quiroga y Criado Inchausté, “La mediación de conflictos...”, 85.

³⁶ Villagrasa Alcaide, Carlos, “Marco Jurídico de la Mediación familiar”, en Soria Verde, Villagrasa Alcaide y Armadans i Tremolosa, *Mediación Familiar...*, 182-183: “...aunque dependerán del tipo de

5. CONCLUSIONES

Para concluir, podemos hacer nuestras un par de afirmaciones particularmente significativas:

“La familia con su conjunto de valores y estructura es suma integrada de influjos y presiones que emanan del todo institucional y de la cultura. Lo que se ha venido reflejando en un devenir histórico resultante de un ambiente social creado por el total institucional: economía, religión, socialización, poder político, ley, etc., y por un cerco cultural tratando la familia de adecuarse a estos influjos institucionales” [sic]³⁷.

“La familia es una institución social anclada en necesidades humanas universales de base biológica: la sexualidad, la reproducción y la subsistencia cotidiana. Sus miembros comparten un espacio social definido en términos de relaciones de parentesco, conyugalidad y pater-maternidad. Se trata de una organización social, un microcosmos de relaciones de producción, reproducción y distribución, con su propia estructura de poder y fuertes componentes ideológicos y afectivos. Existen en ella tareas e intereses colectivos, pero sus miembros también tienen intereses propios diferenciados, enraizados en su ubicación en los procesos de producción y reproducción”³⁸.

Los conceptos de estas autoras nos dan una idea acerca de la construcción compleja que es la institución familiar, pues no sólo son grupos de personas conviviendo

acuerdo y de la situación, la decisión final se encuentra calificada como un negocio jurídico en el que los partícipes, a través de su autonomía privada, de su voluntad, se sienten vinculados, lo que permite cierta eficacia jurídica y su posible incorporación al proceso judicial mediante los cauces procesales oportunos.

Las consecuencias materiales derivan del hecho de que el acuerdo se pueden tomar decisiones patrimoniales o medidas de cualquier tipo que interesen a las partes con posterioridad y a las que, una vez alcanzados los correspondientes compromisos les resulten aplicables.”

37 Virginia González de Pineda, *Honor, familia y sociedad en la estructura patriarcal* (Bogotá: Centro Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1988), 29

38 Elisabeth Jelin, “Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales: Hacia una nueva agenda de políticas públicas”, en *Reunión de Expertos: “Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales”* (CEPAL, 28 y 29 de junio de 2005), ed. por Irma Arrigada (Santiago de Chile: CEPAL, 2005). 5, acceso el 28 de noviembre de 2021, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6807/So5683_es.pdf/

unidos por lazos de sangre o afectividad, sino que dentro de las mismas se crean unas estructuras de carácter económico, cultural y, sobre todo, afectivo.

Hay que considerar también que todas las áreas de conocimiento, tanto jurídicas como humanísticas, han dado un concepto de familia; por eso el derecho, la antropología, así como la sociología, la psicología y la historia han abordado desde una diferente perspectiva la constitución y las relaciones que nacen de la familia y las conexiones que se producen con el ámbito cultural, económico y social en que se desenvuelve en cada momento.

Se puede aceptar un concepto de familia definido como una organización dirigida a la conservación y cuidado de sus miembros. Es el ámbito más cercano y afectivo que contiene un entramado de vínculos, experiencias y relaciones de las personas que lo componen: por eso, es importante crear una estructura de normas que incluya también casos como el de la familia homoparental.

Este modelo de familia homoparental es una realidad que se está desarrollando en nuestra sociedad como núcleo de convivencia normalizada y legalmente reconocida, y como tal conlleva aparejados los conflictos, que necesariamente tendrán que resolverse.

Y consideramos que, antes de llegar a la vía judicial contenciosa, siempre en los casos que se pueda plantear, es preciso acudir a la mediación, pues aunque es un sistema reglado, es menos formal que el judicial y permite proporcionar un elemento de personalización y humanización del conflicto, constituyendo casi siempre la mejor opción cuando se ha producido un deterioro de la convivencia familiar, de manera temporal o permanente, que provoca graves perjuicios tanto a nivel emocional, como legal. Además, en las familias homoparentales se añade la circunstancia de que pueden darse situaciones más complejas en el desarrollo de la vida cotidiana, y que hay que tratar con especial sensibilidad y diálogo, sobre todo si añadimos la existencia de menores.

Así pues, hay que partir del hecho de que la mediación es una alternativa diferente a la vía judicial para las familias homoparentales que tienen que afrontar los conflictos.

La calidad de los sistemas judiciales se mide por la riqueza de las vías extrajudiciales que implementan y no sólo por la cantidad de juzgados con los que se puede contar. Y máxime en nuestro país, donde hay un déficit de personal en los juzgados, con menos jueces y fiscales que la media de países de nuestro entorno.

Utilizando la mediación en la resolución de conflictos se da una actitud proactiva encaminada a encontrar una solución a sus diferencias con un mayor grado de satisfacción y bienestar, porque serán las partes implicadas en el conflicto quienes ideen la solución, creando menos fricciones y evitando las situaciones más dolorosas para ellos mismos y su entorno, buscando una salida pacífica y consensuada que partirá de sus propios conceptos, ideas y necesidades para resolver la situación.

Y en este grupo organizado que es la familia, cuando surgen las dificultades, la mediación se abre paso como uno de los métodos más adecuados e idóneos para afrontar los conflictos cuando aparecen las crisis

Estas organizaciones posibilitan la socialización y construcción de relaciones muy importantes entre sus miembros, los cuales proceden de ámbitos culturales, sociales y económicos diferentes, y esta nueva realidad de las familias homoparentales, como ejemplo de la más reciente de estas estructuras de convivencia, se abre camino como una manifestación más de los cambios que la sociedad actual está atravesando de un modo tan vertiginoso que se produce a la velocidad que los tiempos y el ritmo de la vida nos impone y que exige la búsqueda de soluciones nuevas e imaginativas de los conflictos que incesantemente la convivencia genera, y sin duda seguirá generando.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiló Reglá, Josep. *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación.*

Madrid: Trotta, 2015

Soria Verde, Miguel Ángel; Carlos Villagrasa Alcaide e Inmaculada Armadans i Tremolosa

Mediación Familiar. Conflicto: técnicas y recursos, Barcelona: Bosch, 2008

- Berástegui Pedro-Viejo, Ana, “El nuevo universo de formas familiares”, *Crítica*, 984 (2013): 14-17
- Calaza López, Sonia, “Derecho paraprocesal. Mecanismos alternativos a la jurisdicción”. En Gimeno Sendra, Vicente; Manuel Díaz Martínez y Sonia Calaza López, *Introducción al Derecho procesal*. 413-431. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020
- Cámara Villar, Gregorio. “Justicia y política en la España democrática (Una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política)”. *Revista de Derecho Político*, 47 (2000): 27-52 (Monográfico sobre el Poder Judicial)
- Cortés González, Jorge, “Familias Reconstituidas”, *TS Difusión. Publicación bimestral de los Colegios Oficiales de Diplomados de Trabajo Social (Cádiz, Málaga, Sevilla)*, 102 (2014), 17-2, https://trabajosocialevilla.es/wp-content/uploads/2019/10/2014_ABRIL_TSD102.pdf
- De la Fuente Núñez de Castro, M^a Soledad, “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1 (2015), 1-35 DOI: <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/293062/381570>
- Folberg, Jay y Alison Taylor, *Mediación y resolución de conflictos sin litigio*. México DF: Linusa, 1992
- Galtung, Johan, *Transcend and Transform: An introduction to conflict work*. Routledge, London: Pluto Press, 2004
- Giberti, Eva, “La diversidad en las organizaciones familiares”, *Revista Derechos de Familia*, 55 (2012), 159-177
- Gómez y Gómez, Marina, *La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado* (TFM, Universidad Complutense de Madrid, 2020) [http://La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado - E-Prints Complutense \(ucm.es\)](http://La%20gestaci3n%20subrogada:%20un%20an3lisis%20desde%20una%20perspectiva%20comparativa%20y%20del%20sistema%20espa%20ol%20de%20Derecho%20internacional%20privado%20-%20E-Prints%20Complutense%20(ucm.es))
- González de Pineda, Virginia, *Honor, familia y sociedad en la estructura patriarcal*. Bogotá: Centro Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1988
- Gonzalo Quiroga, Marta y Ana Criado Inchauspé, “La mediación de conflictos en familias LGTBI con trascendencia internacional: análisis práctico de un caso real”. En *La solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia*, coordinado por Arnulfo Sánchez García y Patricia López Peláez. 71-99. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.

- Grijalba-Uche, Miguel y Luis Enrique Echarte, “Homeostasis y representaciones intelectuales: una aproximación a la conducta moral desde la teoría de la emoción de Antonio Damasio”, *Persona y Bioética* 19, núm. 1 (2015): 80-98.
- Haynes, John M., *Fundamentos de la Mediación Familiar. Manual Práctico para mediadores*. Madrid: Ed. Gaia, 2012
- Jelin, Elizabeth, *Pan y afectos. La transformación de las familias*. Buenos Aires: FCE, 1998
- Jelin, Elisabeth, “Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales: Hacia una nueva agenda de políticas públicas”. En *Reunión de Expertos: “Políticas hacia las familias, protección e inclusión sociales”*. (CEPAL, 28 y 29 de junio de 2005), editado por Irma Arriagada, 1-23. Santiago de Chile: CEPAL, 2005, edición en PDF https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6807/S05683_es.pdf
- Menacho Montes, Teresa; Anna María Cabré Solá, y Andreu Domingo i Valls, “Demografía y crecimiento de la población española durante el siglo XX”, *Mediterráneo Económico*, 1 (2002): 121-138 (Monográfico: Procesos Migratorios, economía y personas, coord. por Manuel Pimentel Siles)
- Millán Vázquez de la Torre, María Genoveva; Manuela del Pilar Santos Pita y Leonor María Pérez Naranjo, “Análisis del mercado laboral femenino en España: evolución y factores socioeconómicos determinantes del empleo”, *Papeles de Población*, 21 (2015): 197-225
- Ramos Chaparro, Enrique, “Comentario Crítico a la Ley 13/2005 sobre ‘matrimonio homosexual’”, *Aranzadi Civil: Revista Quincenal*, vol. 1 (2006): 2035-2046
- Rodrigo López, María José y Jesús Palacios (coords.), *Familia y desarrollo humano*. Madrid: Alianza Editorial, 1998
- Villagrasa Alcaide, Carlos, “Marco Jurídico de la Mediación familiar”. En Soria Verde, Miguel Ángel; Carlos Villagrasa Alcaide e Inmaculada Armadans i Tremolosa, *Mediación Familiar. Conflicto: técnicas, métodos y recursos*. 163-182. Barcelona: Ed. Bosch, 2008
- Zambrana Moral, Patricia y Manuel Jesús Peláez, “Noticias”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 30 (2008): 705-71, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100055

MARÍA YOLANDA BARTOLOMÉ CANTALEJO
 Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid
 gestionconflictos.2018@gmail.com
 Orcid: 0000-0001-6538-6731



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.441>

EL GOBIERNO DE LOS TERRITORIOS DE ULTRAMAR EN LAS
PRIMERAS CONSTITUCIONES. PROBLEMAS JURÍDICOS
DEL GRAN MITO IMPERIAL

*SPANISH RULE OF THE OVERSEAS TERRITORIES IN THE FIRST
CONSTITUTIONS. LEGAL ISSUES OF THE GREAT IMPERIAL MYTH*

ELISA DÍAZ ÁLVAREZ¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 15/11/2021 Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

La pérdida de las posesiones españolas en el continente americano durante las primeras décadas del siglo XIX reabrió el debate sobre la integración de los territorios ultramarinos restantes en el Estado liberal que se estaba construyendo tras el paréntesis absolutista del reinado de Fernando VII. La Constitución de 1837, inspirada en gran medida por el texto de Cádiz, introdujo un marco jurídico peculiar para Ultramar: el sistema de ley especial, que habría de convertirse en una auténtica fuente de conflicto a lo largo de la centuria. Todavía aferrada a sus tiempos dorados de gran potencia colonial, la metrópoli volcó sus esfuerzos en conservar en las provincias ultramarinas un sistema jurídico-político desfasado, ajeno a los cambios que la revolución liberal había desatado. El

¹ Graduada en Derecho. Universidad de Extremadura. Premio al Mejor Expediente Académico de la Enseñanza Oficial de Máster de la Universidad de Extremadura. Doctoranda en Derecho (Historia del Derecho) en la Universidad de Extremadura. Colaboradora del Grupo de Investigación *Extremadura y América*. Su principal línea de investigación es el Derecho Indiano, con diversas publicaciones y participaciones en Congresos nacionales e internacionales.

objeto de este artículo es analizar los factores que dieron lugar a este controvertido sistema, así como sus orígenes gaditanos y su configuración en la Constitución de 1837.

Palabras clave: Identidad española, moderantismo, principio de igualdad, ley especial, provincia, colonia.

ABSTRACT

The loss of the Spanish possessions in continental America over the first decades of the 19th century opened a discussion about the integration of the rest of the colonies in the liberal state. Under the influence of the sacred works of Cádiz, the Constitution of 1837 introduced a brand new legal framework for the overseas territories: the controversial “special law” system. Still attached to that golden image of the great colonial empire, Spain strove to keep an outdated legal system in the Antilles and the Philippines, ignoring the irreversible changes of the revolution and liberalism. The aim of this article is to analyze the causes of this *modus operandi*, as well as its development in the first Spanish Constitutions.

Keywords: Spanish identity, moderantismo, equality, special law, province, colony.

Sumario. 1. *Introducción: factores políticos que influyen en la gestión de Ultramar.* 1.1. *La Revolución Española como génesis del Estado-nación.* 1.2. *El moderantismo.* 2. *El mundo de Ultramar en la primera mitad del siglo XIX.* 2.1. *Antes de lo contemporáneo. El papel de Ultramar en el imaginario colectivo español.* 2.2. *La Constitución de 1812.* 2.3. *La Constitución de 1837.* 3. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN: FACTORES POLÍTICOS QUE INFLUYEN EN LA GESTIÓN DE ULTRAMAR

1.1 LA REVOLUCIÓN ESPAÑOLA COMO GÉNESIS DEL ESTADO-NACIÓN

El Estado liberal en España es hijo de una revolución que afectó a la configuración de las instituciones, al discurso de legitimación y al ejercicio del poder². El detonante fue la ambiciosa política exterior de Napoleón Bonaparte, quien

2 Juan Pro Ruiz, *La construcción del Estado liberal en España. Una historia del siglo XIX* (Madrid: Alianza, 2019), 83.

llevaba hostigando a Carlos IV con exageradas demandas económicas y militares desde sus tiempos de primer cónsul de la República. En 1807, el proyecto de anexión de Portugal –aliado de Inglaterra– fue utilizado como pretexto para que las tropas francesas invadieran en silencio el territorio peninsular, que además era la puerta a los codiciados dominios de América.

Ante la inacción de las autoridades, el Dos de Mayo de 1808 las masas populares de Madrid se levantaron contra los franceses, que respondieron al desafío a sangre y fuego. Lo que había comenzado como una insurrección localizada de las capas inferiores en defensa de sus negocios y costumbres, terminó arrasando a todas las provincias y clases sociales a una lucha sin cuartel. Entre los gritos y los cadáveres esparcidos por las calles de la capital, había nacido el mito que alimentó el imaginario nacional decimonónico: la Revolución Española. Una nueva mitología que, como señala Henry Kamen, “pretendía sustituir a los héroes tradicionales por otros nuevos y, al mismo tiempo, construir un nuevo conjunto de valores, más acordes con los tiempos”³.

El conflicto que sirvió de marco al proceso revolucionario español, la Guerra de la Independencia (1808-1814), allanó el terreno para la renovación del país. Pero, más que una heroica lucha en nombre de la libertad, fue una acción colectiva que se desmarcó de los postulados sociológicos clásicos. Los procesos revolucionarios de la época respondían generalmente a un patrón más o menos similar: radicalización y derrocamiento de la autoridad real; proclamación de la república; apertura de una fase dictatorial; estallido de una guerra civil; y regreso a la moderación aceptando los avances que se hubieran hecho por el camino⁴. Lo que aquí sucedió fue completamente diferente y, sin duda, condicionó la toma de decisiones políticas en lo sucesivo. La guerra de la que surgió el cambio no estuvo motivada por un proceso interno, sino que se produjo a raíz de la

3 Henry Kamen, *La invención de España. Leyendas e ilusiones que han construido la realidad española* (Madrid: Espasa, 2020), 283.

4 Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, “La Administración Pública y la ley”, *THEMIS. Revista de Derecho* 40 (2000): 233.

presencia de un agente externo, percibido como intruso. Por eso no es descabellado afirmar que España se vio proyectada de forma reticente hacia el siglo XIX⁵.

La España combativa de las pinturas de Goya era como un péndulo que oscilaba entre lo subversivo y lo reaccionario, como después demostraría la Constitución de 1812. De hecho, la historiografía atribuye una naturaleza triplemente contradictoria al conflicto, génesis del Estado-nación contemporáneo. La Guerra de la Independencia fue, desde esta perspectiva, un levantamiento espontáneo, inducido por agentes británicos contrarios al expansionismo napoleónico; una guerra local de trascendencia internacional; y una lucha por la libertad que no perseguía la consecución de altos ideales revolucionarios, sino el mantenimiento de la tradición monárquica y católica⁶. Ciertamente, ese “carácter español” dinamitó cualquier posibilidad de copiar íntegramente los modelos de Estados Unidos o Francia a la hora de configurar la nueva realidad. Mientras que en estos países había existido una intencionalidad única al romper el *statu quo* –la afirmación de la libertad y la igualdad de los hombres en contraposición al sistema de privilegio–, entre los españoles nunca hubo una opinión uniforme más allá de la aversión hacia lo extranjero. Los rencores y esperanzas estaban depositados en imágenes que no podían ser más diferentes: la inmensa mayoría permanecía vinculada a los valores tradicionales (la religión y los derechos locales), mientras que había una minoría que se inclinaba por las consignas francesas y que esperaba que el espíritu ilustrado del XVIII se extendiera por el país⁷.

A pesar del divorcio entre la belicosidad popular y la élite intelectual, estaba claro que ni la restauración ni la renovación podrían hacerse por medio de Napoleón⁸. Dada la ausencia del gobernante legítimo, solo quedaba un “nosotros”⁹ frente al invasor francés, lo cual movió la posición de las piezas en el tablero político. Hasta el momento, el pueblo había desempeñado un papel pasivo en

5 Henry Kamen, *Brevisima Historia de España* (Madrid: Austral, 2014), 194.

6 Ana Clara Guerrero Latorre, “La crisis del Antiguo Régimen, 1808-1814”, en *Historia Contemporánea de España. 1808-1823*, dir. por Blanca Buldain Jaca (Madrid: Akal, 2016), 22.

7 Kamen, *Brevisima...*, 190.

8 Pierre Vilar, *Historia de España* (Madrid: Austral, 2013), 53.

9 Isabel Lucena Cid, “La acción colectiva: todo poder viene de abajo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 23 (2011): 341.

los asuntos de la Monarquía, que era como una corporación unipersonal donde el rey ejercía una autoridad ilimitada sobre los súbditos en todos los campos de la existencia. Sin embargo, con Fernando VII fuera del cuadro, el flujo de poder sufrió una alteración sin precedentes. Ahora la representación política recaía en la base. Así pues, se recuperó la desterrada idea bajomedieval de que el rey accedía al poder “por voluntad del pueblo”¹⁰, que en este caso debía actuar para evitar que la Corona continuara en manos de los Bonaparte. La soberanía vacante fue asumida por Juntas Supremas Provinciales que después se unificaron en una Junta Central Suprema y Gubernativa de España e Indias con sede en la isla de León¹¹. De ahí resultó un Consejo que, en nombre de Fernando, se encargó de dar las órdenes pertinentes para derrotar al enemigo común.

El problema de la representación política ascendente era su discrepancia con la infraestructura absolutista, donde el monarca constituía el eje central y concentraba todos los poderes. Para que la gobernabilidad fuera viable, era preceptivo encontrar una fórmula en la que el poder no tuviera connotaciones patrimoniales, sino colectivas. Como habían apuntado algunos ilustrados al hilo de las revoluciones atlánticas, “un Estado no es una pertenencia (*patrimonium*). Es una comunidad de personas sobre la que ningún otro, más que él mismo, puede mandar y disponer”¹².

En contraposición a los reinos compuestos o monarquías del Antiguo Régimen, el Estado-nación se perfilaba como una entidad abstracta en cuyo nombre se ejercía el poder soberano, con un territorio y una comunidad de ciudadanos iguales, dotados de los mismos derechos y representados por los mismos órganos de gobierno¹³. La concentración del poder en un ente despersonalizado y legitimado por esta comunidad de personas libres e iguales quebró la tendencia de gobernar al margen de la sociedad. Frente a la soberanía real y la monarquía absoluta, los revolucionarios acuñaron la soberanía nacional y la monarquía

10 Walter Ullman, *Historia del pensamiento político en la Edad Media* (Barcelona: Ariel, 2013), 192-193.

11 José Antonio Escudero, *Los cambios ministeriales a fines del Antiguo Régimen* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), 55.

12 Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua* (Madrid: Akal, 2012), 22.

13 Pro, *La construcción del Estado...*, 33-35.

parlamentaria, lo cual resultó en la sustitución del concepto de *privilegio* por el de *derecho*¹⁴. Naturalmente, esto hizo que se replantearan los fines del Estado. Por influencia de la Ilustración, la felicidad de los gobernados continuó siendo una prioridad; la diferencia estribaba en la condición de los propios gobernados, que ya no eran súbditos sometidos a la patria potestad del monarca, sino ciudadanos que participaban activamente en “la cosa pública”, y que tenían unos derechos garantizados por la ley. El estatuto de ciudadano consagraba, además, la igualdad y la libertad como puntales del equilibrio social, de ahí que la doctrina considere que se pasa de un Estado policía a un Estado de Derecho¹⁵.

También es importante señalar un tercer y último aspecto que distinguía al Estado-nación de las formas políticas anteriores: su condición de realidad dinámica y viva. La monarquía absoluta era inmovilista por principio debido a la concepción personalista, oligárquica y jurisdiccional del poder. En cambio, el ámbito material del Estado-nación no se agotó en el momento de su fundación, sino que fue ampliándose gradualmente, en diferentes fases: primero hubo un período revolucionario en el que las ideas liberales fueron calando en la cultura española de manos de los progresistas (1808-1843); después, bajo los gobiernos moderados, se produjo el desmantelamiento definitivo del Antiguo Régimen (1840-1868); y, finalmente, la fórmula liberal se consolidó gracias a la creación de los partidos políticos, la industrialización y el impulso codificador (1868-1923)¹⁶.

1.2. EL MODERANTISMO

España, al igual que Francia, no aplicó la doctrina liberal primitiva, que defendía una igualdad y una libertad radicales. En su lugar, optó por una vía intermedia que le permitió conjugar el principio monárquico con el democrático, salvaguardar la libertad y acabar con la inestabilidad política. El *moderantismo* español, pariente directo del liberalismo doctrinario francés, sirvió para

14 Miguel Artola Gallego, “De la Monarquía Hispánica al Estado liberal”, *Historia contemporánea* 4 (1990): 36.

15 Jesús Lalinde Abadía y Sixto Sánchez-Lauro, *Derecho histórico de los pueblos hispánicos. Fuentes e instituciones político-administrativas* (Barcelona: Trialba, 2016), 301.

16 Pro, *La construcción del Estado...*, 261-263.

contentar a los grupos políticos conservadores y evitar la cercanía a las tendencias más extremas, la absolutista y la revolucionaria. Las modificaciones fundamentales que introdujo en el liberalismo originario son cuatro:

La interpretación restrictiva del principio de soberanía, con el fin de controlar la toma de decisiones políticas a través de la limitación del derecho de sufragio. La soberanía era nacional, entendiéndose por “nación” el conjunto de individuos (hombres) que poseían ciertas condiciones de renta o patrimonio, prestigio social y capacidad intelectual. Estas restricciones económicas y capacitarias desaparecieron posteriormente gracias a la proclamación de la soberanía popular y del sufragio universal.

La adopción del concepto de “Constitución histórica o interna”, muy presente en el parlamentarismo británico. Con ello se referían a la formación de la Constitución a partir del desarrollo progresivo de las instituciones del Estado y de las prácticas consagradas por la costumbre y la tradición histórica¹⁷. Las instituciones principales en España eran la Corona y las Cortes, que compartían la soberanía y actuaban como garantes del sistema.

La concepción simbólica de la monarquía como un poder moderador que ocupaba una posición superior con respecto a los tres poderes tradicionales. Se trasladó el aforismo inglés *The King can do no wrong* (el rey no puede equivocarse). El rey no ocupaba simplemente la Jefatura del Estado, sino que era la personificación de su unidad y permanencia, por eso contaba con ciertas prerrogativas y quedaba exento de responsabilidad¹⁸. Esto se matizaría, no obstante, con la traslación de un segundo aforismo, *The King cannot act alone* (el rey no puede actuar en solitario), reflejado en la figura del refrendo ministerial.

La articulación del poder legislativo en un Parlamento bicameral, de modo que siempre hubiera una Cámara Alta (el Senado) para apoyar a la monarquía y

17 Marco Nicolás Labrín Verdejo, “Constitución histórica, Constitución escrita y Estado de Derecho”, *Ars Boni et Aequi* 15 (2019): 99.

18 Pedro de Vega García, “El poder moderador”, *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional* 7 (2002): 216.

frenar a la Cámara Baja (el Congreso de los Diputados)¹⁹. En realidad, no era más que otro argumento en defensa del sufragio censitario, que limitaba la participación política a quienes cumplieran una serie de condiciones económicas y de capacidad.

Estos principios lograron consolidarse gracias a un proceso de uniformización administrativa. Con el objeto de renovar las instituciones, el carácter centralizador y jerarquizado de la ciencia de la administración francesa se traspasó al ámbito nacional. Se apostó por una administración “despatrimonializada”, eficiente y sistemática, donde las decisiones políticas y de gestión respondían a los criterios racionales recogidos en el ordenamiento jurídico, en tanto que era la única forma de garantizar plenamente la felicidad de los ciudadanos libres e iguales.

2. EL MUNDO DE ULTRAMAR EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XIX

2.1 ANTES DE LO CONTEMPORÁNEO. EL PAPEL DE ULTRAMAR EN EL IMAGINARIO COLECTIVO ESPAÑOL

Desde el punto de vista histórico, el encaje de Ultramar en la Monarquía de España ha sido una cuestión eminentemente política y económica. Durante la Edad Media, los reinos peninsulares –independientes entre sí– apenas habían tenido trascendencia en el orden internacional. Sin embargo, a partir de mediados del siglo XV se encadenaron una serie de hechos que alteraron el curso de los acontecimientos: la unión de Castilla y Aragón por el matrimonio de los Reyes Católicos, la culminación de la Reconquista, la expulsión de los judíos, la creación del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición, la guerra abierta contra la Reforma protestante y la expulsión de los moriscos²⁰. A ello se añadió un último factor de suma importancia: la financiación de expediciones en beneficio de la Corona. Habida cuenta de los viajes de Colón, Núñez de Balboa y

19 Lalinde y Sánchez-Lauro, *Derecho histórico...*, 401-402.

20 Pedro Laín Entralgo, *A qué llamamos España* (Madrid: Austral, 1984), 39.

Magallanes, la monarquía de agregación comenzó a expandirse y se instaló en una posición preeminente con respecto a sus competidores europeos. La marginación pasó a convertirse en hegemonía, sobre todo con la llegada de los Habsburgo al trono.

Lógicamente, la integración de un ingente número de tierras desconocidas en la futura Monarquía Universal transformó la configuración, los objetivos y la idiosincrasia de la misma. Debemos tener en cuenta que, todavía en los albores de la Edad Moderna, no se habían reunido las condiciones para ocupar un papel protagónico en la escena mundial. Los recursos naturales españoles eran poco significativos, pues la capacidad agrícola estaba limitada por el mal estado del suelo, las condiciones climatológicas adversas, el atraso en los métodos de cultivo y las barreras interiores²¹. La situación dio un giro de ciento ochenta grados cuando las Indias Occidentales fueron incorporadas a Castilla, dado que las adquisiciones territoriales se traducían en un prestigio realzado y en nuevos recursos monetarios²². Dicho de otro modo, la potencia económica era sinónimo de poder político. Así que, en cuestión de pocos años, aquella amalgama de reinos peninsulares deprimidos y atrasados contaba con el respaldo de un inmenso paraíso natural colmado de riquezas. Entre la continua afluencia de metales preciosos y los beneficios que generaba el monopolio comercial americano, se pudo alimentar la maquinaria de guerra, que era uno de los grandes pilares del expansionismo hispánico, así como un elemento dinamizador del proceso de construcción del Estado Moderno²³.

La monarquía de corte autoritario, al igual que ocurrió en el resto de Europa, no se levantó a partir de nuevas instituciones, sino mediante la resurrección de las que ya existían. Era una monarquía restaurada, pero estructurada para servir a la autoridad real, que se reafirmó sobre el resto del organigrama político²⁴. Por analogía, la dominación hispánica en Ultramar fue una continuación exagerada

21 Kamen, *Brevísima...*, 66.

22 John Elliott, *España, Europa y el mundo de Ultramar (1500-1800)* (Madrid: Taurus, 2010), 23.

23 Eulogio Fernández Carrasco, "Guerra y diplomacia en la Edad Moderna", *Revista de Derecho de la UNED* 10 (2012): 184.

24 John Elliott, *La España Imperial. 1469-1716* (Madrid: Vicens Vives, 2012), 68-69.

de lo que ya se practicaba en la península²⁵. Exagerada porque, aparte de un manantial de oro, las provincias de América y Asia fueron consideradas como una especie de campo de experimentación. Para la Corona, representaban una valiosa oportunidad de fabricar un mundo sin pasado, donde sus obstáculos tradicionales (la nobleza, los señoríos, la multiplicidad de jurisdicciones y fueros y la Iglesia de Roma) quedaban desprovistos de poder e influencia²⁶.

No obstante, el hecho de que los territorios ultramarinos fueran una pieza clave en el fortalecimiento del poder regio hace que no podamos reducir su importancia a lo estrictamente económico o político. En la idea de imperio transoceánico hubo siempre un componente psicológico que afectó a la mentalidad española y que tuvo su reflejo en la historia posterior, como comprobaremos más adelante. La “nueva España” que Isabel y Fernando habían fundado en el siglo XV no era en absoluto unitaria, sino que estaba conformada por una pluralidad de células territoriales que conservaron sus características y su legislación. Las Coronas solo se habían unido simbólicamente, pues aún faltaba por realizar la gesta más complicada, que era unir a los pueblos²⁷. Las causas de esta brecha entre españoles eran tres: el dualismo Castilla-Aragón, las diferencias entre el centro y la periferia y el regionalismo. Todo ello dificultaba en gran medida que en la sociedad pudiera calar el sentimiento de pertenencia a una patria común. Impedía, al fin y al cabo, que la monarquía fuera universal en todos los sentidos, no solo en cuanto a extensión geográfica.

Lo que hizo la presencia perenne de Ultramar, aparte de llenar las arcas del Estado, fue colmar ese vacío. En primer lugar, porque contribuyó a apuntalar el concepto de “comunidad cristiana” en una época en la que, a falta de ideologías, el hecho religioso era un sólido elemento de cohesión política y social. La unidad religiosa constituía un apoyo decisivo para el poder de los príncipes, hasta el punto de que, si la fe no era única, la monarquía se quebraba²⁸. En la península,

25 Adolfo de Castro, *Examen filosófico sobre las principales causas de la decadencia de España* (Sydney: Wenworth Press, 2018), 85.

26 Pro, *La construcción del Estado...*, 66.

27 Elliott, *La España Imperial...*, 104.

28 Elliott, *España, Europa...*, 100.

esta consigna cobró una fuerza extraordinaria tras los éxitos cosechados en la Reconquista, que hicieron de los reinos hispánicos una insignia cristiana dentro del panorama europeo, con sus Católicas Majestades al frente. Cuando se sumaron a la carrera expedicionaria en las postrimerías de la Edad Media, ese papel evangelizador se hizo extensivo a los territorios descubiertos en el Atlántico y el Pacífico, que además estaban habitados por un rebaño de almas que desconocían la fe verdadera. Con el beneplácito de Roma, los sucesivos monarcas, elegidos por Dios para llevar su mensaje a todos los confines del orbe, fueron erigiendo un imperio católico que abarcaba una parte considerable del mundo conocido. En la consecución de esta empresa participaron activamente los propios españoles, quienes se encargaron de trasladar a aquellos lejanos dominios las manifestaciones de la religiosidad local, con sus capillas, santuarios e imágenes²⁹.

En segundo lugar, Ultramar auspició la unión de los pueblos en un sentido mucho más trascendente. Debido a las complicadas circunstancias en que se encontraba el continente europeo, que venía de una oleada de guerras, hambre y pestes, un gran número de personas emigró a otros continentes en busca de una vida mejor. En el caso español, este crecimiento exponencial de la movilidad geográfica fue determinante para la “invención de España” como patria³⁰:

“Tras cruzar el Atlántico y el Pacífico, o tras desplazarse a otras tierras en la propia Europa, quienes emigraban desde la península se veían capaces de reconocer que provenían de un hogar común que aún añoraban [...]. Esa sensación de ausencia que embargaba a los españoles en el extranjero fue una influencia muy poderosa para generar en ellos simpatía por España y ayudó a hacer realidad lo que hasta entonces había sido simplemente una idea. La palabra comenzó a adquirir una connotación de anhelo, en referencia a la patria de la que venían todos los pueblos de la península [...]. Los colonizadores que escribían a los seres queridos que habían dejado en la península solían referirse a esta llamándola precisamente

²⁹ John Elliott, *Imperios del Mundo Atlántico: España y Gran Bretaña en América (1492-1830)* (Madrid: Taurus, 2006), 236.

³⁰ Kamen, *La invención...*, 69.

España, e incluso cuando estaban totalmente satisfechos con sus nuevas vidas en América, no dejaban nunca de sentir nostalgia de aquellas cosas que España representaba para ellos, porque la ausencia de España la volvía real”³¹.

Podemos decir entonces que la Monarquía Universal, consciente de la diversidad que caracterizaba a los pueblos que se hallaban bajo su mando, se esforzó en robustecer los pocos elementos internos que favorecían la unidad: la figura del monarca y la religión común de los súbditos³². Alcanzar esta vocación ecuménica fue posible, entre otras cosas, gracias a la maquinaria de guerra y a la existencia de una realidad ultramarina. A través de la primera, el poder regio logró cultivar el sentimiento identitario dibujando una imagen colectiva del “nosotros” frente a los enemigos exteriores; mientras que, por medio de la segunda, implicó a los españoles en una causa nacional y alimentó la nostalgia por la madre patria³³. Este escenario mental, marcado por la tradición católica, tendría una influencia notable en la construcción del Estado liberal a lo largo del siglo XIX. Por un lado, porque el sentimiento de comunidad que se venía gestando desde el apogeo de la Monarquía Católica cristalizó en el concepto de nación en 1808, con motivo de la lucha contra el invasor francés; y, por otro, porque la impronta que el imperio transoceánico dejó en la psique colectiva fue tal que, una vez mermado a raíz del triunfo de las independencias, el país fue incapaz de desprenderse de la ideología y de las estructuras del primer colonialismo³⁴.

2.2. LA CONSTITUCIÓN DE 1812

El germen de los problemas jurídicos que plantea Ultramar en la centuria del 1800 se encuentra en la obra de las Cortes de Cádiz, otro de los grandes mitos del período contemporáneo. Pero, al margen del uso interesado que se haya podido hacer de la Constitución de 1812, a menudo revestida con una pátina de

31 Kamen, *Brevísima...*, 103-104.

32 Elliott, *La España...*, 156-157.

33 José Álvarez Junco, *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX* (Madrid: Taurus, 2001), 49.

34 Roberto Mesa Garrido, *La idea colonial en España* (Valencia: Fernando Torres Editor, 1976), 168.

sacralidad, en el tema que nos ocupa contiene ciertas singularidades –o contradicciones, incluso– en las que merece la pena detenerse.

El tratamiento jurídico-político de los dominios referidos fue producto de un contexto de transición, en el que los constituyentes se vieron en la difícil tesitura de conjuntar el espíritu antiguo con los vientos de cambio que venían soplando en Europa y América desde la segunda mitad del siglo XVIII. Es casi obligatorio subrayar el término *transición* y no confundirlo con *ruptura*, ya que en este punto España difiere de los dos icónicos protagonistas de las revoluciones atlánticas, que negaron incasablemente la tradición. Entre los artífices del texto gaditano no había un ánimo rebelde. En realidad, no tenían intención alguna de desprenderse del bagaje anterior, sino que, por el contrario, pretendían encajar el binomio Trono-Altar en el nuevo esquema político. Por eso en los comienzos del largo y tortuoso camino hacia la mayoría de edad, la relación que se estableció entre la monarquía absoluta y el Estado-nación no fue tanto de sustitución como de continuidad³⁵.

¿Era realmente posible avanzar hacia un futuro constitucional soportando el peso de un pasado que se regía por parámetros distintos? En esto los doceañistas, siempre fieles a ese “carácter español” que había marcado la morfología del conflicto contra el invasor extranjero, desafiaron los límites de la razón. Alumbraron una Constitución de lo más extraña, con “cabeza moderna y cuerpo gótico”, como apunta Carlos Garriga³⁶. Esa rareza, que además terminó siendo el principio del problema jurídico ultramarino, se manifestaba ya en el Preámbulo:

“En el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad. Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación española, bien convencidas, después del más detenido examen y madura deliberación, de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un

35 Immanuel Kant, *¿Qué es la Ilustración?* (Madrid: Alianza, 2013), 43.

36 Carlos Garriga Acosta, “Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución y el orden jurídico”, *Anuario de historia del derecho español* 81 (2011): 99.

modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación, decretan la siguiente Constitución política para el buen gobierno y recta administración del Estado”³⁷.

De estas palabras tan reveladoras podemos extraer los elementos principales que condicionaron la gobernación y la legislación de Ultramar: las leyes fundamentales, la Nación y el catolicismo. Pero antes de pasar a analizarlos de manera independiente, conviene que dediquemos un breve espacio al punto de conexión entre todos ellos, a la inclinación historicista que moldea la naturaleza jurídica de la obra gaditana.

Vaya por delante que la Constitución de 1812 no era otra cosa que una reforma de la constitución tradicional de la antigua Monarquía Católica. Así pues, dentro de ella convivían dos modelos que pertenecían a épocas diferentes, uno antiguo y otro moderno. El antiguo se correspondía con la doctrina de la “constitución histórica”, según la cual se admitía la existencia de unas leyes fundamentales del reino que contenían las pautas sobre el ejercicio del poder y la garantía de los derechos. O sea, que la constitución se limitaba a describir un orden jurídico dado por la historia, con lo cual estaba aquejada de cierto inmovilismo. Fue el movimiento ilustrado el que promovió la evolución de la concepción primitiva hacia el segundo modelo, el de la “constitución-norma”. Si antes la constitución había desempeñado un papel meramente descriptivo, ahora se convertía en la pieza generadora del orden jurídico del Estado. Adquiría un valor normativo que la habilitaba para regular la organización de los poderes públicos y establecer las garantías de los derechos³⁸.

La naturaleza bicéfala de la Constitución gaditana se tradujo en una disposición que no era del todo nueva. El apego a la tradición –o si se prefiere, la necesidad de conservar la esencia– llevó a los doceañistas a inventar una fórmula alternativa que les permitiera construir un orden adaptado a los tiempos

³⁷ *Constitución Política de la Monarquía Española*, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812.

³⁸ Garriga, “Cabeza moderna...”, 123-126.

por medio de la herencia de la Monarquía Católica, no en contra de la misma, como había sucedido en Francia³⁹. Para ello se valieron de los tres elementos enunciados en el Preámbulo, que explicaremos a continuación.

2.2.1. Las leyes fundamentales

En 1809, Jovellanos, que entonces dirigía la Comisión de Cortes, dejó por escrito una célebre reflexión sobre la constitución histórica en la *Consulta sobre la convocación de las Cortes por estamentos*:

“[...] ¿Por ventura no tiene España su constitución? La tiene sin duda; porque, ¿qué otra cosa es una constitución que el conjunto de leyes fundamentales, que fijan los derechos del Soberano y de los súbditos, y los medios saludables de preservar unos y otros? ¿Y quién duda que España tiene estas leyes y las conoce? ¿Hay algunas que el despotismo haya atacado y destruido? Restablézcase. ¿Falta alguna medida saludable para asegurar la observancia de todas? Establézcase. Nuestra constitución entonces se hallará hecha, y merecerá ser envidiada por todos los pueblos de la tierra que amen la justicia, el orden, el sosiego público y la verdadera libertad, que no puede existir sin ellos”⁴⁰.

El concepto jovellanista de *leyes fundamentales*, al igual que el de *constitución política*, entroncaba con la visión ilustrada de la historia política nacional. Desde esta perspectiva, la monarquía moderada hereditaria surgida de la revolución habría venido a restaurar aquello que se perdió cuando las Comunidades fueron derrotadas a manos del Habsburgo: la vieja tradición castellana bajomedieval de las leyes perpetuas, fruto de un pacto entre las Cortes y el monarca⁴¹. El mensaje que se quería lanzar era muy claro. El verdadero espíritu español,

39 *Ibid.*, 121.

40 Gaspar Melchor de Jovellanos, *Resolución de la Junta Central sobre la convocatoria por estamentos y Convocatoria de los distintos estamentos* (Sevilla: 1810), http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/resolucion-de-la-junta-central-sobre-la-convocatoria-por-estamentos-21-de-ene-ro-de-1810-y-convocatoria-de-los-distintos-estamentos--o/html/fff98d90-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html

41 Santos Manuel Coronas González, “Leyes fundamentales y Constitución de la Monarquía española de 1812”, *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia* 8 (2011): 46.

recogido en su tradición legislativa, era contrario a la tiranía extranjera, con lo cual, para poner los cimientos del Estado liberal solo había que volver al origen. En palabras de Blanco White, “tres siglos de despotismo, más o menos acerbo, la relajación de costumbres, y la disolución de todos casi todos los lazos, que unen al ciudadano con el Estado, no habían sido bastantes a destruir a los españoles”⁴².

Por supuesto, nada era tan sencillo. Si bien es cierto que el país llevaba a sus espaldas varios siglos de tradición jurídica, no lo es menos que su distribución ancestral en reinos, estados y señoríos había dado lugar a regímenes distintos. Castilla no era igual que sus territorios vecinos, que contaban con leyes y costumbres propias. Así que la posibilidad de hallar una constitución española común que hubiera permanecido olvidada entre las brumas del despotismo era una quimera. Una vez más, los doceañistas se veían obligados a desviarse de la senda marcada por Europa. Como no podían invocar una constitución histórica en el sentido británico, extrajeron la sustancia constitucional de esa amalgama de antiguas leyes hasta crear un sistema de ley fundamental y constitutiva⁴³. Entonces, por *leyes fundamentales de la Monarquía* tenemos que entender el conjunto de principios políticos históricos relativos a las limitaciones del poder real, la representación nacional y las libertades civiles y políticas que sirvieron de inspiración en la redacción del texto de 1812⁴⁴. Dotando a estos principios políticos de una dimensión histórica se lograba un importante objetivo: legitimar la reforma de las instituciones del Antiguo Régimen, pues algo propio de la idiosincrasia española no podía tacharse de ajeno, por mucho que se asemejara a lo que otros países ya habían puesto en práctica.

2.2.2. La Nación

De entre todos los principios políticos a los que los doceañistas atribuyeron una larga tradición, nos interesa destacar uno especialmente polémico. La

42 José María Blanco White, *El Español* vol. II (Londres: Imprenta de R. Juigné, 1810), 32.

43 Garriga, “Cabeza moderna...”, 122.

44 *Id.*

igualdad legal, que tanta significación había tenido en las Declaraciones liberales de derechos de finales del siglo XVIII, no aparecía expresamente referenciada en la Constitución. En el fondo de esta omisión deliberada subyacía un asunto que afectaba de lleno a las provincias de Ultramar y que nos conduce directamente a la Nación, otro de los conceptos vertebradores del Estado liberal.

En términos generales, la Nación se definía como un conjunto de individuos que, estando vinculados por lazos de raza, historia, lengua y cultura, podían ofrecer un alto grado de solidaridad común⁴⁵. Era, asimismo, la depositaria esencial de la soberanía, por lo que le pertenecía en exclusiva el derecho de establecer sus leyes fundamentales (art. 3). Pero esto era en abstracto. Para profundizar en el auténtico significado de la Nación, hay que preguntarse quiénes la conformaban exactamente.

Según la Constitución, la Nación era la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios (art. 1). Nótese que hablaba de *españoles*, no de *ciudadanos*. Con *españoles*, la Constitución hacía alusión a los habitantes del país, a las personas que vivían dentro de los límites del territorio del Estado y que habían obtenido la nacionalidad por alguno de los medios legalmente previstos: nacimiento, manumisión o nacionalización (art. 5). El estatus de *ciudadano* era algo muy distinto y no dependía de un criterio de territorialidad. Ostentaban esta condición quienes disfrutaran de los derechos incluidos en la norma constitucional y en la legislación que los desarrollaba, pero con matices. Era una simple cuestión de aritmética parlamentaria. Con el propósito de evitar que la representación extrapeninsular en las Cortes fuera superior a la peninsular, se restringió el derecho de sufragio. Por consiguiente, se hicieron dos categorías dentro de la etiqueta global de ciudadanía, inspiradas en las intervenciones realizadas por el abate Sieyès en la Asamblea Constituyente francesa de 1789. Eran ciudadanos activos los hombres que gozaban de derechos políticos y civiles; es decir, los que contribuían a sostener la entidad pública, participaban en los

45 Juan Ferrando Badía, "La Nación", *Revista de estudios políticos* 202 (1975): 6.

cargos representativos y tenían derecho a recibir prestaciones del Estado⁴⁶. Los ciudadanos pasivos, por su parte, solo disfrutaban de algunos derechos civiles (personales, familiares y sucesorios) y no tenían derechos políticos.

Es evidente que la norma estaba diseñada para excluir a una parte de la ciudadanía de la vida política del Estado mediante la privación del sufragio activo y pasivo. En la práctica, los únicos que participaban en el establecimiento de las leyes fundamentales del reino eran los hombres de cierto poder adquisitivo que residían en la península, antigua metrópoli. Así lo ha señalado Javier Alvarado:

“Conviene tener presente que el modelo constitucional gaditano, de breve aplicación, pero de decisiva influencia, tuvo el pírrico mérito de sortear una molesta realidad social; la existencia de españoles libres, pero de origen africano (las castas), y los esclavos. A los primeros les respetó los denominados derechos civiles, pero les excluyó de los políticos (derecho de sufragio activo y pasivo) así como de la base electoral. A los esclavos no se les reconoció derecho alguno [...]. Con estas medidas quedaba disminuida notablemente la representación americana en las Cortes y, por tanto, garantizada una mayoría liberal que sacara adelante el programa de reformas que se estaban planeando”⁴⁷.

En vista de la situación, resulta coherente que se optara por omitir cualquier mención expresa del principio de igualdad legal, pues se estaba incurriendo en una clarísima discriminación entre españoles. La igualdad constitucionalmente reconocida no era *ante* la ley, sino *en* la ley; por ello debe ser interpretada como unidad de fuero y de códigos (arts. 248 y 258), no a la manera francesa. La pretensión de los constituyentes no era equiparar a los españoles de ambos hemisferios, pero tampoco a los peninsulares, clasificados en función de su riqueza. El objetivo era implantar el imperio de la ley, para lo cual era indispensable unificar

46 Pablo Scotto Benito, “Economía y política en el discurso revolucionario del abate Sieyès”, *Anuario de filosofía del derecho* 37 (2021): 453.

47 Javier Alvarado Planas, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 17-26.

y secularizar la legislación, así como terminar con el componente consuetudinario de los derechos históricos⁴⁸.

2.2.3. El catolicismo

A los dos elementos de tipo terrenal que conformaban la base de la Constitución (Monarquía y Nación) se añadió un tercer componente espiritual sin el cual era imposible comprender la tradición española reflejada en las leyes fundamentales: el catolicismo, considerado como la religión única, perpetua y verdadera (art. 12). Ya en las primeras palabras del Preámbulo se puede observar que Dios seguía siendo el “supremo legislador de la sociedad”, la fuente primigenia de la soberanía, que de sus manos había pasado a la comunidad española, representada por el Rey y las Cortes. Esto viene a significar que se produjo una doble metamorfosis: de Monarquía jurisdiccional a Estado nacional y, al mismo tiempo, de Monarquía Católica a Nación Católica⁴⁹.

La confesionalidad católica, además de presidir el sistema, era un rasgo esencial de la actitud colonizadora de España⁵⁰. De hecho, el cometido misional que se le había encomendado a los monarcas hacía tres siglos siguió siendo un ruido de fondo en la política de los nuevos gobiernos, que, a diferencia de sus contemporáneos europeos, no podían ignorar el pasado y lanzarse a la búsqueda de formas de explotación más rentables y duraderas. Pese a la criminalización que desde la intelectualidad se había hecho de los “despóticos” reyes extranjeros de la Modernidad, las posesiones americanas y asiáticas que ellos habían conquistado y conservado aún tenían una enorme carga simbólica. Eran la prueba viviente de que aquel país periférico atravesado por la guerra había sido grande y poderoso, por lo que a quienes iban a dirigirlo les interesaba persistir en esa idea de la historia inmóvil⁵¹. España, explica Alvarado, “venía a ser rehén de su

48 José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I (Madrid: Editorial Reus, 2005), 246-247.

49 Garriga, “Cabeza moderna...”, 115.

50 Mesa, *La idea colonial...*, 92.

51 Bartolomé Bennassar, *La América española y la América portuguesa (siglos XVI-XVIII)* (Madrid: Sarpe, 1985), 15.

pasado y de sus prestigiosas empresas civilizadoras, tratando de prolongar su imagen internacional de potencia colonial”⁵².

2.3. LA CONSTITUCIÓN DE 1837

La transición política del Antiguo Régimen al Estado-nación se completó en 1837, una fecha clave en la historia constitucional española. El fracaso del Estatuto Real, la furia popular y el enfrentamiento entre las dos facciones del liberalismo (moderados y progresistas) condujeron a la sublevación de los Sargentos de la Granja en el verano de 1836, alterando los planes de la regente. Liberal a la fuerza, María Cristina de Borbón quería gobernar con los moderados, pero las circunstancias la obligaron a restaurar la Constitución de Cádiz⁵³. Eso sí, poco después consiguió que se convocaran Cortes Constituyentes para reemplazarla por otra menos revolucionaria y “políticamente conciliadora”⁵⁴.

La Constitución de 1837, promulgada el 18 de junio, se mantuvo fiel a los principios que habían inspirado a su predecesora, aunque contenía una amplia gama de matices diferenciadores, tanto en la parte dogmática como en la orgánica⁵⁵. Puntualiza Sánchez Agesta que la redacción encierra el propósito de quebrar la tendencia historicista anterior para adaptarse a un nuevo escenario político, libre de la sombra absolutista⁵⁶. El texto se alejó de las leyes fundamentales de la monarquía para fijarse en un modelo extranjero, concretamente en la Constitución francesa de 1830. Por esta razón, instituyó definitivamente los postulados del moderantismo, en gran medida similares al liberalismo doctrinario de la Francia de Luis Felipe de Orleans (1830-1848).

52 Javier Alvarado Planas, *La Administración Colonial española en el siglo XIX* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013), 12.

53 Pierre Vilar, *Historia de España* (Madrid: Austral, 2013), 54.

54 Joaquín Tomás Villarroya, *Breve historia del constitucionalismo español* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012), 61.

55 “Constitución de 1837”, Congreso de los Diputados, acceso el 27 de octubre de 2021, <https://www.congreso.es/cem/const1837>

56 Luis Sánchez Agesta, *Historia del constitucionalismo español* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1978), 89.

En los asuntos de Ultramar, el problema jurídico que Cádiz había colocado sobre el tablero se manifestó con absoluta nitidez. En 1812, todo había girado en torno a la representatividad, a la restricción del derecho de sufragio. Se había aprobado una norma que definía a los españoles de dos maneras diferentes, como ciudadanos activos o pasivos. Al respecto, diría acertadamente el diputado Vicente Sancho que “la Constitución del 12 son dos Constituciones diferentes, una para Europa y otra para América”⁵⁷. La regulación de 1837 fue mucho más drástica, pues la Constitución ni siquiera se aplicaba en Ultramar. El moderantismo, que también limitaba el sufragio, se implantó en aquellos territorios por medio del llamado “sistema de legislación especial”, cuyo fin último era desterrarlos totalmente del régimen común peninsular⁵⁸.

El motivo del cambio hay que buscarlo en los límites geográficos del territorio del Estado. En su momento, la invasión francesa de 1808 había dado a las colonias una excusa inmejorable para declararse independientes del gobierno bonapartista; sin embargo, el secesionismo terminó afectando a su lealtad hacia la Corona⁵⁹. En el período 1811-1824, los americanos llevaron a cabo una exitosa ofensiva para deshacerse del dominio metropolitano con el apoyo de Gran Bretaña y los Estados Unidos. Cuando la Batalla de Ayacucho (1824) puso fin a la administración virreinal en América del Sur, la esperanza de reconquistar la zona continental naufragó en las aguas del Atlántico. España había perdido gran parte de su imperio transoceánico, reducido a las Antillas (Cuba y Puerto Rico) y las islas Filipinas. Las consecuencias políticas no se hicieron esperar. Si en el siglo XV la incorporación del Nuevo Mundo a Castilla había modificado la estructura de la Monarquía, en el XIX ocurrió lo mismo. La disminución de los límites físicos favoreció el asentamiento del Estado-nación, ya que el espacio sobre el que desplegar su recién adquirida soberanía era menor y, sobre todo, menos diverso. Pero, como contrapartida, supuso un cambio en la imagen internacional del país. El estatus de España era el de un Estado secundario que

57 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Legislatura 1836-1837, 25 de marzo de 1837, N.º 151.

58 Alvarado Planas, *La Administración Colonial...*, 76.

59 Kamen, *Brevísima...*, 193.

atesoraba las ruinas de un imperio mundial y que, a diferencia de Gran Bretaña o Francia, carecía de la fuerza militar y del potencial económico para asegurar la posesión de tales dominios y para sumarse al imperialismo⁶⁰.

En cualquier caso, había que conservar los restos del naufragio. El tratamiento que Ultramar recibió en 1837 tampoco fue un invento español. Se remonta a los tiempos dorados de Napoleón, para quien las diferencias culturales y geográficas de África, América y Asia justificaban la elaboración de “leyes especiales”, distintas de las vigentes en la metrópoli⁶¹. Esa concepción pasó a la Carta Constitucional de 1830, en cuyo artículo 64 se establecía que las colonias se regirían por leyes particulares. La redacción española del Artículo Adicional Segundo es prácticamente un calco: “Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales”.

La diferencia fundamental que separa 1830 de 1837 es la ubicación de Ultramar en el texto. En la Carta Constitucional francesa, Ultramar aparece en el último Título, bajo la rúbrica de los *Derechos particulares garantizados por el Estado*. Sin embargo, en la Constitución española ocupa una posición apendicular, en los Artículos Adicionales. Es difícil pensar que esto se hiciera de manera gratuita. En el silencio de los constituyentes de la época había, a nuestro parecer, una intencionalidad manifiesta. Relegar los asuntos ultramarinos a un anexo significaba rebajar su importancia, privarlos de la misma categoría que las materias situadas en el articulado principal. En definitiva, significaba allanar el camino a una nueva forma de discriminación, más meditada, sutil y efectiva que la de los doceañistas.

La terminología empleada en la redacción es clave para descifrar el tratamiento constitucional que en adelante se dispensaría a los territorios ultramarinos. La primera palabra conflictiva es *provincias*, porque su significado sufrió variaciones al establecerse el Estado-nación. Antes del siglo XIX, la provincia designaba una demarcación de tipo fiscal, corporativo o institucional que era

60 Juan Bautista Vilar Ramírez, “Aproximación a las relaciones internacionales de España (1834-1874)”, *Historia contemporánea* 34 (2007): 10.

61 Alvarado, *La Administración Colonial...*, 76.

útil para gestionar el ámbito público, pero que no tenía relevancia jurídica⁶². La propia configuración de la monarquía absoluta impedía que así fuera. La diversidad de jurisdicciones –real, eclesiástica y señorial– y el localismo exacerbado obstaculizaban la uniformidad legislativa y administrativa⁶³. El territorio se articulaba en unidades diversas que se regían por criterios propios y cuya actuación no estaba coordinada con el poder central. Aunque a finales del siglo XVIII se abrió un debate acerca de la inoperatividad de este sistema, el detonante para que la provincia adquiriera sus connotaciones actuales fue la llegada del Estado-nación. Para ejercer un control efectivo y permanente sobre el territorio, había que implantar una ordenación que permitiera gobernar de manera uniforme dentro de las fronteras, de ahí que el constitucionalismo español insistiera en los principios de unidad de fuero y de códigos. En este nuevo esquema, la provincia pasó a definirse como una entidad local dotada de personalidad jurídica y plena capacidad, cuyos fines eran dos: garantizar la cobertura de los servicios de competencia municipal y coordinar la administración local con la del Estado.

Es indudable que Ultramar no gozaba del estatuto jurídico de las provincias contemporáneas, pues allí ni siquiera se aplicaba la Constitución. No obstante, tampoco puede afirmarse rotundamente que fueran colonias, como estipulaba la Carta francesa. Cuando se abandonaron las concepciones imperialistas de la Edad Moderna, la colonia se convirtió en una unidad territorial de explotación que servía para satisfacer unos intereses concretos: dar salida al exceso de población y producción, generar riqueza, dividir el trabajo entre las naciones, educar a los indígenas y equilibrar las poblaciones⁶⁴. Lo que sucede es que España, como ya hemos comentado, fue incapaz de deshacerse de las ideas que imperaban en los primeros estadios del colonialismo. No solo continuaba aferrándose a su cometido misional, sino también a la constante de explotar los recursos

62 Javier Fernández Sebastián, “Provincia y Nación en el discurso político del primer liberalismo. Una aproximación desde la historia conceptual”, en *Provincia y nación: los territorios del liberalismo*, dir. por Carlos Forcadell Álvarez y María Cruz Romeo Mateo (Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 2006), 23.

63 Pro, *La construcción...*, 50.

64 Mesa, *La idea colonial...*, 141-142.

inconscientemente, sangrando las arcas del Estado⁶⁵. Así que, mientras en otros países el colonialismo se planteó como una empresa beneficiosa, España, siempre sujeta a los vaivenes de la política y la economía peninsular, no supo gestionar eficientemente la crisis imperial y cayó en el inmovilismo.

Teniendo en cuenta estas precisiones, la anomalía léxica de la Constitución de 1837 sería más bien un anacronismo. La desfasada visión evangelizadora maticaba la nueva idea de explotación, impidiendo que el país se colocara en una posición similar a la de sus competidores. Entendemos, por tanto, que era correcto calificar los territorios de Ultramar como provincias, pero no en el sentido contemporáneo del término. Las Antillas y Filipinas eran provincias en el sentido del Antiguo Régimen, pues su relación con la península seguía siendo de subordinación, no estaban en un plano de igualdad; además, carecían de entidad jurídica propia, desempeñaban funciones fiscales y contaban con medios económicos y de adoctrinamiento atrasados.

El estatuto jurídico de provincias iba en consonancia con el recurso a las *leyes especiales*, el segundo término conflictivo de la redacción. En los Diarios de Sesiones de las Cortes Constituyentes⁶⁶ encontramos los motivos que condujeron a las Comisiones encargadas de preparar el proyecto a adoptar un sistema tan particular. El fondo de la cuestión era el mismo que en 1812, la eterna pregunta de si las provincias de Ultramar debían estar o no representadas en las Cortes. La inmensa mayoría aún se decantaba por apartarlas del poder legislativo, temerosos de que la cesión de una parte de la soberanía precipitara la ruptura de los vínculos históricos con la metrópoli. Esta verdad se disfrazaba con un argumento de oportunidad que exculpaba la creación de un régimen especial y discriminatorio: la imposibilidad de que una ley homogénea rigiera el destino de una realidad heterogénea. La heterogeneidad venía determinada por la cantidad de habitantes de cada territorio, pero también por la naturaleza de la población. El complejo esquema gaditano se simplificó haciendo una distinción

65 *Id.*

66 “Dictamen de las comisiones reunidas de Ultramar y Constitución, proponiendo que las provincias ultramarinas de América y Asia sean regidas y administradas por leyes especiales”, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 12 de febrero de 1837, Apéndice al núm. 112, 1491-1493.

entre españoles y no-españoles, en función de que fueran libres o esclavos. Los primeros tenían derechos políticos, pero restringidos por la capacidad y la riqueza; los segundos ni siquiera eran sujetos de derecho.

“[...] en donde hay diferencias tan señaladas en la población, o no debe ser igual la ley para con las demás provincias que no las tienen o que en otro caso se establezcan las modificaciones convenientes. Y como las diferencias cuando se trata de derechos políticos no pueden dejar de ser, ya que no se quiera ofensivas, sumamente expuestas a recriminaciones y rivalidades, de aquí es, contrayéndonos solo al caso de las elecciones, que si admitimos una ley distinta para las de la isla de Cuba y la península, es menester después distinguir en la misma isla cómo han de representar y ser representados los españoles de distinto color, cuya indicación basta para que la prudente provisión de las Cortes se anticipe a cortar de una vez para siempre lo que pudiera originar graves males, y para que al mismo tiempo conozcan que no es posible que una ley homogénea dirija elementos tan heterogéneos”⁶⁷.

El problema surgía porque, en caso de que la Constitución se aplicara en las provincias ultramarinas, las reglas de la matemática parlamentaria podían comprometer la gobernabilidad. Por ejemplo, en Cuba había un gran número de habitantes, pero muchos eran esclavos; luego, en una hipotética convocatoria de Cortes, estaría infrarrepresentada con respecto a Puerto Rico, donde el porcentaje de españoles era superior.

“[...] siendo tan desemejantes los elementos de población entre las dos islas, se deduce también, sin que en eso se necesite insistir demasiado, que son igualmente desemejantes los elementos de la existencia civil y política de una y otra posesión: y en tal caso, ¿cómo es posible que sean regidas por unas mismas leyes, y mucho menos que sean las mismas que rigen en la península? Si de las Antillas nos trasladamos a las islas Filipinas [...], agregamos que aquellos habitantes se hallan diseminados en varias islas [...] y hablan varias lenguas y dialectos, ignorando los más la española, veremos que si los Diputados elegidos

67 “Dictamen de las comisiones...”, 1492.

eran indígenas, acaso no nos entenderían en nuestro Congreso, y si eran de los europeos o de origen europeo, además de establecer un monopolio irregular a favor de estos, nos hallaríamos con que siendo pocos los capitalistas acomodados en aquellas islas, y declarada la opinión por que el cargo de Diputado sea en lo sucesivo gratuito, no estará demás suponer que tal vez no aparecería muy luego nadie que quisiera correr los riesgos o incomodidad que un viaje de 5.000 leguas, acaso para no llegarse a sentar en las Cortes, como luego veremos”⁶⁸.

En aras de conservar el orden público y evitar insurrecciones, la Comisión especial de Ultramar atajó la cuestión haciendo *tabula rasa*. Ninguna de las provincias tendría representación en las Cortes. Las Antillas, porque la disparidad entre los elementos de población afectaba a la existencia civil y política; las Filipinas, porque a las diferencias raciales e institucionales se añadía la distancia geográfica y la barrera del idioma. En adelante, ambas se regirían por leyes especiales adaptadas a sus circunstancias políticas y culturales, en cuanto que, desde el punto de vista de los constituyentes, era la única manera de dar cumplimiento al fin último del Estado: garantizar la felicidad de los españoles, aun a costa de paralizar el progreso en una parte importante del territorio.

3. CONCLUSIONES

Las Constituciones españolas del siglo XIX eran un instrumento político en el que se proyectó una ideología, el moderantismo, para promover un cambio de régimen. Los postulados de esta doctrina –que, recordemos, matizaba las consignas del liberalismo primitivo– respondían a los cuatro caracteres fundamentales de la idiosincrasia del país: historicismo, corporativismo, regionalismo y catolicismo. Como consecuencia, las decisiones políticas que se adoptaron en el período que hemos comentado no rompieron de forma traumática con el pasado; antes al contrario, lo integraron en la realidad del Estado-nación bajo la forma de principios jurídicos que inspiraban y legitimaban la nueva legislación.

68 “Dictamen de las comisiones...”, 1492.

En los territorios de Ultramar, el enaltecimiento del pasado se llevó a la práctica en otro sentido: no como una sana reivindicación de la tradición histórica, sino como un deseo de paralizar la historia. América y Asia, que habían contribuido en buena parte a cimentar la autoestima nacional, eran el símbolo de una época dorada que aún permanecía viva en el imaginario colectivo, más si cabe en unos tiempos tan convulsos. Por ello, encontramos una España que estaba construyendo nuevos mitos a partir de la revolución, pero que no estaba dispuesta a olvidar su antiguo papel internacional. Esta tendencia inmovilista se reforzó a través de uno de los pilares del Estado: el Derecho, cuyas líneas generales se perfilaban en la Constitución. Desde los primeros estadios del constitucionalismo, la terminología jurídica, siempre ajena a las circunstancias de lugar y tiempo, fue poco sutil a la hora de discriminar a los habitantes del otro hemisferio. Primero, los doceañistas hicieron una distinción entre *españoles* y *ciudadanos* para privar de derechos políticos a las provincias ultramarinas; después, los constituyentes de 1837 tomaron una decisión salomónica que dejó fuera del régimen común a toda la población, tanto a los *españoles* como a los *no-españoles*.

El dominio español en las Antillas y Filipinas era, pues, una curiosa paradoja. En el trasfondo del sistema de ley especial, de raíces gaditanas, había una voluntad de legislar en el presente con criterios del pasado. Pero ninguna norma podía prosperar si existía una discordancia entre la realidad social y el mandato jurídico. España, víctima del gran mito que ella misma se había ocupado de alimentar, aún debía recorrer un largo camino que, finalmente, desembocó en la desintegración definitiva del imperio de Ultramar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvarado Planas, Javier. *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Alvarado Planas, Javier. *La Administración Colonial española en el siglo XIX*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

- Álvarez Junco, José. *Mater dolorosa. La idea de España en el siglo XIX*. Madrid: Taurus, 2001.
- Artola Gallego, Miguel. “De la Monarquía Hispánica al Estado liberal”. *Historia contemporánea* 4 (1990): 31-38.
- Bennassar, Bartolomé. *La América española y la América portuguesa (siglos XVI-XVIII)*. Madrid: Sarpe, 1985.
- Blanco White, José María. *El Español* vol. II. Londres: Imprenta de R. Juigné, 1810.
- Castán Tobeñas, José. *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I. Madrid: Editorial Reus, 2005.
- Castro, Adolfo de. *Examen filosófico sobre las principales causas de la decadencia de España*. Sydney: Wenworth Press, 2018.
- Congreso de los Diputados. “Constitución de 1837”. Acceso el 27 de octubre de 2021. <https://www.congreso.es/cem/const1837>
- Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. Legislatura 1836-1837. 25-03-1837. N.º 151. https://app.congreso.es/est_sesiones/
- Coronas González, Santos Manuel. “Leyes fundamentales y Constitución de la Monarquía española de 1812”. *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia* 8 (2011): 41-62.
- Elizalde Pérez-Grueso, María Dolores; Ana Clara Guerrero Latorre; Germán Rueda Hernández; Juan Sisino Pérez Garzón y Susana Sueiro Seoane. *Historia Contemporánea de España. 1808-1823*. Madrid: Akal, 2016.
- Elliott, John. *Imperios del Mundo Atlántico: España y Gran Bretaña en América (1492-1830)*. Madrid: Taurus, 2006.
- Elliott, John. *España, Europa y el mundo de Ultramar (1500-1800)*. Madrid: Taurus, 2010.
- Elliott, John. *La España Imperial. 1469-1716*. Madrid: Vicens Vives, 2012.
- Escudero, José Antonio. *Los cambios ministeriales a fines del Antiguo Régimen*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- Fernández Carrasco, Eulogio. “Guerra y diplomacia en la Edad Moderna”. *Revista de Derecho de la UNED* 10 (2012): 183-207.
- Fernández Sebastián, Javier. “Provincia y Nación en el discurso político del primer liberalismo. Una aproximación desde la historia conceptual”. En *Provincia y nación: los territorios del liberalismo*, dirigido por Carlos Forcadell Álvarez y María Cruz Romeo Mateo. 11-50. Zaragoza: Institución Fernando el Católico, 2006.

- Ferrando Badía, Juan. "La Nación". *Revista de estudios políticos* 202 (1975): 5-58.
- García de Enterría Martínez-Carande, Eduardo. "La Administración Pública y la ley". *THEMIS. Revista De Derecho* 40 (2000): 229-236.
- Garriga Acosta, Carlos. "Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución y el orden jurídico". *Anuario de historia del derecho español* 81 (2011): 99-162.
- Jovellanos, Gaspar Melchor de. *Resolución de la Junta Central sobre la convocatoria por estamentos y Convocatoria de los distintos estamentos*. Sevilla: 1810. http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/resolucion-de-la-junta-central-sobre-la-convocatoria-por-estamentos-21-de-enero-de-1810-y-convocatoria-de-los-distintos-estamentos--o/html/fff98d90-82b1-11df-acc7-002185ce6064_2.html
- Kamen, Henry. *Brevísima Historia de España*. Madrid: Austral, 2014.
- Kamen, Henry. *La invención de España. Leyendas e ilusiones que han construido la realidad española*. Madrid: Espasa, 2020.
- Kant, Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Akal, 2012.
- Kant, Immanuel. *¿Qué es la Ilustración?* Madrid: Alianza, 2013.
- Labrín Verdejo, Marco Nicolás. "Constitución histórica, Constitución escrita y Estado de Derecho". *Ars Boni et Aequi* 15 (2019): 95-113.
- Laín Entralgo, Pedro. *A qué llamamos España*. Madrid: Austral, 1984.
- Lalinde Abadía, Jesús y Sixto Sánchez-Lauro. *Derecho histórico de los pueblos hispánicos. Fuentes e instituciones político-administrativas*. Barcelona: Trialba, 2016.
- Lucena Cid, Isabel. "La acción colectiva: todo poder viene de abajo". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 23 (2011): 338-354.
- Mesa Garrido, Roberto. *La idea colonial en España*. Valencia: Fernando Torres Editor, 1976.
- Pro Ruiz, Juan. *La construcción del Estado liberal en España. Una historia del siglo XIX*. Madrid: Alianza, 2019.
- Sánchez Agesta, Luis. *Historia del constitucionalismo español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1978.
- Scotto Benito, Pablo. "Economía y política en el discurso revolucionario del abate Sieyès". *Anuario de filosofía del derecho* 37 (2021): 435-461.
- Ullman, Walter. *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Barcelona: Ariel, 2013.
- Vega García, Pedro de. "El poder moderador". *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional* 7 (2002): 216-238.

Vilar, Pierre. *Historia de España*. Madrid: Austral, 2013.

Vilar Ramírez, Juan Bautista. “Aproximación a las relaciones internacionales de España (1834-1874)”. *Historia contemporánea* 34 (2007): 7-42.

Villarroya, Joaquín Tomás. *Breve historia del constitucionalismo español*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ELISA DÍAZ ÁLVAREZ

Doctoranda en Derecho (Historia del Derecho)

Facultad de Derecho

Universidad de Extremadura

diazelisa005@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-9380-5902>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.471>

EL SISTEMA DE LIBRE DESIGNACIÓN COMO FIGURA DE
PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO: LÍMITES
JURISPRUDENCIALES Y AUTOLIMITACIONES ADMINISTRATIVAS
EN LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

*THE FREE APPOINTMENT SYSTEM AS A FORM OF JOB
PROVISION: JURISPRUDENTIAL LIMITS AND
ADMINISTRATIVE SELF-LIMITATIONS IN THE
GENERAL STATE ADMINISTRATION*

JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO¹

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

Recibido: 15/11/2021 Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

La libre designación es un método para la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios de carrera de todas las administraciones públicas en España. Su elemento discrecional ha hecho que se hayan configurado jurisprudencialmente una serie de requisitos y límites para garantizar la validez del uso del mecanismo. A su vez, la legislación permite que el órgano convocante introduzca elementos que moderen la discrecionalidad

¹ Licenciado en Historia (especialidad Historia Contemporánea), Universidad Complutense de Madrid. Diploma en Función Pública por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Estudiante del Grado en Derecho (UNED). Funcionario del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. Actualmente, Director General de la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A., Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.

del procedimiento. Se analizan algunos ejemplos en el ámbito de la Administración General del Estado.

Palabras clave: Función pública, funcionarios, derecho administrativo, jurisprudencia.

ABSTRACT

The “free designation” is a method for the provision of job positions selecting between career civil servants in all public administrations in Spain. Its discretionary character led to a jurisprudential definition of some requirements and limits in order to guarantee a proper use of the mechanism. At the same time, the current regulation allows the recruiting body to introduce elements that can moderate the discretionary elements of the procedure. Several examples in the Spanish General Administration will be studied.

Keywords: public Service, civil servants, administrative law, case law.

Sumario: 1. Introducción. 2. El régimen jurídico de la libre designación: insuficiencias e intervención jurisprudencial. 3. Intentos administrativos para objetivar los nombramientos (y ceses) realizados mediante libre designación: el ejemplo de la Administración General del Estado. 3.1 El ejemplo de las limitaciones a la libre designación en el ámbito de la Administración Turística en el Exterior. 3.2. El modelo de la Administración Educativa en el Exterior. 4. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho de la Función Pública², hay pocas instituciones que sean tan cuestionadas como una de sus instituciones más señeras, el procedimiento de provisión de puestos de trabajo para personal funcionario de

2 La complejidad de esta rama del ordenamiento jurídico puede seguirse en Ramón Parada y Jesús Ángel Fuentetaja, *Derecho de la Función Pública*, 2ª Ed., 2019, Civitas-Thompson Reuters, Madrid, pp. 29-31, en Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, 13ª Ed., (Madrid: Tecnos, 2020) 47 y ss o GIL José Antonio Gil Celedonio “Racionalidad jurídica y dispersión normativa: notas sobre el actual régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, nº 31 (2014): 225-238.

carrera mediante libre designación. Las críticas a la figura, cuestionando siempre si no su directa adecuación a los constitucionales principios de igualdad (23.2) y mérito y capacidad (103.3) sí al menos el uso y la práctica que de la figura se hace por parte de las Administraciones Públicas, son numerosas tanto en la doctrina académica como entre el común de los funcionarios públicos. Todo ello en un contexto en el que se la asocia a determinadas tendencias negativas, como el mayor control de la clase política sobre las Administraciones Públicas, esto es, la politización de las estructuras administrativas hasta niveles que van más allá de lo necesario y, normalmente, de lo deseado, incluso por nuevas tendencias en materia de gestión pública como el paradigma del *New Public Management*³.

No debe perderse de vista que, en general, los mecanismos de provisión de puestos de trabajo son parte esencial de la carrera profesional de los funcionarios públicos, aspecto que, en sistemas cerrados como el español, basado fundamental y constitucionalmente en un sistema estatutario de vinculación jurídico-pública del funcionario al poder público que lo nombra y en una vocación, al menos tendencial, de permanencia de este al servicio de la Administración Pública, une los legítimos derechos subjetivos del personal estatutario con las necesidades objetivas de las organizaciones burocráticas. De ahí que la carrera profesional, y, por tanto, sus componentes, deban ser entendidos no solamente de acuerdo con los parámetros subjetivos del personal que se beneficia de ellos conforme a unos criterios legal y reglamentariamente definidos, sino también bajo el prisma de las necesidades organizativas y de gestión de las Administraciones Públicas, que aparecen vinculadas constitucionalmente al principio de eficacia, entre otros, por mor del artículo 103.1 de nuestra vigente Constitución⁴. Es en esta tensión entre las necesidades de la

3 Blanca Olías de Lima, "La evolución de la gestión pública: la Nueva Gestión Pública" en *La nueva gestión pública*, dir. por Blanca Olías de Lima (Madrid: Prentice Hall, 2001), 26 y ss o Laura Román Masedo, "La politización de la administración pública. El concepto y su aplicación al caso de la Administración General del Estado" en *La Administración Pública entre dos siglos: homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, dir. por Manuel Arenilla (Madrid: INAP, 2010): 837-856.

4 Javier Eduardo Quesada Lumbreras, "La articulación de la carrera profesional en clave organizativa", en *Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el bienestar*, dir. Federico Castillo Blanco (Madrid: Iustel, 2017): 193 y ss.

Administración Pública, materializadas a través de la siempre necesaria potestad de auto-organización, reclamada en este caso para tener una mayor autonomía y control de los puestos considerados como relevantes en el organigrama, y los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que informan y modelan la carrera profesional de los funcionarios de carrera, entre la que se mueve, en contornos desdibujados que se van perfilando, la institución de la libre designación. Las alarmas saltan porque, entre las necesidades de la organización correspondiente, y de sus directrices político-democráticas, que requieren de elementos de flexibilidad, y los intereses de los funcionarios, materializados en el derecho a la carrera profesional, la conciliación de estos “vectores” nunca resulta sencilla, y de ahí la indeterminación del modelo⁵. La clave de la cuestión quizá se encuentra, en relación con los sistemas de provisión de determinados puestos que conllevan especial responsabilidad o cualidades, siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN, en que

“Un margen de discrecionalidad en la apreciación de la idoneidad para la provisión de aquellos puestos puede ser razonablemente necesario y entiendo que en la mayoría de los casos se hace un uso correcto de tal discrecionalidad de nombramiento, pues a las autoridades y altos cargos les interesa normalmente contar para puestos de responsabilidad o confianza con los funcionarios adecuados. El problema es que con relativa frecuencia las facultades de libre designación se han utilizado y se utilizan por quienes la detentan de manera impropia o desviada”⁶.

La conexión íntima de estos puestos con el derecho a la carrera profesional ha sido objeto de numerosas descripciones, pero podemos quedarnos con la proporcionada por ESCUÍN PALOP, que explicaba que

“...si no hay garantía de ocupar puestos de trabajo especiales no es comprensible la preferencia de los opositores por procedimientos selectivos duros, sabiendo

5 Alberto Palomar Olmeda, “Provisión de puestos de trabajo y movilidad” en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 1ª ed., dir. por Miguel Sánchez Morón (Valladolid: Lex Nova: 2007): 474-475.

6 Miguel Sánchez Morón, “Libre designación y libre cese en la Función Pública: los límites de la discrecionalidad”, *Revista de Administración Pública*, (2011, enero-abril): 11-35.

que a través de la libre designación otros funcionarios que han elegido más razonablemente su medio de acceso, incluso procedentes de otras Administraciones menos rigurosas, van a ocupar puestos de trabajo idénticos o mejores que el suyo⁷.

En un momento como el actual, en el que se exige de las Administraciones Públicas una gran cantidad de respuestas complejas a problemas nuevos, así como actitudes innovadoras e inclusivas, capaces de hacer a vez políticas públicas digitales, que den respuesta a la desafección y que construyan nuevas legitimidades⁸, cualquier visión práctica es perfectamente consciente de que apostar por modelos rígidos al extremo, que impidan desarrollar sistemas de incentivos (positivos o negativos) y apostar por la eficacia y la eficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas es contraproducente y, por tanto, en determinadas posiciones de especial relevancia para la gestión (directiva y predirectiva) de los servicios públicos, es necesario contar con mecanismos ágiles que permitan tomas de decisiones basadas en mérito y capacidad, pero también en conceptos como rendimiento, desempeño, orientación a objetivos, eficacia, entre otras. El problema, por tanto, como en tantas otras ocasiones, es, sobre todo, un problema de límites: se trata de establecer con claridad hasta dónde y cómo se puede llegar, en los organigramas públicos, en una dimensión doble y consecutiva: en primer lugar, qué puestos del total de puestos de trabajo deben ser provistos mediante ese método flexible (concretamente, mediante libre designación), y, en segundo, una vez establecidos aquellos, cómo garantizar que las operaciones de provisión se someten a principios amplios, flexibles y con márgenes de apreciación pero lejos del campo de la arbitrariedad, constitucionalmente vedada para los poderes públicos, en aplicación del artículo 9.3, *in fine*.

De lo primero podría, efectivamente, escribirse mucho, ya que hay grandes disparidades entre lo que por cobertura mediante libre designación se puede

7 Vicente Escuin Palop, "Cuerpos de funcionarios y Ley de Medidas de reforma de la Función Pública", *Revista española de derecho Administrativo*, núm. 48, (1985): 497.

8 Federico Castillo Blanco, "Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?", *Documentación Administrativa*, n. 7 (2020): 15-22 o Manuel Arenilla Sáez, y David Delgado Ramos, "Una nueva función pública que fortalezca la confianza en las instituciones públicas", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 16 (2019) 36-39

entender en diferentes administraciones públicas⁹. No obstante, en el presente estudio nos centraremos en el segundo aspecto, relativo a los límites que se le han aplicado al mecanismo de provisión por libre designación por dos vías, una ajena al ejercicio de la potestad organizativa inherente a las Administraciones Públicas y otra interna a la misma.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA LIBRE DESIGNACIÓN: INSUFICIENCIAS E INTERVENCIÓN JURISPRUDENCIAL

Podemos comenzar diciendo que desde la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y las normas reglamentarias que la han venido desarrollando, el sistema de libre designación constituye el modo de provisión de determinados puestos de trabajo dentro de una Administración Pública entre funcionarios de carrera. Bajo el muy evidente título “*normas para objetivar la selección de personal, la provisión de puestos de trabajo y la promoción profesional de los funcionarios*”, el Capítulo IV de dicha Ley distinguía entre un mecanismo normal de provisión, el concurso, y la libre designación, limitada entonces a aquellos puestos para los que, en atención a la naturaleza de sus funciones, así se determinase, nombrando expresamente (para el ámbito de la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos, así como las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social) entre estos puestos

9 Así, por ejemplo, hay sustantivas diferencias la extensión del método de provisión que estudiamos entre la Administración General del Estado, que conocemos de primera mano, y lo que se puede observar en otras Administraciones Públicas, como, por ejemplo, la Comunidad de Madrid. Un simple vistazo nos dirá que, por norma general, en la AGE solamente se cubren por libre designación aquellos puestos clasificados con los niveles 30 y 29 y, en muchísima menor medida, algunos puestos clasificados con el nivel 28. Así puede observarse, por ejemplo, en la relación de puestos de trabajo de Organismos Autónomos como la Oficina Española de Patentes y Marcas, el Instituto Nacional de Administración Pública o el Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música. Mientras tanto, en cualquier Subdirección General de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad de Madrid, todos los puestos clasificados con el nivel 26 o superior son provistos mediante dicho mecanismo. Esto significa que, en una Subdirección General estándar de la Administración General del Estado puede haber entre dos y tres puestos de trabajo cuya provisión se produce por procedimientos de libre designación, mientras que en una Subdirección General de una Consejería de la Comunidad de Madrid el número suele estar entre los 8 y los 12, una diferencia más que apreciable.

los de “*Subdirector general, Delegados y Directores regionales o provinciales, Secretarías de altos cargos*”.

Explicado en otros términos, se trata de un método para distribuir determinados puestos funcionales que se encuentran en los organigramas estructurales de personal de los correspondientes órganos administrativos o de determinados organismos públicos (conocidas técnicamente como “*Relaciones de Puestos de Trabajo*”, introducidas en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 15 de dicha Ley 30/1984 y plenamente en vigor ahora ex artículo 74 de Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante TREBEP) solo y exclusivamente entre aquél personal al servicio de la Administración que tenga la condición de funcionario de carrera, de acuerdo con la división del personal que se establece entre los artículos 8 y 12 del TREBEP. Ello excluye, inmediatamente, dos ideas: 1- Los mecanismos de libre designación no sirven para “introducir” personal externo a las Administraciones Públicas, solamente para promocionar y repartir puestos de trabajo (de especial responsabilidad, conforme a una apreciación hecha en ejercicio de la potestad auto-organizatoria) entre los funcionarios de carrera y 2-El personal denominado erróneamente como “asesores” que, con tanta frecuencia, salta a primera plana de nuestros periódicos, no adquiere su condición con la administración a través de procedimientos de libre designación, ya que se trata, de acuerdo con el artículo 12 del TREBEP, de aquel personal que “*en virtud de nombramiento, y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial*”, y se selecciona a través de un procedimiento que se caracteriza porque el “*nombramiento y cese serán libres*”, por mucho que se venga alertando de su crecimiento exorbitado, especialmente en las Administraciones de carácter autonómico y local¹⁰. Así pues, los procedimientos de libre designación no permiten ni incrementar el volumen de personal ni

10 Dada la extrema arbitrariedad, nunca sujeta al mundo del derecho sino más bien ligada al ámbito de la política, para la provisión de estos puestos de personal eventual en determinados ámbitos, podríamos emplear un giro lingüístico y considerar que dicho personal “a dedo”, sin que se requiera observancia en su nombramiento de mérito o capacidad alguna, es seleccionado de acuerdo con un sistema de “designación libre”, valga el retruécano.

siquiera apoderan al órgano competente para nombrar a quien quiera, ni aún dentro del personal dependiente de la organización administrativa que dirijan, ya que su uso se circunscribe al personal funcionario de carrera y no al resto de personal, de acuerdo con la clasificación que del mismo se hace en el TREBEP. En la actualidad, y de acuerdo con el Boletín Estadístico de Personal al servicio de las Administraciones Públicas, del total de 2.710.405 empleados públicos del total de Administraciones Públicas de nuestro país, solamente 1.444.804 (algo más del 50%) tiene la condición de funcionario de carrera. Como puede observarse, el cerco se va estrechando.

Además, cabe reseñar que se trata de un modo según el cual se distribuyen puestos de trabajo, y no la titularidad de determinados órganos unipersonales que van más allá de los puestos de trabajo corrientes que los funcionarios de carrera en servicio activo pueden ocupar sin salir de tal situación administrativa. A efectos didácticos, podemos mencionar que, de acuerdo con el artículo 55.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, la Administración General del Estado se estructura en órganos superiores (Ministros y Secretarios de Estado) y órganos directivos (Subsecretarios, Secretarios Generales, Directores Generales, Secretarios Generales Técnicos y Subdirectores Generales). La mayoría de los titulares de estos órganos administrativos, en caso de ser funcionarios (cuestión potestativa en el caso de los órganos superiores, forzosa en casi su totalidad para los órganos directivos), pasan a tener la condición de alto cargo, debiendo pasar a la situación administrativa de servicios especiales a partir de un nombramiento que se efectúa a través de una norma jurídica (y no de un simple acto administrativo, como es una resolución por la que se resuelve un procedimiento de libre designación, como luego veremos) como es un Real Decreto del Consejo de Ministros. El nombramiento por parte de un órgano constitucional (como es la máxima expresión colegiada del Gobierno), y su introducción en el tráfico jurídico a través de una verdadera norma de valor reglamentario no regulada por derecho administrativo excluye la consideración de estos nombramientos como equiparables al sistema de libre designación, a pesar de que a veces, coloquialmente, también haya referencias a ello. Con una salvedad: la relevantísima exclusión del artículo 67 de dicha Ley 40/2015, que

establece que los Subdirectores Generales no tendrán la condición de alto cargo, y la apreciación del apartado segundo de dicho artículo, que establece asimismo que serán nombrados y cesados por el Ministro o Secretario de Estado correspondiente. Ello se arbitrará, efectivamente, a través de un sistema de libre designación, como luego podremos analizar. En conclusión: nuestro ordenamiento jurídico-administrativo acota el ámbito de provisión de responsabilidades orgánicas superiores y directivas en el seno de las decisiones político-constitucionales del Consejo de Ministros, lo que, en ningún caso, se trata de libre designación, que sí se aplicará para los Subdirectores Generales, por no tener la consideración de alto cargo¹¹.

Acotado el ámbito de aplicación de la figura, al menos a grandes rasgos, hemos de observar su regulación específica: el artículo 78 del TREBEP configura a la libre designación como uno de los medios posibles de provisión de puestos de trabajo que, en todo caso, habrá de sujetarse a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Algunos aspectos concretos de la figura se especifican en el artículo 80 de dicho cuerpo legal (que es norma básica), que contiene una serie de requerimientos que acotan su uso, puesto que tal modo de provisión no se aplica a todos los puestos de trabajo contenidos en una Relación de Puestos de Trabajo: requiere convocatoria pública; conlleva apreciación discrecional por el órgano competente en relación con los requisitos exigidos para tal cargo; es exclusiva para puestos que requieren especial responsabilidad y confianza y, de igual modo que el nombramiento es discrecional, el cese también lo es.

La evidente indeterminación de buena parte de estos requisitos ha requerido de cierta modulación reglamentaria, a través del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción profesional de los funcionarios civiles de la

¹¹ Esta figura, plenamente funcional con (no tan) escasísimas excepciones, se encuentra excluida de la aplicación del régimen jurídico contenido en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Administración General del Estado (RD 364/1995). Este RD 364/1995 se aplica solamente a la Administración General del Estado, a la que dedicamos la mayoría de este análisis, si bien buena parte de sus elementos han sido emulados por las regulaciones autonómicas. Baste decir que, para aquellas que no lo hayan emulado a través de sus propias fuentes del derecho, tanto este Real Decreto, como su Real Decreto parejo (el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado) son, de acuerdo con los principios constitucionales en la materia, normas de carácter supletorio.

En este RD 364/1995 se perfilan, entre sus artículos 51 y 58, determinados aspectos sobre este procedimiento de provisión de puestos de trabajo. Lo más relevante del desarrollo reglamentario es que se establece un somero catálogo de puestos que habrán de proveerse mediante tal procedimiento: al listado de puestos ya mencionado se unen aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo. La evidencia salta a simple vista: el catálogo general se cierra con una cláusula tan genérica e indeterminada que, en todo caso, remite a la regulación de cada relación de puestos de trabajo. Como se ha dicho anteriormente, dado que el RD 364/1995 es de aplicación supletoria para las Comunidades Autónomas que no hayan dictado sus propias normas organizativas para su propia Función Pública, la virtualidad directora de este catálogo es prácticamente inexistente, por lo que sucesivas regulaciones autonómicas han ampliado en exceso la cantidad de puestos relacionados con este método de provisión. Este catálogo, no obstante, era inexistente en la Ley 30/1984, que remitía la consideración de la provisión por libre designación a las RPT, cuestión controvertida y eliminada como consecuencia de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1987, que lo integró por mor de una modificación operada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, de Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Dada la naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo, finamente fijada por la jurisprudencia como actos administrativos generales¹², resulta relativamente fácil para una Administración Pública, en ejercicio de su potestad organizatoria, definir los perfiles de los puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo y, con ello, trazar una línea subjetiva que separe los puestos a ser cubiertos mediante concurso y los puestos cuyo mecanismo de provisión de la libre designación. De ahí que, como se ha dicho, en tanto actos administrativos, su impugnación y, por tanto, la potestad de control sobre este ejercicio de la potestad auto-organizatoria ha podido ser controlado en sede contencioso-administrativa, que ha establecido que corresponde a la propia Administración Pública, una vez superados dichos límites, justificar y probar que determinados puestos son, efectivamente, puestos de carácter directivo o especial responsabilidad (STSS de 31 de julio y 12 de noviembre de 2012, entre otras). La Sala Tercera del Tribunal Supremo lo expresa diciendo que

“esa justificación, para que pueda ser considerada suficiente, exige describir las concretas circunstancias y cometidos concurrentes en el puesto de que se trate que permitan valorar si es o no de apreciar en el mismo el carácter directivo o la especial responsabilidad de los que depende la validez del sistema de libre designación, y que no bastan a estos efectos fórmulas estereotipadas o la mera denominación aplicada al puesto”¹³.

Pero incluso una vez definidos correctamente los puestos de trabajo para los cuáles se puede recurrir a este mecanismo de provisión, gracias a esta línea jurisprudencial consolidada, surge la siguiente cuestión, y es asegurar que esa “*apreciación discrecional*” que puede ejercitar y ejercita el órgano convocante, de acuerdo con el artículo 80.1 del TREBEP, no solamente no caiga en arbitrariedad, sino que transite por unos límites que hagan a la libre designación compatible con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ya mencionados. Esto se consigue *ab initio*, al menos desde un punto de vista

12 STS 902/2014, entre otras.

13 STS 5842/2012, Fundamento de derecho 5º.

formal, ya que, de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 38 del RD 364/1995, “*las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo, tanto por concurso como por libre designación, así como sus respectivas resoluciones, se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado»*”. Esto garantiza un presupuesto necesario para la igualdad, ya que posibilita que cualquier funcionario de carrera que cumpla con los requisitos del puesto convocado pueda postularse para ocuparlo, obligando al órgano convocante a estudiar su candidatura y méritos. El artículo 52 del mismo Real Decreto establece que, en la convocatoria pública, “*además de la descripción del puesto y requisitos para su desempeño contenidos en la relación de puestos de trabajo, podrán recogerse las especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones encomendadas al mismo*”. No obstante, a pesar de estas puntualizaciones, parece evidente que esta garantía de publicidad de las convocatorias a través de la publicación de los respectivos Boletines Oficiales es bastante para garantizar una igualdad en la postulación a los funcionarios de carrera interesados, pero, por importante que sea, como en tantos otros campos jurídicos, un principio de igualdad formal no garantiza la igualdad material¹⁴. Este mandato de publicidad de las convocatorias no es suficiente para garantizar los constitucionales principios de igualdad, mérito y capacidad, por lo que son otras las consideraciones que el órgano convocante debe aplicar en ejecución de la discrecionalidad que se le atribuye para la apreciación de los méritos y características de los postulantes¹⁵.

Esta discrecionalidad ha sido, igualmente, objeto de una numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha ido acotando las facultades

14 Cabe reseñar aquí que, a fin de garantizar aún más ese principio de publicidad, las resoluciones de los órganos correspondientes de la Administración General del Estado, convocando la provisión de un puesto mediante libre designación, se publican en el Boletín Oficial del Estado los días 1 y 15 de cada mes, salvo que alguno de dichos días sea domingo o festivo (y no haya, por tanto, número del Boletín dicho día), en cuyo caso se publican en el día hábil siguiente. Si bien es cierto que no hay ninguna norma jurídica que sustente esto, esta buena práctica ordena las publicaciones de convocatoria de tal modo que resulta más fácil, en una sola consulta al Boletín Oficial del Estado, ver los puestos convocados.

15 La STC 221/2004 ha hecho hincapié sobre la relevancia de la publicidad de las convocatorias, al establecer que es un requisito básico para la igualdad de oportunidades de los aspirantes, dimensión más específica del derecho a la igualdad del artículo 23.2 de la Constitución (F.J. 4º), haciéndose eco de la relevante Sentencia 235/2000 del mismo Tribunal.

discrecionales del órgano convocante para el nombramiento y, adelantamos ya, para el cese de los funcionarios de carrera en los puestos de libre designación. Esta jurisprudencia ha venido guiada por lo reconocido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 235/2000, de 5 de octubre, en la que, gráficamente, expresaba

“... la facultad de libre designación no atribuye al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente, con olvido de que el servicio del interés público es la esencial y el fundamento del ejercicio de toda potestad administrativa”.

Y es que si, como se ha indicado, las potestades de ejercicio discrecionalidad por parte de una Administración Pública, en el seno de las relaciones de sujeción especial que ostentan sobre el personal que a ellas se vincula por mor de un régimen jurídico estatutario, son amplias, no por ello pueden incurrir en cuestiones como la arbitrariedad o la desviación de poder. Siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN,

“el reconocimiento de que [había] un elemento de confianza inherente a la libre designación limitada sustancialmente el control de la discrecionalidad en el nombramiento... y justificaba incluso que pudiese dejarse desierta la convocatoria”¹⁶.

Pero, a partir de las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2006, cuya línea jurisprudencial fue confirmada posteriormente por muchas otras, a esta capacidad amplia para seleccionar al funcionario que se considere más adecuado para el puesto ha de añadirse la carga de la motivación de dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento y, en segundo lugar, las cualidades o condiciones personales y/o profesionales que han sido tenidas en cuenta en el caso del funcionario seleccionado para apreciar que cumple de mejor manera los criterios anteriormente mencionados que otros candidatos al mismo puesto. Esta construcción jurisprudencial ha rebasado, en

16 Miguel Sánchez Morón, “*Libre designación y cese...*”, 195.

nuestra opinión, las previsiones normativas relativas a los actos administrativos de nombramiento de funcionarios seleccionados por libre designación.

Si bien es cierto que tanto la motivación de estos actos administrativos viene derivada de forma general por lo reconocido tanto en el artículo 35.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (que referencia al ejercicio de los actos dictados con ocasión del ejercicio de potestades discrecionales) como el apartado segundo de dicho artículo (que habla de los actos que pongan fin a procedimientos de concurrencia competitiva), la motivación de las resoluciones de nombramiento (verdaderos actos administrativos que ponen fin al procedimiento) que exigía (y exige) por la regulación sectorial era más bien esclerótica: el artículo 56 del Real Decreto 364/1995 afirma, en relación a la motivación, que bastaba *“el cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, y la competencia para proceder al mismo.”*. Es decir, la mención a la competencia del órgano convocante (ya sea la que directamente le atribuye la normativa en vigor, ya sea aquella que puede ejercitar a través de cualquiera de los mecanismos de traslación de las competencias que hoy se reconocen en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, muy habituales) y la mera constatación de que el candidato cumplía con los normalmente exiguos requisitos de la convocatoria bastaban. Este criterio del cumplimiento de los requisitos, parece obvio, implica que hay un factor adicional de selección por parte del órgano ya que, por norma general, a un puesto convocado por el procedimiento de libre designación concurrirán un número indeterminado de funcionarios de carrera que, probablemente, cumplan con los *“requisitos y especificaciones”* que la convocatoria asocia al puesto vacante, por lo que, se entendía, entraba en juego el tradicional criterio de la confianza, que ha sido reinterpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con ocasión de múltiples recursos de casación que derivan, a su vez, de procesos contencioso-administrativos comenzados por funcionarios de carrera insatisfechos con la actuación de la Administración Pública convocante, sin que, no obstante, de ello se haya derivado, siquiera indirectamente, la nulidad del precepto

reglamentario anteriormente nombrado, aun cuando reduce la necesaria motivación del acto administrativo singular a una mera apariencia.

La ya nombrada STS de 29 de mayo de 2006, que abordó la cuestión de la apreciación discrecional de los méritos en el ámbito judicial ante la falta de motivación de un nombramiento del Consejo General del Poder Judicial, fue abriendo una brecha en la jurisprudencia hasta el momento que ha venido siendo confirmada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en otras ocasiones: así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2009 abordó la falta de motivación en relación con un nombramiento en el seno del Tribunal de Cuentas, en la que, además, se reconoció que el órgano convocante había incurrido en desviación de poder¹⁷. La pieza clave del cambio fue una determinada concepción del criterio de confianza, ya que se pasó de una confianza que se entendía como personal e incluso político-ideológica a una basada en determinaciones de carácter profesional, en tanto profesional es la relación estatutaria que une a los funcionarios de carrera con la Administración Pública a la que están vinculados y en la que prestan servicios continuados de carácter permanente. Entiende el Tribunal Supremo que la vertiente profesional de dicha confianza

“no puede entenderse basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica, sino en razones exclusivas de aptitud profesional para el desempeño del puesto... que, en todo caso, deberán ser explicables desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad... entendido el primero en el sentido de valores ya acontecidos y acreditados en el currículum del candidato, y el segundo en el de aptitudes específicas de desempeño eficaz del destino pretendido”¹⁸.

17 Ramón Gil Cremades, “Un giro jurisprudencial histórico: el Tribunal Supremo abandona su doctrina de que en la función pública administrativa no hay que justificar los nombramientos para puestos de libre designación”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. Especial 99-100, (2014), 1547-1576.

18 Ramón Gil Cremades, “Un giro jurisprudencial...”, 1557.

Sigue aquí el Tribunal Supremo lo establecido por el Tribunal Constitucional en la ya nombrada STC 235/2000, que establecería, en relación con los nombramientos mediante libre designación que las modificaciones de la legislación de régimen local consagraron para los funcionarios pertenecientes a los antiguos cuerpos de habilitados nacionales

“...no nos hallamos aquí en presencia de nombramientos para cargos políticos, caracterizados por la libérrima decisión de quien sea competentes... ni ante la designación de personal eventual, calificado... por la confianza o asesoramiento especial de las funciones que pueden encomendársele. La confianza que... puede predicarse de la libre designación, en cuanto modo de provisión entre funcionarios de puestos de trabajo es la que se deriva de la aptitud profesional del candidato, puesta de manifiesto en los méritos esgrimidos, esto es en su historial funcional”¹⁹.

Esta línea argumental, favorable a los derechos subjetivos de los funcionarios de carrera en el seno de su carrera administrativa, basada, hasta que se desarrolle adecuadamente la carrera horizontal, en la progresión a través del mecanismo de provisión de puestos de trabajo, fue reproducida íntegramente en una Sentencia de la misma Sala de apenas unos días de diferencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre del mismo año 2009, y confirmada por una Sentencia posterior, de 3 de diciembre de 2012, consolidando de esta manera una nueva doctrina que ha servido para acotar no solamente la potestad discrecional de nombramiento, sino, también, entre otras cosas, que la valoración de la autoridad convocante, en la apreciación de esa confianza profesional, puede declarar desiertas las plazas convocadas (STS de 4 de mayo de 2009) y los límites de la potestad discrecional en la remoción o cese de los funcionarios nombrados previamente mediante este método, con toda lógica, puesto que es evidente que es en estos dos momentos del procedimiento en los cuales la discrecionalidad del órgano superior jerárquico se pone de manifiesto con una mayor intensidad.

19 STC 235/2000, F.J. 13º.

Así las cosas, la jurisprudencia consolidada ha insistido en que, de igual modo que debe motivarse objetivamente la selección de un candidato a un puesto de libre designación, el cese del funcionario de carrera previamente nombrado mediante libre designación se produce cuando, a juicio de la autoridad jerárquicamente responsable, dicha confianza (recordemos, de carácter profesional) se pierde. En este caso, la jurisprudencia ha venido a colmar una laguna aún más evidente en el ordenamiento jurídico, ya que, si entendíamos que los requisitos formales de la motivación que expresaba el Real Decreto 364/1995 para los nombramientos por libre designación eran exiguos, los que el artículo 58.1 de dicho Real Decreto plasma en relación a los ceses es, sencillamente, una versión aún más debilitada de la posición del funcionario de carrera, que aumenta de una manera indebida los poderes de la Administración Pública, ya que se reconoce que *“la motivación... se referirá a la competencia para adoptarla”*²⁰.

La revisión contencioso-administrativa de los recursos suscitados con ocasión de ceses de funcionarios de carrera que ocupaban puestos de libre designación ha permitido la adaptación de la línea jurisprudencial antes mencionada a este hecho, controlando la facultad discrecional del cese tanto en términos formales como materiales, yendo más allá de los meros elementos reglados. Así, la apreciación de la falta de idoneidad que ha de anteceder al cese del funcionario se ha sometido a una serie de controles.

La Sentencia de 2798/2019, de 19 de septiembre, dictada en casación para fijar doctrina con ocasión de una Sentencia de la Audiencia Nacional en relación con el cese de un funcionario de carrera en el Consejo de Seguridad Nuclear,

20 El asombro es evidente, ya que, como norma general en el derecho administrativo, solamente el órgano que ostenta una determinada competencia permite que el acto administrativo dictado en aras a dicha competencia sea válido, por lo que, *sensu contrario*, el acto administrativo dictado por un órgano incompetente estará viciado, en unos casos de invalidez absoluta o nulidad (total incompetencia por razón de la materia o del territorio) y en otros de invalidez relativa o anulabilidad y, por tanto, subsanable, (como el caso de incompetencia jerárquica, que es sanable por convalidación de un órgano jerárquicamente superior que ostente la competencia de forma efectiva), tal y como establecen los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Convertir el requisito esencial de validez del acto en la única motivación necesaria del acto supone, en nuestra opinión, una total desnaturalización de ambos elementos.

pretendía fijar el contenido y los límites del deber de motivación que ha de exigirse a los actos administrativos que ordenan el cese y, en su caso, resultaba aplicable la doctrina jurisprudencial consolidada en materia de nombramientos: una interpretación demasiado extensiva de los límites de la libre designación puede desnaturalizar la institución legalmente garantizada, y, por tanto, no debe olvidarse que el principio de inamovilidad de los funcionarios de carrera no se circunscribe a la permanencia en un puesto concreto, aunque el funcionario de carrera nombrado en un puesto de libre designación tiene un interés legítimo de permanencia que contiene en sí mismo el hecho de no ser privado del puesto al margen de previsiones legales. Pero añade que el cese ha de ser igualmente controlable mediante el cumplimiento de una serie de requisitos o elementos formales,

“y a tales exigencias formales cabe añadir la motivación, si bien con la debida modulación... esta motivación debe ciertamente debe ir más allá de lo previsto en el art. 58.1, párrafo segundo, del RGPPT...Por tanto, al funcionario cesado debe dársele razón de por qué las razones de oportunidad, basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron a su elección, ya no concurren o si concurren, qué otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese. La razón o razones del cese no serán enjuiciables en lo que tiene de libre apreciación; ahora bien, es exigible que se expliciten evitándose expresiones opacas, estandarizadas, que puedan encubrir una intención patológica por falsa, caprichosa o ajena a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevaron a la elección”²¹.

Como puede observarse, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que la decisión por parte del órgano competente relativa al cese del funcionario debe basarse en razones explicitables y objetivas, siempre de índole profesional, que justifiquen la pérdida de idoneidad y confianza. SÁNCHEZ MORÓN explicará que esto es susceptible de suceder en relación a unas circunstancias siempre de índole profesional “*que pueden cambiar por múltiples causas, unas*

21 Fundamento de Derecho Noveno de dicha Sentencia.

*ajenas a la voluntad del interesado, como por ejemplo, la aparición de nuevas exigencias o requerimientos para el desempeño del puesto, y otras no tanto, como su propio comportamiento, dedicación, nivel de compromiso, etc...”*²². Esos motivos, en los que se basa la pérdida de confianza profesional, son los que deben explicitarse como elemento objetivo de la apreciación del órgano puesto que, además, como el resto de la actividad administrativa que tenga repercusiones negativas sobre un derecho subjetivo o un interés legítimo, las razones del cese deben ser conocidas por el funcionario de carrera cesante a fin de que, en su caso, pueda combatirlas.

Este criterio jurisprudencial, que le ha puesto raíles a la facultad discrecional de cese, ha sido perfilado en posteriores Sentencias, como la recentísima STS 1370/2021, de 12 de abril, en la que la Sala Tercera del Alto Tribunal ha retirado la interpretación dada por la sentencia de 2019. En este caso, no podemos dudar de la importancia capital que tiene la jurisprudencia para complementar y colmar las lagunas del ordenamiento jurídico, ya que se ha conformado todo un sistema que viene a complementar la parquedad regulatoria (nada casual, por otra parte) de la figura de la libre designación, tanto en su dimensión legal-básica como en su desarrollo reglamentario, como ya se ha visto.

3. INTENTOS ADMINISTRATIVOS PARA OBJETIVAS LOS NOMBRAMIENTOS (Y CESES) REALIZADOS MEDIANTE LIBRE DESIGNACIÓN: EL EJEMPLO DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

Más allá de la labor jurisprudencial realizada por el Tribunal Supremo, al amparo siempre de la doctrina constitucional, la legislación reguladora de la libre designación también aporta luces que, en ocasiones, han sido adecuadamente aprovechadas por las Administraciones Públicas para tratar de objetivar los procedimientos de nombramiento (y cese) de los funcionarios de carrera en los puestos de libre designación en las respectivas RPT. Lo han hecho a través

²² Miguel Sánchez Morón, “Libre designación y libre cese...”, 32.

de diferentes instrumentos, en ocasiones inspirados por la opinión de expertos, en otras debido a cuestiones político-administrativas o a la práctica habitual.

El Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado público ya reconocía, en relación con las propuestas para regular en dicha norma la provisión de puestos de trabajo y la movilidad de los funcionarios públicos (se entiende que de carrera), que establecer un sistema justo de provisión de puestos de trabajo es un factor determinante para las expectativas de promoción de funcionarios de carrera y, en consecuencia, se trata de un asunto de gran relevancia para una adecuada implicación, compromiso y motivación de estos. Cabe recordar, en este sentido, que

“la importancia del personal al servicio de las Administraciones Públicas...deriva lato sensu del reconocimiento de que son ellos, en tanto agentes de las organizaciones dotadas de prerrogativas exorbitantes del derecho civil para el cumplimiento de los intereses generales, los que dan cumplimiento tangible a los postulados constitucionales y normativos que sirven de garantía para los derechos (constitucionales y subjetivos) y libertades públicas de los ciudadanos”²³.

Es por ello que la Comisión abordó este asunto desde un punto de vista amplio, indicando que se comprendía que la rigidez del procedimiento de concurso había generado una expansión “inmoderada” del sistema de libre designación, cuyos límites borrosos en la práctica, incluso a pesar de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, ha generado una falta de desconfianza en la fórmula de provisión, que “muchas veces inhibe a candidatos cualificados de participar en procesos de provisión”, lo que, añadimos, genera, sin duda, una pérdida interna de talento que el régimen jurídico de la función pública no debe desconocer²⁴. A fin de solventar este problema, entiende que la Comisión que las líneas regulatorias debe avanzar hacia modelos en los que las funciones de selección interna (aquellas vinculadas no a los procesos selectivos como las oposiciones, sino a los mecanismos de provisión de puestos) de las organizaciones

²³ José Antonio Gil Celedonio, “Racionalidad jurídica y dispersión...”, 228.

²⁴ *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado público*, (Madrid, INAP, 2005), 117 y ss.

públicas se profesionalicen, tecnicizándose y residenciándose en órganos de naturaleza colegiada, y se doten de una cierta independencia funcional, que también debe exigirse para las instancias revisoras de las resoluciones que estos potenciales órganos colegiados puedan dictar en ejercicio de sus competencias de reclutamiento. En el caso de los puestos para los que se requiera una cierta intervención de carácter discrecional, la Comisión proponía la posibilidad de que interviniesen para avalar con carácter previo la capacidad de los candidatos, o proponer varios de ellos al órgano competente. Además, se proponía un plazo mínimo, garantizado y, por tanto, previamente conocido, para el desempeño del puesto asignado por libre designación, para evitar toda remoción del puesto que no esté sometido a la concurrencia de unas causas objetivas que tendrían que aplicarse de forma motivada.

Otros expertos del ámbito de la Administración General del Estado opinarán que el principal problema, también de índole práctica, es que la referencias al mérito, la capacidad y la idoneidad quedan vacías de contenido en el actual mecanismo de provisión mediante libre designación, ya que “*no se arbitra ningún mecanismo para la comprobación efectiva de tales méritos*”²⁵. A fin de acreditar la idoneidad de los candidatos, no puede hacerse solamente mediante un juicio abstracto a partir del currículum de los candidatos y, en definitiva, su historial administrativo, sino que, *ex ante*, ha de definirse no ya de forma singularizada para cada convocatoria, como proponen estos expertos, sino que, a nuestro parecer, debería hacerse de manera sistemática a fin de igualar los conocimientos, aptitudes, habilidades y competencias exigibles para puestos análogos, aunque dependan de órganos diferentes. A fin de condicionar las convocatorias de los puestos de libre designación, actos singulares mediante los que se ejecuta en la práctica otros actos generales (las relaciones de puestos de trabajos), la herramienta más adecuada para homogeneizar estas cuestiones serían fuentes de naturaleza reglamentaria. Esto es, sería adecuado que, en el ámbito de la Administración General del Estado, un Real Decreto regulase, en unos

25 Xosé Areses Vidal et al., *Nuevos tiempos para la función pública: propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del Estado* (Madrid: INAP, 2017), 109-110.

términos que permitiesen la homogeneidad, pero con una flexibilidad que permita dar respuesta a diferentes situaciones, los requisitos sustantivos (más allá de los formales, que ya se contienen someramente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público) exigibles para acreditar el mérito y la capacidad con relación a las necesidades de la organización de manera general, ya que no tiene ningún sentido que, para cubrir un puesto de Subdirector General de gestión económico-presupuestaria de un Departamento Ministerial se exijan requisitos y se propongan méritos a valorar que difieren de los reconocidos en la convocatoria de un puesto idéntico de otro Ministerio, cuando las funciones a desempeñar guardan una más que apreciable similitud, que solo se ve perturbada por las específicas legislaciones sectoriales que informan la actividad de cada Departamento Ministerial. Esta ordenación jurídica del asunto tendría más sentido aún si se viese precedida de un ejercicio de reflexión interna de carácter organizativo y estratégico, como a través de un Plan de ordenación de recursos humanos como los reconocidos en el artículo 69.2 del TREBEP, capitaneado por el actual Ministerio de Hacienda y Función Pública, competente para ello²⁶.

Un actual vistazo al TREBEP nos permite observar que, de los planteamientos de la Comisión de Expertos, ninguno fue incluido en la versión del Estatuto aprobado por la Ley 7/2007, al menos no de manera imperativa. Parece evidente que, en ejercicio de las facultades de desarrollo de la legislación básica estatal, las Comunidades Autónomas pueden ser creativas e instar a que sus poderes legislativos desarrollen jurídicamente sistemas similares al planteado por la Comisión, aun cuando el texto del TREBEP no reconozca estas cuestiones. No obstante, el TREBEP deja atisbar una idea relevante en relación con los puestos de libre designación: el apartado tercero del artículo 80 del texto refundido anuncia que *“el órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.”* Dada esta mención en una fuente de rango legal, se infiere que es perfectamente

²⁶ Precisamente, en dicho artículo 69.2 a) se habla de uno de los conceptos clave para esta homogeneización, como es el de perfil profesional.

posible que, en el marco de un procedimiento de provisión del puesto de trabajo, pueda irse más allá de los informes que se configuran como preceptivos en el artículo 54 del Real Decreto 364/1995.

La amplitud de la fórmula nos permite aventurar que dicha intervención podría ser de múltiples maneras, precisamente (aquí también) en ejercicio de la potestad auto-organizatoria que, en el ámbito de sus competencias, el órgano administrativo convocante puede desplegar. Por ello, el órgano podría recurrir a solicitar un informe a otros órganos ya existentes (por ejemplo, a alguno de los órganos o unidades de la Dirección General de la Función Pública o de otro órgano directivo que se considere especializado en materia de personal), en virtud del principio de colaboración administrativa (si bien es cierto que, sin regulación específica, dicho informe no sería ni preceptivo ni vinculante, y el órgano al que se le solicita no estará obligado a responder); podría constituir, de ser una organización pública de cierto tamaño, un órgano colegiado que tuviese encomendada precisamente la misión de informar los nombramientos, e incluso, aunque esto sería más cuestionable desde un punto de vista de gestión pública, podría externalizarse dicha función mediante la licitación de un contrato de servicios, en los términos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, a fin de que una empresa especializada interviniese elaborando informes o documentos de evaluación de otro tipo que el órgano recibiese y se incorporase al expediente administrativo.

En el ámbito de la Administración General del Estado, existen fórmulas que, en aplicación de las posibilidades que hemos mencionado anteriormente, al menos, han buscado reducir el margen de discrecionalidad con el que actúa el órgano administrativo convocante del puesto, y que dan una clara muestra de la colaboración que se puede dar, en el ámbito de la Función Pública, entre las necesarias previsiones legales (tanto de carácter básico como de desarrollo) y la potestad reglamentaria. Ocurre, fundamentalmente, en un tipo de puestos muy determinados, como son los puestos situados en lo que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, denomina Administración

General del Estado en el exterior o Servicio Exterior del Estado, regulados concretamente en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, que analizaremos como ejemplo regulatorio que va más allá de una buena práctica, ya que esto se ha producido a través de normas jurídicas de carácter reglamentario. Esto tiene un valor evidente para la institucionalización de estos sistemas, ya que la fuerza del reglamento se encuentra en que, a pesar de ser una fuente dictada por la propia Administración que luego dicta actos administrativos de ejecución, esta aparece imposibilitada para no aplicarlo en los casos singularizados en los que le convenga por el señero principio de inderogabilidad singular de los reglamentos (hoy consagrado en el artículo 37.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), mientras que una buena práctica, aunque sea seguida en diferentes resoluciones de convocatoria de puestos, es fácilmente reversible, ya que, según el artículo 35 de la Ley 39/2015 antes mencionada, bastaría con justificar la nueva orientación del acto administrativo que se separe del criterio seguido anteriormente. A esto puede añadirse la complejidad que, hoy en día, tiene, en términos prácticos, tramitar una norma de carácter reglamentario, incluso una Orden Ministerial.

La explicación sobre la institucionalización por vía reglamentaria en los casos de estos puestos de trabajo en el exterior es sencilla, en nuestra opinión: ocupar temporalmente estas responsabilidades (principio esencial que rige para la ocupación de estos puestos) ofrece a un funcionario de carrera la posibilidad de trabajar en otros países, sirviendo al Estado de una manera diferente y conociendo otros países y otras culturas. Además, y quizá no menos importante, los derechos retributivos de personal destinado en la Administración General del Estado en el exterior se ven incrementados, ya que a los conceptos retributivos consustanciales al puesto correspondiente se añaden unos componentes indemnizatorios variables según los módulos de ponderación asignados al país en el que el servicio se preste, regulados *ab initio* en el Real Decreto 6/1995, de 13 de enero, por el que se regula el régimen de retribuciones de los funcionarios destinados en el extranjero, y modificados paulatinamente por Resoluciones de la

Dirección General de Costes de Personal del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Dado que estos puestos aparecen presididos por el principio de ocupación temporal, el sistema de provisión mediante concurso de méritos nunca se ha considerado el adecuado. De ahí que se haya apostado por el mecanismo de la libre designación para proveerlos, en algunos casos con el refuerzo añadido de la reserva de puestos a Cuerpos específicos, como es el caso de los puestos vinculados a la Carrera Diplomática²⁷, o los puestos consignados en las relaciones de puestos de trabajo de las Consejerías y Agregadurías de Economía y Comercio (las conocidas como Oficinas Económicas y Comerciales), que se encuentran bloqueados para la ocupación exclusiva por funcionarios pertenecientes al Cuerpo Superior de Técnicos Comerciales y Economistas del Estado y al Cuerpo de Diplomados Comerciales del Estado, de acuerdo con su normativa reguladora²⁸, en los que, de forma directa o indirectamente, se crea un escalafón que modula la carrera interna de los funcionarios de carrera de estos Cuerpos de conformidad con arreglos corporativos. Esta posibilidad, además, se ve reforzada con lo previsto en el artículo 55 del Real Decreto 364/1995, que, para los funcionarios de carrera que pertenezcan a un Cuerpo con reservas de puesto, se requiere un informe adicional, el del Ministerio al que se encuentre adscrito dicho Cuerpo.

No obstante, existen otros puestos en el exterior en los que, precisamente por no estar cerrados a determinados Cuerpos, la gran cantidad potencial de solicitudes, con la consiguiente igual potencial conflictividad, ha hecho que, en aplicación del sistema de fuentes del Derecho de la Función Pública, se hayan dictado normas de carácter reglamentario para modular las potestades

27 Su regulación y especificidades pueden encontrarse en el Real Decreto 674/1993, de 7 de mayo, sobre provisión de puestos de trabajo en el extranjero y ascensos de los funcionarios de la Carrera Diplomática, que fue derogado por el Real Decreto 638/2014, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Carrera Diplomática, pero que volvió a entrar en vigor tras la ser declarado nulo este último por parte del Tribunal Supremo mediante Sentencia de 6 de noviembre de 2017.

28 El artículo 6 del Real Decreto 2827/1998, de 23 de diciembre, de organización, funciones y provisión de puestos de trabajo de las Consejerías y Agregadurías de Economía y Comercio en las Misiones Diplomáticas de España.

discrecionales ejercitadas con ocasión de las convocatorias de provisión de puestos mediante libre designación mediante la incorporación de determinados elementos reglados (unos de carácter procedimental y otros de carácter más bien sustantivo) que tratan de establecer marcos a los que asir la decisión del órgano convocante. Si bien, además de las ya citadas anteriormente, podríamos hacer referencia a algunas más²⁹, dada la extensión de este estudio nos centraremos en dos que, por sus características, resultan especialmente interesantes. Nos referimos a la provisión de puestos de libre designación en las Consejerías de Turismo y de las Consejerías de Educación de las Embajadas y Misiones Diplomáticas de España.

3.1. EL EJEMPLO DE LAS LIMITACIONES A LA LIBRE DESIGNACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA EN EL EXTERIOR

El Real Decreto 810/2006, de 30 de junio, de organización, funciones y provisión de puestos de trabajo de las Consejerías de Turismo en las Misiones Diplomáticas de España, en su redacción dada por el Real Decreto 217/2015, de 27 de marzo³⁰, establece un sistema que acota la discrecionalidad del órgano convocante (en este caso, el titular de la Secretaría de Estado de Turismo, a la sazón Presidente del Organismo Autónomo Instituto de Turismo de España, TURESPAÑA), al introducir, en el procedimiento de cobertura de determinados puestos dependientes o vinculados a las Consejerías de Turismo de las Embajadas de España en el exterior.

29 Podrían estudiarse los sistemas del Real Decreto 240/2000, de 18 de febrero, de organización, funciones y provisión de puestos de trabajo de las Consejerías de Finanzas en las Misiones Diplomáticas de España, del Real Decreto 262/2019, de 12 de abril, por el que se establece la estructura de las Consejerías del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en el exterior y se regula la organización, funciones y provisión de puestos de trabajo, o del Real Decreto 1052/2015, de 20 de noviembre, por el que se establece la estructura de las Consejerías de Empleo y Seguridad Social en el exterior y se regula su organización, funciones y provisión de puestos de trabajo, todos ellos sistemas en los que conviven la especialidad de la materia, la existencia de Cuerpos y/o Escalas en la Administración General del Estado que tienen conocimientos específicos sobre dicha materia y sistemas de adscripción abierta a estos puestos, aunque, a veces, con preferencias no excluyentes.

30 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-12690>

Más allá de las menciones a las normas generales para la provisión de puestos mediante libre designación, ya contempladas tanto en el TREBEP como en el RD 364/1995, las particularidades de este procedimiento de resolución de la convocatoria estriban en que se ha introducido un informe, que expresamente se reconoce como preceptivo pero no vinculante, emitido por un órgano colegiado presidido por el Director General de Turespaña, la Comisión Asesora de Destinos en el Exterior de las Consejerías de Turismo. Esta Comisión, que de acuerdo con el tenor literal del artículo 8 del Real Decreto 810/2010 ya mencionado tiene como encargo “asesorar al titular de la Secretaría de Estado de Turismo sobre las propuestas de resolución de las convocatorias para la provisión de puestos de personal funcionario en las Consejerías Españolas de Turismo”, se compone, además de su Presidente, de cinco vocales, todos con rango de Subdirector General, dos de ellos designados por el titular de la Presidencia del Instituto de Turismo de España, entre personal funcionario del organismo, uno designado por el titular de la Subsecretaría de Industria, Energía y Turismo (parte hoy del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo), uno designado por el titular de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, entre su personal funcionario de este órgano directivo y otro designado por el titular de la Dirección General del Servicio Exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (hoy Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación), entre su personal funcionario de este órgano directivo. Actuará como secretario del órgano, con voz y con voto, el titular de la Subdirección General de Gestión Económico-Administrativa y Tecnologías de la Información del Instituto de Turismo España que, en los casos de vacante, ausencia, enfermedad, o cualquier otra causa justificada, podrá ser sustituido por el titular de la Subdirección General Adjunta de Gestión Económico-Administrativa y Tecnologías de la Información. Esta Comisión, órgano colegiado interministerial³¹ (según lo establecido en el artículo 21.1 a) de la

31 A pesar de su naturaleza interministerial, ha de destacarse que, además de tener su Presidente del órgano colegiado el voto de calidad que sirve para dirimir posibles empates, como viene siendo habitual en este tipo de órganos, cuatro de sus siete miembros están estrechamente vinculados a Turespaña, y un quinto es un funcionario de la Subsecretaría del Ministerio al que Turespaña se incardina, a través de la Secretaría de Estado de Turismo. Sin afán de entrar en discutir sobre

Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público), tiene como función elevar una propuesta no vinculante (aunque ha de entenderse que motivada) al titular de la Secretaría de Estado de Turismo sobre, fundamentalmente, aspectos relacionados con el nombramiento y cese de los Consejeros de Turismo en el exterior. Así, el artículo 8.2 de este Real Decreto establece que la propuesta no vinculante versará sobre “*la resolución de las respectivas convocatorias de puestos en las Consejerías Españolas de Turismo*” (o sea, sobre los nombramientos mediante el sistema de libre designación),

“El análisis sobre las propuestas de modificaciones de la presente normativa, a la vista de las especiales características de la acción exterior en materia de turismo y de la heterogeneidad de los países en que tienen su sede las Consejerías Españolas de Turismo” y “La concesión de las prórrogas de los períodos de estancia y los ceses de los funcionarios destinados en las Consejerías Españolas de Turismo previstos en este real decreto, oída la Comisión Técnica de Valoración de las Consejerías Españolas de Turismo”.

El artículo 9 del citado Real Decreto da unas pautas para la elaboración de la propuesta que la Comisión Asesora debe formular, con referencia expresa a los siguientes méritos: servicios prestados, naturaleza y nivel de los puestos o cargos desempeñados, formación y experiencia acreditada en materia turística, idoneidad, preparación técnica y profesional para el adecuado desempeño del puesto en relación con las características de cada destino, el conocimiento de idiomas de la convocatoria, informes anteriores de la Comisión Técnica de Valoración (que luego analizaremos), así como otros requisitos en la convocatoria. Todos estos criterios deberán ser referenciados y valorados, conforme a la documentación presentada por cada candidato en la solicitud, en lo que constituye un claro ejemplo de obligación de motivación de un informe que luego va a influir en el nombramiento de libre designación, tratando así pues de ligarlo objetivamente a unos méritos.

cuestiones más teóricas que reales como la jerarquía propia o impropia a la que estos miembros del órgano podrían obedecer, este aspecto de la pertenencia al mismo es destacable por el cariz y la impronta que, sin duda, podrán imponer en las decisiones del mismo.

Como se puso de manifiesto anteriormente, entra en juego, aparentemente, un segundo órgano colegiado, que, a través de esta mención, parece relacionarse con el primero. Será el artículo 10 de este Real Decreto 810/2010 el que explique que la Comisión Técnica de Valoración de las Consejerías Españolas de Turismo es un órgano colegiado, adscrito igualmente al titular de la Secretaría de Estado de Turismo y compuesta por el Director General del Instituto de Turismo de España (que actúa como Presidente del órgano), dos vocales designados por el titular de la Presidencia del Instituto de Turismo de España, entre personal funcionario del organismo con nivel orgánico de Subdirector General, un vocal más designado por el titular de la Subsecretaría de Industria, Energía y Turismo (hoy Ministerio de Industria, Comercio y Turismo), entre titulares de las subdirecciones generales de ese órgano y el titular de la Subdirección General de Gestión Económico-Administrativa y Tecnologías de la Información que, en los casos de vacante, ausencia, enfermedad, o cualquier otra causa justificada, podrá ser sustituido por el titular de la Subdirección General Adjunta de Gestión Económico-Administrativa y Tecnologías de la Información. Se trata, esta vez, de un órgano colegiado de naturaleza ministerial de los regulados en el artículo 21.1 b) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, cuyos miembros, sin demasiada sorpresa, son nombrados por los mismos órganos y con los mismos requisitos que los miembros de la Comisión Asesora de Destinos en el Exterior de las Consejerías de Turismo pertenecientes al Ministerio de adscripción de la Secretaría de Estado de Turismo, por lo que es perfectamente posible que, no habiendo impedimento como tal en la normativa reguladora, sean las mismas personas.

Las funciones de esta Comisión Técnica de Valoración de las Consejerías Españolas de Turismo aparecen reconocidas en el apartado tercero del artículo 10 del Real Decreto 810/2010, y son “*informar a la Comisión Asesora de Destinos en el Exterior sobre la concesión de las prórrogas y los ceses de los funcionarios en las Consejerías Españolas de Turismo*” (es decir, intervenir en las propuestas de mantenimiento en puestos de libre designación o en ceses dando opinión razonada a al otro órgano colegiado), “*valorar el desempeño en el puesto de trabajo de todos los funcionarios destinados en las Consejerías*

Españolas de Turismo en el exterior” (lo que implica emitir un juicio sobre el ejercicio de las funciones de los funcionarios y funcionarias adscritos a los puestos de libre designación de las Consejerías de Turismo y elevarlo), entre otras.

A estas novedades procedimentales se añaden una serie de requisitos subjetivos que deben ostentar aquellos funcionarios de carrera que pretendan ser seleccionados, lo que trata de circunscribir aún más los límites discrecionales de las decisiones de nombramiento por parte de la autoridad convocante. El artículo 7 del Real Decreto 810/2021 establece que, para ser designado como Consejero o como Consejero Adjunto se requiere pertenecer a un cuerpo de la Administración General del Estado clasificado en el Subgrupo A1 (*mutatis mutandis*, debe entenderse, a pesar de que no se mencione expresamente, que las Escalas adscritas al Subgrupo A1 también están incluidas junto a los Cuerpos, puesto que lo contrario vulneraría el principio de igualdad y, además, impediría aplicar adecuadamente en la práctica los principios de mérito y capacidad), lo que significa congelar por vía reglamentaria la posibilidad ordenadora de estos puestos que tienen las relaciones de puestos de trabajo, en tanto instrumentos organizativos que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tienen la condición de actos administrativos³², así como encontrarse, en la fecha de publicación de la convocatoria, en cualquiera de las situaciones administrativas contempladas en el TREBEP, a excepción de las de excedencia voluntaria por interés particular, la excedencia voluntaria incentivada y la suspensión de funciones.

No obstante, no se detiene aquí: el artículo 13 del mismo Real Decreto, al regular plazos máximos de permanencia, establece en su apartado tercero que el funcionario cesado en uno de estos puestos no podrá volver a ser nombrado hasta que haya transcurrido “*un mínimo de tres años continuados en servicio activo en España a contar desde la fecha del cese*”³³. Es decir, el sistema apuesta

³² STS 902/2014.

³³ Parece surgir aquí una incongruencia relevante en el propio texto del Real Decreto. Como se ha visto, el artículo 7 del mismo posibilita que puedan optar a los puestos funcionarios de carrera que estén en situaciones administrativas diferentes a la del servicio activo, pero, al imponer estos tres años continuados “*en servicio activo en España*” está añadiendo una carga injustificada a aquellos funcionarios que se encuentren en otra situación administrativa, que, a los tres años “de espera” de

de forma clara por una rotación con límites en los puestos de Consejero de Turismo en el exterior, lo que añade un requisito limitativo más a las posibilidades de nombramiento del órgano competente (y convocante). A esto hay que sumar un plazo de permanencia tasado de cinco años, con un mínimo de tres años. La relación entre ambos plazos máximos se establece de forma compleja, no directa: el artículo 13 del Real Decreto mandata que dicho periodo de tres años deberá ser prorrogado, a petición del interesado, hasta el máximo de cinco años, entrando ahí en juego el informe de la Comisión Técnica de Valoración. No obstante, en el propio apartado segundo del artículo 13 se recuerda, mediante una remisión al artículo correspondiente del Real Decreto 364/1995 y, curiosamente, sin querer citarlo expresamente, que los ceses de los funcionarios nombrados mediante procedimientos de libre designación son, en fin, discrecionales, con los límites de los que ya se hablase.

El sistema, si se observa en su conjunto, parece, al menos desde un punto de vista formal, coadyuvar al cumplimiento de los principios de igualdad y, especialmente, de mérito y de capacidad en la provisión de estos puestos, ya que, gracias al establecimiento de un listado de méritos a considerar y a la intervención de dos órganos colegiados, con capacidad para emitir informes en los que se valoran estos méritos y otras circunstancias (verdaderos actos administrativos de trámite, en los que expresan un juicio, por seguir la célebre definición de ZANOBINI), la decisión final del órgano convocante se ve precedida de un conjunto de actos y documentos que la informan, lo que posibilita un mejor control *ex post*, ya sea en sede administrativa (a través del correspondiente recurso de

los funcionarios de carrera que se encuentren en servicio activo para poder volver a optar a estos puestos en su carrera administrativa, los demás tendrán que añadir el tiempo que se pase, por ejemplo, en servicios especiales o en otras situaciones administrativas. Este hecho, que puede generar claras desigualdades para el acceso a estos puestos, especialmente para mujeres u hombres que se encuentran transitoriamente en situaciones administrativas vinculadas a los cuidados familiares, puede generar, de ser aplicada de forma taxativa, graves problemas que, sin duda, acabarán en sede judicial. En nuestra opinión, el problema se resolvería eliminando el término “activo” de la expresión, ya que, en el espíritu rotatorio del sistema, lo que parece querer decirse es que los candidatos han de haber pasado tiempo de servicio en España, a fin de no estar permanentemente ocupando puestos en el servicio exterior, con independencia de la situación administrativa en que este tiempo se permanezca, a excepción de las expresamente excluidas por mor del propio artículo 7 del Real Decreto.

reposición, ya que las resoluciones por las que se resuelven las convocatorias, y las convocatorias mismas, agotan la vía administrativa) o en sede contencioso-administrativa (ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo), de darse tales recursos. Para ello, no obstante, se ha articulado un sistema complejo, con la intervención de estos órganos colegiados, en cuya composición sigue teniendo un papel preminente el Organismo Autónomo Turespaña.

3.2. EL MODELO DE LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA EN EL EXTERIOR

De un modo similar al de las ya analizadas Consejerías de Turismo en el exterior, el Ministerio con competencias en materia educativa (en la actual estructura ministerial, el Ministerio de Educación y Formación Profesional) cuenta con una red administrativa en terceros países, que, integrada orgánicamente en las Embajadas o Representaciones Permanentes de España, desempeña un amplio conjunto de acciones, incluida la prestación directa del servicio educativo reglado en países como el Reino Unido, Marruecos, Francia o Colombia, entre otros³⁴. Esta red se basa en las Consejerías de Educación, reguladas estas en el Real Decreto 1138/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Administración del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte en el exterior. En ellas aparecen tres figuras que, de acuerdo con el propio Real Decreto, son puestos de trabajo incluidos en las respectivas relaciones de trabajo cuya provisión se produce a través de un procedimiento de libre designación. Son los puestos de Consejero, Agregado y Secretario General.

El Capítulo II del Real Decreto 1138/2002 regula las funciones atribuidas a dichos puestos y los requisitos que se añaden para su forma de provisión. En

34 El alcance de estas competencias se sostiene por la reserva competencial a favor de la Administración General del Estado de la educación exterior, en los términos del artículo 149.1.3^a, relativa a las relaciones internacionales, como por lo establecido en el artículo 149.1.3^a, que atribuye competencias para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos, así como normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución. La competencia concreta ha de encontrarse en el artículo 107.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Es por ello que al célebre “territorio MEC”, en referencia a los centros educativos de Ceuta y Melilla, que siguen dependiendo de las autoridades educativas estatales, hay que añadir los centros educativos en el exterior.

relación a los Consejeros de Educación, se establece que serán nombrados y cesados por el titular del Ministerio de Educación y Formación Profesional³⁵, “oído el Ministerio de Asuntos Exteriores³⁶”, de entre aquellos funcionarios de carrera que pertenezcan a Cuerpos o Escalas del actual Subgrupo A1, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos para “*poder ser destinado*”: 1- Estar en situación de servicio activo (se entiende, en el momento inmediatamente anterior al nombramiento, ya que se hace referencia a la posibilidad de ser destinado, no al momento de la solicitud), 2- no haber ocupado un puesto de Consejero de Educación en un plazo mínimo de tres años con anterioridad a la fecha de la convocatoria (de nuevo, un principio limitativo para fomentar el carácter rotatorio de los puestos), 3- acreditar el conocimiento suficiente del idioma o idiomas necesarios para el desempeño del puesto y, lo más llamativo, una antigüedad de tres años en el cuerpo al que pertenezca, si se trata de funcionarios docentes, o, para otro tipo de funcionarios, haber prestado servicios durante el mismo período de tiempo en puestos dependientes del (entonces) Ministerio de Educación, Cultura y Deporte o de las Consejerías con competencias análogas en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

Este último es, sin duda, el requisito más característico de la fórmula de provisión de estos puestos, ya que limita efectivamente el acceso a estos puestos con dos criterios: la mera antigüedad para los funcionarios docentes, en toda su diversidad, pero una antigüedad vinculada a determinados puestos para aquellos funcionarios no docentes. En términos de mérito y capacidad, no obstante, el requisito está alejado de las funciones a desempeñar ya que, imaginemos,

35 En la actualidad, de acuerdo con el Real Decreto 498/2020, de 28 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Educación y Formación Profesional, las convocatorias de libre designación las lleva a cabo el Subsecretario de dicho departamento ministerial.

36 Esta atribución genérica al entonces Ministerio de Asuntos Exteriores tiene difícil articulación por sí misma, ante la ausencia de mención concreta al órgano al que tal solicitud de escucha, previa al nombramiento, debe dirigirse. No obstante, y dado el reparto de competencias entre los órganos del actual Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 644/2020, de 7 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, y se modifica el Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, el órgano al que tal cuestión debería dirigirse, por ser el competente en materia de gestión del personal en el exterior, consideramos que debería ser la Dirección General del Servicio Exterior.

haber ocupado puestos de trabajo el, por ejemplo, la Subdirección General de la Oficialía Mayor o en la Subdirección General de Museos Estatales del entonces Ministerio de Educación, Cultura y Deporte habilitaría el cumplimiento del requisito, a pesar de que, más que probablemente, el desempeño en esos puestos tenga poco o nada que ver con el que se predica de los puestos de Consejero de Educación, mientras que haber sido, durante un tiempo análogo, responsable de una Subdirección General de Relaciones Internacionales en otro Departamento Ministerial o, aun de forma más evidente, haber sido Consejero de Turismo en el exterior, no permitiría cumplir con el requisito, por más que las funciones desempeñadas en dichos puestos sí tienen mucho (muchísimo, en el último caso) que ver con las que se espera que un Consejero en el Exterior desarrolle.

La segunda de las figuras que reconoce el Real Decreto 1138/2002 es la de los Agregados, que dependen del Consejero y serán nombrados y cesarán por el mismo procedimiento establecido para los Consejeros, cumpliendo con los mismos requisitos que para estos, con la salvedad de que el período de vacancia de 3 años entre un puesto y otro debe entenderse referenciado a un puesto análogo anterior, esto es, otro puesto de Agregado.

La tercera de las figuras en relación a la Administración educativa en el exterior es la de los Secretarios Generales, que el artículo 8 del Real Decreto 1138/2002 reconoce como los responsables de la gestión económica y de la coordinación de los servicios administrativos de la Consejería, bajo dirección del Consejero. En este caso, se reconoce de forma expresa que su nombramiento se llevará a cabo mediante el procedimiento de libre designación, pero sin cumplir los requisitos que se configuran para acceder al puesto de Consejero (y, por extensión, al de Agregado), salvo el hecho de no haber desempeñado, en los tres años anteriores, otro puesto de Secretario general de la misma u otra Consejería de Educación. El elemento distintivo de esta figura, que comparte con la de los Agregados, es la de no estar vedado su acceso a funcionarios de carrera pertenecientes a Cuerpos o Escalas del Subgrupo A1, ya que, en la actual relación de puestos de trabajo del Ministerio de Educación y Formación Profesional, puede verse que, de acuerdo al nivel de estos puestos (niveles 26 o 24), se ha optado

por una adscripción indistinta a los dos Subgrupos del Grupo A, esto es, a funcionarios de carrera de los Subgrupos A1 o A2.

El artículo 9 del Real Decreto citado da cierre al sistema al establecer un período máximo de permanencia en los puestos para las tres figuras anteriormente reseñadas: un máximo de cinco años, “sin perjuicio de las facultades de cese discrecional inherentes al procedimiento de libre designación establecido para los mismos”.

En nuestra opinión, el sistema de límites a la discrecionalidad del órgano convocante que se establece en este Real Decreto es susceptible de críticas prácticas de manera evidente. Si bien es cierto que añade requisitos objetivos, como por ejemplo los de carácter temporal, que limitan expresamente la facultad del órgano convocante para nombrar, el sistema se dota de una ostensible capacidad para favorecer a los funcionarios que ya se hayan, por decirlo así, introducido en el sistema de puestos en la Administración educativa en el exterior: de este modo, en aplicación de la regulación antes explicada, la inexistencia de relación previa con la Administración Educativa permite el nombramiento de un funcionario en, por ejemplo, un puesto de Secretario general de una de las Consejerías. Tras el período máximo de permanencia de cinco años ya contemplado, y teniendo en cuenta que la incompatibilidad para un nuevo nombramiento lo es solamente en relación a otro puesto de Secretario general, el mismo funcionario de carrera podrá ser nombrado en un puesto de Agregado y/o Consejero, siempre y cuando cumpla con los requisitos formales del puesto, y luego a la otra categoría de personal restante. Habrían pasado, por tanto, 15 años dedicados al servicio exterior educativo que, en tanto en ningún momento se establece período de permanencia en servicio en España, podría continuarse, siempre y cuando se respete el requisito de no ocupar consecutivamente el mismo tipo de puesto³⁷.

³⁷ Ha habido ejemplos en la práctica, perfectamente compatibles con la aplicación de estas normas.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como se ha visto, el régimen de la provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas se encuentra, diríamos que necesariamente, en una continua búsqueda de un equilibrio entre dos fuerzas centrípetas, el mantenimiento del derecho a la carrera de los funcionarios y las capacidades organizativas y jerárquicas de la organización pública correspondiente, que son difíciles de conjugar. Estas dos cuestiones son evidentes ya desde el propio texto constitucional, ya que las menciones del artículo 103.3 de nuestro texto constitucional tienen que conjugarse con el reconocimiento, explícito y connatural a los sistemas político-constitucionales de la Europa posterior a la Segunda Guerra Mundial, del marco de la dirección gubernamental a la que está sometida la Administración Pública de acuerdo con el artículo 97 de la Constitución. De ahí que, en nuestra opinión, esta tensión va a seguir vigente, y, dada su imposible resolución en un sentido u otro, lo que debe pretender el ordenamiento jurídico es incorporar mecanismos que permitan que las derivadas de ambos extremos sean compatibles y puedan gestionarse adecuadamente, en aras al interés público y el rol vicarial que tienen las Administraciones Públicas.

La modernización que ha conllevado (al menos en lo estético) la evolución del derecho de la función pública en nuestro país desde la Ley de 1984 ha mantenido la vitalidad de la institución de la libre designación, sin que el legislador, pudiendo hacerlo, haya establecido límites claros en el ejercicio de su poder regulador, quizá por una consciencia de que el sistema, tendente a la rigidez por la apuesta del constituyente por un predominio de la condición funcional de acuerdo con la STC 99/1987, necesite mecanismos de flexibilidad a los que pueda recurrirse, que consideramos necesario. El problema, como en tantas ocasiones, será encontrar la situación en la cual la libre designación funcione con arreglo a unas normas lo suficientemente claras como para permitir su adecuado control, y la figura se encuentre lo suficientemente acotada como para que su uso sea moderado, lo que, como se ha visto, ha sido una labor de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo.

No puede desconocerse, en este sentido, que las Administraciones Públicas deben procurarse una capa dirigente que lidere los grupos de trabajo y organice la gestión de las políticas públicas bajo el poder de dirección política, y pretender que los directivos públicos gestionen las organizaciones sin poder disponer sobre parte de su personal es renunciar a uno de los instrumentos esenciales del principio jerárquico de la organización administrativa³⁸, ni que las Administraciones Públicas, también en otros campos de su actuación, actúan conforme a potestades de naturaleza discrecional que, con arreglo a los principios necesarios en la legislación administrativa, perfilan los límites de la actuación sin desapoderarlas de esta posibilidad de elección.

De ahí que lo relevante sea aprovechar, bajo el principio de contención institucional, los límites que pueden encontrarse para establecer mecanismos que contribuyan a, al menos, hacer que la decisión discrecional se encuentre lo mejor informada posible (sin sacrificar su agilidad) y que luego pueda ser controlada en sus elementos reglados. Algo que, como se ha visto, determinadas Administraciones Públicas han explorado por diversas vías, y se ha añadido a los mandatos básicos que la legislación y su normativa de desarrollo establece. A lo largo del texto, además, se ha apuntado alguna otra vía para conseguirlo, lo que, en nuestra opinión, no solo contribuye a desarrollar en términos de gestión administrativa el espíritu de lo que la jurisprudencia ha ido señalando, sino que permitiría, a la vez, un refuerzo de las capacidades administrativas para cumplir con el necesario principio de eficacia y otorgar legitimidad a unos procesos de selección cuestionados, en muchas ocasiones, por los funcionarios de carrera.

El futuro pasa, siguiendo a QUESADA LUMBREERAS, por dar el salto hacia la profesionalización de la esfera directiva en las Administraciones Públicas, tendencia a la que parecía aproximarse el TREBEP en su redacción original, al reconocer en su articulado la presencia del personal directivo, mediante el establecimiento de un régimen jurídico propio que, aventuramos, sustituiría, en todo o en parte, a los actuales puestos consignados en las relaciones de puestos

38 Juan Lorenzo de Membiela, *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*. (Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2005), 550-551.

de trabajo para su cobertura mediante el mecanismo que hemos analizado³⁹, bajo la base de unos mecanismos competitivos en los, a los necesarios principios de igualdad, mérito y capacidad se añadan otros relacionados con las destrezas, conocimientos y habilidades para gestionar la gestión pública, con posibilidad de evaluación y mediante la definición de unos resultados, que dote de estabilidad a la función a la par que de los adecuados controles.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arenilla Sáez, Manuel y Delgado Ramos, David. “Una nueva función pública que fortalezca la confianza en las instituciones públicas”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 16, (2019): 35-53.
- Areses Vidal, Xose; Blanco Gaztañaga, Carmen; Colmenares Soto, Pedro; Fernández Palomares, Eduardo; Gallego Torres, Ana; Gómez de Villalobos, Gonzalo; Íñiguez Hernández, Sancho; Labrada Tellado, María Luz; Mapelli Marchena, Clara; Pastor Sainz-Pardo, Israel y Souto Alonso, Jorge. *Nuevos tiempos para la función pública: propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del Estado*. Madrid: INAP, 2017.
- Castillo Blanco, Federico. “Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?”. *Documentación Administrativa*, nº 7, (2020): 8-32.
- Escuín Palop, Vicente. “Cuerpos de funcionarios y Ley de Medidas de reforma de la Función Pública”. *Revista española de derecho Administrativo*, nº 48, (1985): 497- 506.
- Gil Celedonio, José Antonio. “Racionalidad jurídica y dispersión normativa: notas sobre el actual régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, nº 31, (2014): 225-238.
- Gil Cremades, Rafael. “Un giro jurisprudencial histórico: el Tribunal Supremo abandona su doctrina de que en la función pública administrativa no hay que justificar los nombramientos para puestos de libre designación”. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 99-100 (2014): 1547-1576.

39 Javier Eduardo Quesada Lumbreras, *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*, (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 154 y ss.

- Lorenzo de Membiela y Juan Bautista. *El acceso y la provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2005.
- Olías de Lima, Blanca. *La nueva gestión pública*. Madrid: Prentice Hall, 2001.
- Palomar Olmeda, Alberto. “Provisión de puestos de trabajo y movilidad” en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, dirigido por Miguel Sánchez Morón. 478-505. Valladolid: Lex Nova, 2007.
- Parada, Ramón y Fuentetaja, Jesús Ángel. *Derecho de la Función Pública*. Madrid: Civitas-Thompson Reuters, 2019.
- Quesada Lumbreras, Javier Eduardo. “La articulación de la carrera profesional en clave organizativa” En *Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el bienestar*, dirigido por Federico Castillo Blanco. 191-231. Madrid: Iustel, 2017.
- Quesada Lumbreras, Javier Eduardo. *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- Román Masedo, Laura. “La politización de la administración pública. El concepto y su aplicación al caso de la Administración General del Estado”. En *La Administración Pública entre dos siglos: homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, coordinado por Manuel Arenilla Sáenz. 837-859. Madrid: INAP, 2010.
- Sánchez Morón, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. Madrid: Tecnos, 2020.
- Sánchez Morón, Miguel. “Libre designación y libre cese en la Función Pública: los límites de la discrecionalidad”. *Revista de Administración Pública*, (2020): 11-35.

JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO

Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado

Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

josea.gilceledonio@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-4564-6481>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.511>

PRINCIPALES PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES EN LA
RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE TRABAJADORES CON
DISCAPACIDAD QUE TRABAJAN EN CENTROS
ESPECIALES DE EMPLEO¹

*MAIN JURISPRUDENTIAL ISSUES OF THE SPECIAL
EMPLOYMENT RELATIONSHIP OF WORKERS WITH
DISABILITIES WHO WORK IN SPECIAL
EMPLOYMENT CENTERS*

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ²

Universidad de Huelva

Recibido: 27/07/2021 Aceptado: 29/10/2021

RESUMEN

El presente trabajo analiza los diferentes problemas jurisprudenciales que se han venido produciendo en el marco de la relación laboral especial de los discapacitados que trabajan en centros especiales de empleo. Especialmente se centra en el estudio del

1 Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto P18-RT-4629, “Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva”.

2 Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva; Consejero del Consejo Consultivo de Andalucía. Autor prolífico, especializado en la extinción del contrato de trabajo, la flexibilidad en la negociación colectiva, la protección de la maternidad y el régimen jurídico del tiempo de trabajo y del descanso.

período de adaptación, el convenio colectivo aplicable y la subrogación de trabajadores en caso de sucesión de contratas.

Palabras clave: Trabajadores discapacitados, centros especiales de empleo, jurisprudencia, subrogación de trabajadores en caso de sucesión de contratas, convenio colectivo.

ABSTRACT

This paper analyzes the different jurisprudential problems that have been occurring within the framework of the special employment relationship of the disabled who work in special employment centers. It especially focuses on the study of the adaptation period, the applicable collective agreement and subrogation of workers in case of succession of contracts.

Keywords: Disabled workers, special employment centers, jurisprudence, subrogation of workers in case of succession of contracts, collective agreement.

Sumario: 1. Sobre la especialidad de la relación laboral. 2. El papel de los equipos multiprofesionales: una relación pretendidamente intervenida. 3. Modalidades contractuales en la relación laboral especial: la contratación temporal de fomento de empleo. 4. Período de adaptación y de prueba. 5. Convenio colectivo aplicable a los trabajadores discapacitados. 6. El problema de la subrogación empresarial.

1. SOBRE LA ESPECIALIDAD DE LA RELACIÓN LABORAL

La calificación como relación laboral especial la de los discapacitados que trabajan en centros especiales de empleo tiene como principal consecuencia la existencia de un régimen jurídico laboral propio, separado y distinto del ordenamiento laboral común. Por lo tanto, supone una especialidad normativa de gran relevancia³. El objetivo de este trabajo es señalar donde se han producido

3 En la actualidad la regulación se contiene en el art. 2.1 g) ET, así como en el RD 1368/195, de 17 de julio y el RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (vid. arts. 37.2 y 43 especialmente).

los principales problemas jurisprudenciales al aplicar esta regulación especial; ahora bien, antes de pasar a este análisis hay que hacer una reflexión previa: ¿qué justifica la existencia de esta concreta relación laboral especial?; es decir, debemos señalar qué ha llevado al legislador a considerar que en este caso en concreto debe otorgarse la consideración de relación laboral especial, merecedora, por tanto, de una regulación específica y propia. No me refiero a cuáles sean las especialidades propias de esta regulación, que serán en su caso elementos caracterizadores de la misma, sino cuáles son los elementos previos que hacen surgir la necesidad de una regulación propia y específica de estas relaciones laborales.

Existe una opinión generalizada entre la doctrina a tenor de la cual la especialidad se explica en función de los sujetos que integran la relación laboral, empresario y trabajador⁴. De un lado, las personas con discapacidad; es decir, aquella situación “que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 2.a) del RD-Legislativo 1/2013). En realidad, no toda persona aquejada de una discapacidad puede ser parte de esta relación laboral especial: en primer lugar, el art. 2 RD 1368/1985 establece que sólo podrán acceder a la relación laboral especial allí regulada, las personas que tengan una discapacidad “en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje”. Por lo tanto, para acceder a este tipo de relación laboral es necesario que acredite un grado mínimo de discapacidad, el 33%, que además suponga una disminución de su capacidad para el trabajo en, al menos, igual porcentaje. Se reserva esta relación sólo para aquellos que, debido a su discapacidad sufren una disminución relevante en su capacidad de trabajo, por lo que existe una

4 Vid. en este sentido a Manuel Álvarez de la Rosa, “La regulación especial del trabajo de los minusválidos (y II)”, *Relaciones Laborales* Tomo I (1987): 234; Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 301; Carolina Gala Durán, “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo”, *Temas Laborales*, 55 (2020): 78; Eva Garrido Pérez, *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 22 y 23.

mayor dificultad para acceder a un puesto de trabajo; estimando el legislador que aquellos que se encuentra con un porcentaje inferior al 33%, pueden acceder a una relación de trabajo ordinaria dada su escasa limitación laboral.

Pero no todo discapacitado que alcance dicho porcentaje accederá a una relación laboral de carácter especial, pues sólo estamos en el ámbito de este tipo de relación cuando el discapacitado que cumple con este requisito contrata con un CEE⁵. Es decir, es perfectamente posible que un trabajador con una acreditación de discapacidad superior al 33% pueda ser contratado por una empresa ordinaria a través de cualquiera de las modalidades contractuales existentes en nuestro ordenamiento.

En la actualidad es el art. 43 del RD-Legislativo 1/2013 quien define al CEE, configurándolo como un empleador cuyo objetivo es realizar una actividad productiva y participar en el mercado de bienes y servicios como cualquier otra empresa (en definitiva, tiene como objetivo la realización de actividades lucrativas), pero que además tiene también como finalidad facilitar el empleo remunerado a los discapacitados como medio de inclusión en el empleo ordinario; es decir, emplear personas con discapacidad para prepararlas para un posterior acceso al mercado ordinario de trabajo y para un empleo de carácter ordinario y no protegido como es el empleo en CEE. Para este segundo fin, los CEE deben prestar los servicios de ajuste personal y social a estos trabajadores para superar las barreras o dificultades que los discapacitados encuentren en el proceso de incorporación al trabajo, puedan permanecer y progresar en el empleo. En definitiva, el CEE tiene una doble función: en primer lugar, la de cualquier empresa productiva; además tiene una finalidad de servir como medio de adaptación inicial del discapacitado al empleo con miras a conseguir el salto a un empleo ordinario posterior, sirviendo así de “trampolín”⁶ para acercar a estas personas al empleo

5 En este sentido el art. 2 RD 1368/1985 añade que el ámbito de la relación laboral especial afecta a los trabajadores con al menos un 33% de discapacidad, que “presten sus servicios laborales por cuenta y dentro de la organización de los Centros Especiales de Empleo (...)”.

6 María Dolores García Valverde y Rosa María González de Patto utilizan el término “pasarela”, que también define a la perfección el objetivo de estos Centros Especiales de Empleo. “Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad”, *Temas Laborales* 75 (2004): 85 y 86.

ordinario. Se trata de un instrumento de política de empleo establecido por el legislador ante las escasas posibilidades de empleo de las personas con discapacidad. Por lo tanto, la causa misma del contrato de trabajo es doble, pues de un lado tiene finalidad productiva; de otro contiene una finalidad de inserción en el mercado de trabajo, lo que está sustentado sobre la propia Constitución en sus arts. 35, 40 y 49. Otra cuestión distinta es si este mecanismo ha servido realmente para lograr el objetivo deseado, pues debemos reconocer que ese tránsito hacia el empleo ordinario no es frecuente y que estos trabajadores suelen estabilizarse en los CEE⁷.

Prueba de que la finalidad última de estos CEE es facilitar el acceso al empleo ordinario de los discapacitados es que el art. 43.2 del RD-Legislativo 1/2013 exige que los CEE incorporen al mayor número posible de personas con discapacidad, sin que la plantilla de la empresa pueda tener un número de discapacitados inferior al 70% del total de los trabajadores que cumplen con la acreditación del porcentaje mínimo de discapacidad.

En conclusión, la justificación de la especialidad de esta relación laboral es doble: la discapacidad y disminución de capacidad para trabajar y que la causa del contrato no es meramente productiva sino que tiene como finalidad la inserción laboral⁸. A partir de ahí el legislador ha previsto diferentes peculiaridades de esta relación laboral, que son consecuencia de dicha especialidad.

7 Así lo advertía ya Antonio Vicente Sempere Navarro, “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”, *Tribuna Social* 91 (1998): 69.

8 María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los Centros Especiales de Empleo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 118 (2015): 202; Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 301; Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, “La relación laboral especial de los minusválidos”, *Tribuna Social* 91 (1998): 41; Carolina Gala Durán, “La relación laboral de carácter especial...”, 78; Pedro Tuset del Pino, *La contratación de trabajadores minusválidos* (Pamplona: Aranzadi, 2000), 148.

2. EL PAPEL DE LOS EQUIPOS MULTIPROFESIONALES: UNA RELACIÓN PRETENDIDAMENTE INTERVENIDA

Si en esta relación laboral especial existe un elemento que la haga sustancialmente diferente al ordenamiento laboral común e incluso al resto de relaciones laborales especiales es la figura de los equipos multiprofesionales (EEMM o EM en singular) y el relevante papel que se le otorga por el RD 1368/1985. Un primer problema que vamos a encontrarnos es la delimitación de esta figura, pues no contamos con una norma que determine y precise qué son y cómo se configuran estos EEMM: el RD 1368/1985 acude a los mismos de manera reiterada, pero se limita a señalar cuáles son sus funciones sin definirlos⁹. Por otra parte, tanto la LISMI (Ley 13/1982, de 7 de abril), como el actualmente vigente RD-Ley 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (que deroga a la anterior) tampoco son muy precisas en cuanto a la

9 Salvo error u olvido, a tenor del RD 1368/1985, los EEMM están llamados a intervenir en:

- La determinación del grado de “minusvalía” (art. 2.1 y art. 4.1).
- Deben informar a las oficinas de empleo sobre los trabajadores que, encontrándose inscritos como demandantes de Empleo, se adecuen a las características del puesto de trabajo requerido (art. 4.2).
- Deben recibir copia del contrato de trabajo (art. 5)
- Deben revisar a los trabajadores cada dos años con el objetivo de constatar que el puesto de trabajo es adecuado a sus características personales y profesionales, valorando el grado de adaptación profesional alcanzado. Si en estas revisiones detectan que el trabajo supone un grave riesgo para su salud, deberán declarar la inadecuación del mismo, debiendo pasar en ese caso el trabajador a ocupar otro puesto adecuado a sus características dentro del propio Centro y de no ser ello posible cesarán en la prestación de servicios (art. 6). También debe realizar anualmente el seguimiento de la adecuación del trabajo a las características del trabajador en caso de contrato a domicilio (art. 7.3).
- Debe informar sobre: en el contrato para la formación, sobre la ampliación de la duración máxima del contrato, los contenidos formativos del contrato (art. 7.2). En el contrato a domicilio, sobre la adecuación del trabajo concreto a las características personales y profesionales del trabajador (art. 7.3), en los términos recogidos en el artículo 6 de este Real Decreto, especificando las repercusiones sobre la citada adecuación de la realización del trabajo a domicilio. Debe informar previamente a los ascensos (art. 11). También deben informar en caso de movilidad funcional o geográfica (art. 14), así como en la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 15). De igual manera debe informar en caso de amortización de puestos de trabajo por las causas del art. 51.1 ET (art. 16).
- Debe determinar la necesidad de período de adaptación (art. 10.2).
- En materia salarial los EEMM pueden impedir el uso de incentivos que, a su juicio, supongan un riesgo para la salud del trabajador o su integridad física o moral, deben constatar la circunstancia del bajo rendimiento para incluir en el contrato esta condición (art. 12).
- En materia de despido, además de tener que informar en las amortizaciones ex art. 51.1 ET, deben constatar en el despido objetivo la falta de adaptación del trabajador o la ineptitud (art. 16).

configuración de los EEMM, su constitución y como desarrollar sus concretas funciones.

Podemos decir que los EEMM asumen la función de vigilar que los discapacitados sean empleados en condiciones de trabajo adecuadas, supervisando de esta manera ciertas decisiones empresariales¹⁰. Tal como hemos señalado el RD 1368/1985 reserva un conjunto de funciones tremendamente relevantes. Su justificación reside en el tipo de trabajador y sus escasas posibilidades para encontrar un puesto de trabajo que tenga en consideración su especial situación, así como su vulnerabilidad en cuanto a las posibles condiciones de trabajo. Ello supone una limitación tanto al libre juego de la autonomía individual de las partes, como de las facultades directivas del empresario. Es por ello que la doctrina laboral no ha dudado en considerar que estamos ante una relación intervenida por un sujeto público, los EEMM¹¹; o se ha considerado que buena parte del éxito de este tipo de relación laboral especial depende de la existencia de estos EEMM¹².

Como he señalado el legislador no ha desarrollado en modo alguno este tipo de órgano, sin que exista, a día de hoy regulación sobre su constitución, funcionamiento, composición, o adscripción administrativa., de manera que los EEMM diseñados en el RD 1368/1985 son una concha vacía. Esta norma reglamentaria sólo prevé sobre la cuestión que “En tanto se regule la constitución y funcionamiento de los Equipos Multiprofesionales, serán las actuales Unidades de Valoración las que asuman las funciones que en el presente Real Decreto se encomienda a aquéllos” (Disp. Trans. 2^a). No obstante, las Unidades de Valoración (se refiere realmente a las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades) tampoco existen hoy día, pues en su momento fueron sustituidas por los

10 En este sentido Ricardo Esteban Legarreta, “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico”, en AA.VV., dirigidos por R. Esteban Legarreta y F. Pérez de los Cobos, *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 82.

11 Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 342; también Antonio Vicente Semperre Navarro, “El trabajo de los minusválidos...”, 69.

12 María Dolores García Valverde y Rosa María González de Patto, “Discapacidad y trabajo...”, 86.

Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI), sin que se haya establecido norma alguna en el sentido de que estos últimos tuvieran que asumir las funciones de los EEMM. La doctrina laboral ha planteado alternativas en el sentido de estimar que han de ser los Equipos de Valoración y Orientación del IMSERSO o bien los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas¹³.

Existe, pues, una importante dosis de inseguridad jurídica que afecta a aspectos esenciales, por lo que surge la duda de cuál es la incidencia que puede tener la inexistencia de estos órganos; si ello supone la paralización o la imposibilidad de acudir a mecanismos jurídicos regulados en la relación laboral especial que son trascendentales o de gran relevancia. Por ejemplo, el art. 10.2 del RD 1368/1985 señala que “La necesidad de que el trabajador minusválido pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el equipo multiprofesional”. Si este no existe, ¿es válido el período de adaptación que se haya establecido sin su intervención? Para responder a esta concreta cuestión podemos acudir a la STS de 24 de diciembre de 2001¹⁴. La empresa recurrente señalaba que los EEMM no estaban operativos, pues no se había desarrollado normativamente esta figura, por lo que estimaba la validez del período de adaptación. Sin embargo, la sentencia rechaza esta argumentación en base a los siguientes argumentos: 1) El RD 1368/1985 otorga una enorme importancia a los EEMM, “hasta el punto de que tal intervención se configura como una pieza clave de tal regulación (...) De todo esto se infiere que (...) no puede prescindirse de la actuación de los Equipos Multiprofesionales o del organismo que haga sus veces (...)”. 2) Pese a la falta de desarrollo normativo (en el momento de la sentencia habían transcurrido 16 años, hoy 36 años), considera que la exigencia de la intervención sigue totalmente en vigor y con plena operatividad, como lo demuestra que las reformas del RD 1368/1085 no hayan eliminado esta figura; más aún, la Dips. Trans. establece que sean las UVMI quienes asuman estas funciones en tanto no se regulen los EEMM, y, si bien las UVMI han desaparecido, estas han sido sustituidas por los EVI que tienen

¹³ Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 344 y 345; también Pedro Tuset del Pino, *La contratación...*, 175 y 176.

¹⁴ RJ\2002\2078.

funciones similares a las UVMI; es decir, considera que los EVI son los sucesores naturales de la UVMI y que asumen las funciones de los EEMM¹⁵. Por lo tanto, la respuesta que da la sentencia es la de estimar que la exigencia de la intervención de los EEMM sigue en vigor, siendo sustituidos en sus funciones, mientras se regulan, por los EVI.

En todo caso, la argumentación del TS (mantenimiento de la exigencia de los EEMM y asunción de funciones por los EVI) presenta un problema: que al no existir norma alguna por la que se imponga claramente a los EVI estas funciones, estos órganos pueden rechazar las solicitudes de intervención que formulen los empresarios, generando así una importante situación de inseguridad jurídica. Esta situación la podemos detectar en la STS de 23 de junio de 2020¹⁶, que planteaba un supuesto de hecho de despido objetivo de trabajador discapacitado en base a causas del art. 51.1 ET, situación en la que según el art. 16.2 c) es “necesario en todo caso el informe del equipo multiprofesional”. Pues bien, en este caso (y al margen de la resolución final del problema, que abordaremos posteriormente), se pone de manifiesto que la empresa se dirigió en primer lugar al Centro de Orientación y Valoración de Personas con Discapacidad dependiente de la Comunidad Autónoma, para la emisión del informe, respondiendo “que desconocían cualquier extremo relacionado con el tema”; dirigiéndose a continuación al EVI del INSS con idéntico objetivo de emisión del informe previsto por el art. 16.2 c) RD 1368/1985, contestando “que no podían acceder a la petición formulada, archivando el escrito remitido, por no tratarse de materia de su competencia”.

En definitiva, es absolutamente evidente que se requiere la intervención del poder reglamentario para determinar de una vez (36 años después), qué órgano asume estas competencias y se le dote de los medios necesarios para el correcto

15 Tal como señala esta sentencia, “es obligado interpretar la disposición transitoria de este RD 1368/1985 en el sentido de que, a partir de la vigencia del Decreto 1300/1995, los organismos que asumen las funciones de los EEMM que aquél regula, son los mencionados Equipos de Valoración de Incapacidades”.

16 RJ\2020\2609.

desarrollo de estas funciones. Lógicamente, siempre que se quiera mantener la intervención pública en esta relación laboral especial.

3. MODALIDADES CONTRACTUALES EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DE FOMENTO DE EMPLEO

El art. 7.1 del RD 1368/1985 establece que las relaciones laborales entre trabajador y CEE “podrán ajustarse a cualquiera de las modalidades del contrato de trabajo previstas en el Estatuto de los Trabajadores”. A continuación este precepto establece diversas especialidades en caso de contratos para la formación y contratos a domicilio. Por lo tanto, a tenor de esta literalidad, puede acudir a cualquier modalidad contractual, ... ¿o no? La duda viene provocada por la propia literalidad de este art. 7.1, pues se remite a cualquiera de las modalidades contractuales, pero del ET; es decir, no afecta a otras modalidades del ordenamiento laboral cuya regulación es externa al ET.

Debemos, pues, plantearnos si esta interpretación literal de la norma es la adecuada o, por el contrario, puede plantearse una interpretación más abierta, a tenor de la cual se estime aceptable no ya cualquier modalidad del ET, sino cualquier modalidad prevista por el ordenamiento laboral, ampliando así las posibilidades de la contratación.

Esta cuestión se ha planteado a la luz de la contratación por CEE de discapacitados a través de la modalidad de temporal de fomento del empleo, una modalidad que, como es bien sabido no es habitual en nuestro ordenamiento, que ha venido desde hace tiempo fomentando el empleo estable y no meramente temporal. Esta es una modalidad que ha sufrido un enorme descrédito, no obstante, sigue existiendo la posibilidad de acudir a la contratación temporal de fomento en el caso de trabajadores discapacitados (además de otros colectivos con especial dificultad para acceder al mercado de trabajo), justificándose en la necesidad de generar empleo para colectivos con una especial dificultad para acceder a los mismos. Especial relevancia tiene la Disp. Adic. 1^a de esta Ley 43/2006, que regula el contrato temporal de fomento del empleo para personas

con discapacidad, a través del cual las empresas (sin distinción alguna entre las mismas) pueden contratarse trabajadores con un grado de discapacidad igual o superior al 33% durante un período de entre doce meses a tres años, sin exigirse que haya una necesidad productiva de carácter temporal (es una modalidad contractual temporal no causal).

Esta modalidad contractual es externa al ET, por lo que cabe preguntarse si, en virtud del art. 7.1 RD 1368/1985, estaría o no incluida dentro de las posibilidades de contratación que prevé dicho precepto. Si entendemos que este contrato temporal de fomento no es de las modalidades incluidas en el ET, los CEE no podrían utilizar este contrato. De otro lado, también debe tenerse en cuenta lo previsto por el art. 10.1 del RD 1368/1985, que establece cómo los contratos de trabajo pueden por tiempo indefinido o bien temporales y en este último caso se remite de manera expresa al art. 15 ET; lo que permite estimar que la contratación temporal en los CEE debe ser exclusivamente causal, por lo que se refuerza la idea que la contratación por estas empresas a través de la modalidad discutida sería fraudulenta.

De esta manera pueden encontrarse resoluciones de los TSJ contrarias a aceptar el uso de dicha modalidad y a considerar la extinción por agotamiento temporal como supuestos de despido improcedente, utilizando justamente los argumentos antes señalados¹⁷.

Sin embargo, creo que hay argumentos para dar la respuesta contraria y no sólo por el mero hecho de que es conveniente explorar vías de contratación no habituales cuando la realidad del mercado de trabajo es el rechazo a la contratación de personas con discapacidad. Así, en primer lugar, entiendo que la interpretación literal de los preceptos citados es compatible con esta conclusión: el art. 7.1 establece que puede acudir a cualquiera de las modalidades contractuales “previstas” por el ET, por lo tanto, no hace falta que se regule dicha modalidad por el ET, sino simplemente que se prevea por esta regulación legal.

¹⁷ Vid. así las SSTSJ de Madrid de 2 de febrero de 2001, PROV 2001/13409 y Valencia de 12 de marzo de 2003, AS 2003\3285.

Pues bien, el art. 17.3 ET establece que el Gobierno podrá “regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tenga por objeto facilitar la colocación de trabajadores demandantes de empleo” (primer párrafo). Igualmente este precepto prevé que el Gobierno podrá regular “otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades especiales para acceder al empleo” (segundo párrafo). Por lo tanto, existe una base normativa para establecer mecanismos que pueden consistir, como en este caso, en utilizar la contratación temporal sin causa como medida de fomento del empleo. Ciertamente, el párrafo tercero de este mismo precepto señala que las medidas en cuestión “se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable”; ahora bien, tal como señala la norma, no se impone la contratación indefinida como única posibilidad, pues esta actuación sólo es “prioritaria” y no exclusiva. En conclusión, es posible interpretar que la actual regulación del contrato temporal de fomento del empleo de personas discapacitadas entra dentro del ámbito previsto por el art. 7.1 RD 1368/1985.

De otro lado, podemos señalar resoluciones que ante la literalidad del art. 10.1 RD 1368/1985 entendían que esta norma, al remitirse al art. 15 ET, lo estaba haciendo a la versión de este precepto existente en el momento de aprobación de ese RD; es decir, bien la versión original del art. 15 (Ley 8/1980) o la posterior reforma introducida por la Ley 32/1984: en ambos casos bien el art. 15.1 d) o el art. 15.2 respectivamente regulaban la contratación temporal en atención a las circunstancias recogidas en el art. 17.3 ET que en aquellos momentos (al igual que hoy) admitía las especialidades en materia de “reserva, duración o preferencia” destinadas a fomentar el empleo de colectivos con difícil acceso al mercado de trabajo, señalándose expresamente a quienes tenían la “capacidad laboral disminuida”¹⁸. Todo ello, amén de argumentar que los contratos se realizaban de conformidad a los programas de fomento del empleo regulados legal y reglamentariamente, por lo que no cabía fraude al acudir a esta vía de contratación¹⁹.

18 Vid. STSJ de Andalucía de 20 de septiembre de 2004, AS\2005\319.

19 Vid. SSTSJ De Andalucía de 8 de febrero de 2002, JUR2002\113830; Galicia de 25 de septiembre de 2002, JUR\2002\230153; Cataluña de 13 de marzo de 2003, JUR\2003\129859; Canarias de 27 de noviembre de 2003, AS\2003\4020.

La polémica comienza a resolverse a través de la STSJ de 15 de junio de 2005²⁰, que estima la viabilidad de la contratación de fomento temporal de empleo dentro de los CEE, entendiendo, justamente, que la remisión que realiza el art. 10.1 RD 1368/1985 al art. 15 ET se efectúa en un momento en el que este último precepto recogía dentro de las modalidades de contratación temporal la posibilidad de contratos temporales de fomento destinados a colectivos con gran dificultad de acceso al mercado de trabajo, gracias a su remisión al art. 17.3 ET. Era, por tanto, perfectamente lícito el programa de fomento de empleo que se plasmó en la Ley 42/1994 que contenía esta modalidad de empleo temporal para personas con discapacidad; posibilidad que se había mantenido vigente a través de diferentes normas legales posteriores. De esta manera, el contrato era perfectamente válido, aun cuando en el momento de realizarse la contratación, no estaba incluido dentro del art. 15 ET. Esta doctrina se considera adecuada por el TS a través de sus SSTS de 14 de julio de 2006²¹ y 11 de octubre de 2006²² que citaban literalmente a la anterior, utilizando idénticos argumentos²³.

Más recientemente se aborda la cuestión por la STS de 14 de mayo de 2020²⁴, a tenor de la cual, si bien no se trata de una modalidad expresamente regulada por el ET, lo cierto es que esta misma regulación legal prevé (art. 17 ET) la posibilidad de una normativa específica destinada al fomento de la contratación de personas con discapacidad²⁵. Es por ello que ante la finalización del

20 RJ\2005\6954.

21 RJ\2006\8758.

22 RJ\2007\200.

23 Además, la última de estas dos sentencias añadía otro argumento: que la regulación del programa de empleo de discapacitados por la Ley 42/1994 es una regulación legal y posterior al RD 1368/1985, por lo que ha de imponerse la norma posterior y de mayor jerarquía: “La sentencia recurrida ha infringido, pues, las normas en las que la parte recurrente fundamentó su recurso pues, como se ha dicho antes, el art. 44 de la Ley 42/1994, norma posterior y de mayor jerarquía que el reglamento de 1985, dictada al amparo del art. 17.3 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 según redacción de 1985, estableció como medidas incentivadoras de la contratación de minusválidos el contrato temporal de estos”. Los TSJ han asumido, lógicamente, este planteamiento; así las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 8 de octubre de 2008, AS\2008\3190; Cataluña de 7 de febrero de 2014, AS\2014\693; Aragón de 31 de octubre de 2019, AS\2020\416; Andalucía de 11 de marzo de 2020, JUR\2020\212177.

24 RJ\2020\1715.

25 Téngase en cuenta al respecto, que la Disp. Adic. 1ª de la Ley 43/2006, que regula actualmente el contrato temporal de fomento del empleo de personas con discapacidad, se remite también expresamente al art. 17.3 ET.

contrato por agotamiento de su duración no estamos ante un despido que debiera calificarse como improcedente, sino ante una extinción ordinaria regulada por el art. 49.1 c) ET²⁶.

Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto que la propia literalidad de la regulación del contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad (Disp. Adic. 1ª Ley 43/2006) extiende esta posibilidad de contratación a cualquier tipo de empresa, no en vano su primer apartado señala que las empresas podrán contratar a través de esta modalidad “cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas”, expresión con la que se extiende esta posibilidad a cualquier empresas con independencia de su naturaleza²⁷. Más aún, encontramos otro sólido argumento para favorecer el uso de los CEE de esta modalidad contractual en la Ley 43/2006: su Disp. Adic. 8ª²⁸ establece una norma que ya hemos contemplado en el RD 1368/1985: la libertad de elección de la modalidad contractual, pudiendo acudir las partes a cualquiera de las reguladas. Es la versión, más moderna, del art. 7.1 del RD 1368/1985 que ha generado el problema interpretativo que intentamos resolver. Ahora bien, esta Disp. Adic. si bien establece el mismo principio de libertad de elección de la modalidad contractual, no se remite solo a las reguladas por el ET, sino que se refiere a cualquiera de las

26 “La aplicación de la anterior doctrina al caso que examinamos implica reconocer que la doctrina correcta se encuentra en la sentencia referencial. En efecto, nos hallamos ante un supuesto en el que las partes han suscrito el contrato de fomento al empleo para trabajadores con discapacidad previsto en la DA 1ª de la Ley 43/2006, concurriendo en los contratantes todos los requisitos que establece la aludida disposición. En el contrato se pactó expresamente una duración de un año, cuyo transcurso, mediando la oportuna denuncia, determinó la válida extinción contractual que, en modo alguno puede considerarse como despido; ni siquiera por el hecho de que las partes en un anexo contractual establecieron la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 15 ET, en el artículo 3 del RD 2720/1998 y en el convenio de aplicación. Estando perfectamente establecida en el contrato su duración y siendo ésta permitida por la DA 1ª de la Ley 43/2006, la normativa supletoria no resulta aplicable por cuanto que nada hay que suplir en este punto al estar clara la modalidad contractual, la duración del contrato que encaja perfectamente en la norma que regula la modalidad y la extinción que -habiendo transcurrido el plazo pactado y mediada la oportuna denuncia- únicamente cabe calificar como válida extinción”.

27 En este sentido la STSJ de Aragón de 31 de octubre de 2019, AS\2020\416.

28 Establece este precepto la siguiente regulación: “Los contratos que conciernen los centros especiales de empleo con trabajadores con discapacidad a los que sea aplicable el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo, deberán ajustarse a cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral, de acuerdo con los requisitos establecidos en cada caso”.

modalidades de contratación previstas en la “legislación laboral”, lo que no deja duda alguna de la intención del legislador de evitar todo tipo de problema interpretativo como el que se nos ha planteado. En este sentido, no falta la opinión de quien estima que el art. 7.1 RD 1368/1985 está realmente modificado por la Disp. Adic. 8^a29.

En definitiva, a la luz de la actual jurisprudencia, cabe afirmar con rotundidad que es perfectamente posible que los CEE puedan acudir a la contratación de personas con discapacidad a través del contrato temporal de fomento de empleo regulado por la Disp. Adic. 1^a de la Ley 43/2006, sin que exista en nuestro ordenamiento ninguna matización expresa que excluya esta modalidad de contratación (como, por ejemplo, así ocurría en la redacción original del art. 7.1 RD 1368/1985 con el contrato de trabajo a domicilio)³⁰.

4. PERÍODO DE ADAPTACIÓN Y DE PRUEBA

Una de las peculiaridades que se establece en esta relación laboral especial es la existencia de un denominado “período de adaptación” que también es período de prueba. La cuestión se regular en el art. 10.2 del RD 1368/1985, precepto que plantea diversas dificultades interpretativas tal como vamos a ver a continuación.

Periodo de adaptación y período de prueba son dos instituciones diferentes. El período de adaptación tiene como finalidad, tal como señala el citado art. 10.2, facilitar la necesaria adaptación del discapacitado a la actividad laboral (el

29 Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 353 y 354.

30 La doctrina laboral se ha manifestado a favor de entender la viabilidad del contrato temporal de fomento de empleo en estas relaciones laborales especiales; en este sentido pueden verse, Belén Alonso García, “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *Tribuna Social* 91 (1998): 15; María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial...”, 209; Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 354 y ss. No obstante, en algún caso ha manifestado críticas a tan peculiar modalidad de contratación; así Josep María Fuste Miquela, “Contratación, extinción del contrato y subrogación contractual”, en AA.VV., *La aplicación del Derecho del Trabajado en los centros especiales de empleo*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 179; Eva Garrido Pérez, *El trabajo de los minusválidos...*, 80.

discapacitado sufre una disminución de la capacidad para el trabajo, de ahí la necesidad de realizar las adaptaciones necesarias), así como completar la formación necesaria para realizar el trabajo a desarrollar. Se trata de una finalidad diferente de la prevista por el art. 14 ET para el período de prueba, que tiene como objetivo fundamental permitir que el empresario constate o compruebe si la persona contratada cumple con las expectativas profesionales que han justificado su contratación y si está realmente capacitado para desarrollar el puesto de trabajo para el que ha sido contratado. Por lo tanto, estamos ante dos pactos contractuales diferentes, con objetivos o finalidades distintas.

Ahora bien, siendo dos realidades jurídicas distintas, el art. 10.2 RD 1368/1985 señala que el período de adaptación, “a su vez, tendrá el carácter de período de prueba”. Con ello se unen las dos instituciones jurídicas, de manera que al mismo tiempo se resuelvan los dos objetivos perseguidos, de un lado lograr la mejor adaptación del trabajador o su formación, y de otro lado la constatación de las capacidades profesionales del mismo. La cuestión es si ambos mecanismos deben ir obligatoriamente unidos. Obsérvese que una interpretación meramente literal del precepto así lo indicaría, de manera que pactado el período de adaptación, éste tiene también carácter de período de prueba, pues al período de adaptación se atribuye también esta condición. No obstante, creo conveniente estimar que estamos ante dos pactos diferentes, autónomos entre sí, pero que pueden coincidir, pudiendo acordarse un período en el que se sumen ambas finalidades. Aun cuando se señala que el período de adaptación “tendrá” el carácter de período de prueba, es posible desvincular ambas cuestiones por voluntad de las partes, de modo que exista un período de adaptación sin la consideración de período de prueba; pudiendo disociarse ambas cuestiones, aun cuando puedan estar conectadas. De esta manera caben las siguientes alternativas:

- Que se pacte un período de adaptación, sin que éste tenga consideración de período de prueba, por no ser este necesario dadas las concretas

circunstancias, o por no estimarlo necesario las partes, que podrán excluirlo expresamente³¹.

- Que se pacte sólo un período de prueba, al no ser necesario la aplicación de medidas de adaptación/formación. En este caso estaríamos ante un período de prueba totalmente ordinario y en el que se aplican tanto las reglas sobre sus efectos y la duración del mismo establecidas en el art. 14 ET, de manera que no existe especialidad alguna³².

- Que se pacte un período de adaptación que también tenga la consideración de período de prueba, bien por así determinarlo expresamente las partes o por no excluir expresamente este último (es decir, expresa o tácitamente, en este último caso como consecuencia de la literalidad del art. 10.2 RD 1368/1985). Téngase en cuenta que si las partes acuden al período de adaptación y nada especifican sobre el período de prueba, no cabe más alternativa que estar a la literalidad del precepto: “podrá establecerse en el contrato un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba”; es decir, salvo que se excluya expresamente la consideración de período de prueba, el período de adaptación también tendrá la consideración de período de prueba. En este caso, la duda es la de si cada uno de ellos con su propio régimen jurídico, o cabe en alguna medida un régimen hasta cierto punto mixto. La cuestión se simplifica enormemente pues en realidad el art. 10.2 RD 1368/1985 no contiene una regulación específica, más allá de establecer la necesaria intervención de los EEMM y regular una duración máxima diferente de la establecida por el art. 14 ET, por lo tanto la virtualidad normativa de este período de adaptación se limita a estas concretas especialidades.

Por lo tanto, en los casos de período de adaptación que, al mismo tiempo, es período de prueba, son de aplicación los efectos propios de este último, específicamente en cuanto a la superación del período de prueba y en cuanto a la

31 Vanessa Cordero Gordillo, se muestra favorable a una interpretación de estas características en *Régimen jurídico del empleo...*, 373.

32 En este mismo sentido María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial...”, 210; también Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, “La relación laboral...”, 41.

rescisión del contrato de trabajo en caso de no superarse las pruebas. Será aplicable, por tanto, el régimen jurídico del art. 14 ET, al que se sumarán las reglas específicas del período de adaptación del art. 10.2 RD 1368/1985³³. En realidad, la gran duda es si al pactarse conjuntamente período de adaptación y de prueba, la duración máxima aplicable al período de prueba es el establecido por el art. 14 ET, o puede alcanzarse la duración máxima prevista por el art. 10.2 RD 1368/1985 de seis meses. Desde mi punto de vista la cuestión se resuelve en función de la existencia de conexión entre una y otra institución: si es necesario la introducción de un período de adaptación, la correcta constatación de la capacidad y adecuación profesional del trabajador mediante el período de prueba sólo puede producirse al finalizar el período de adaptación. Consecuentemente, en estos casos debemos admitir que la duración del período de prueba debe ser la prevista ex art. 10.2 RD 1368/1985³⁴, lo que supone una ampliación de su duración respecto del art. 14 ET. A su vez esto plantea una importante especialidad en la aplicación del período de prueba: el trabajador afectado por un período de adaptación, podrá defenderse ante una extinción durante el período de prueba si considera que habiéndose pactado período de adaptación, el empresario no ha facilitado mecanismo alguno para tal adaptación, lo que repercute negativamente en la apreciación empresarial de no haber superado el período de prueba. Por último, queda la cuestión de si es factible aplicar el plazo máximo de período de adaptación/prueba de seis meses cuando no hayan intervenido los EEMM, cuestión a la que nos referiremos posteriormente.

Acabamos de señalar que si hay un período de adaptación, la constatación de la adecuación profesional objeto del período de prueba sólo puede concluirse tras finalizar el proceso de adaptación; ahora bien, eso no significa que el período de prueba comience tras el período de adaptación: el art. 10.2 RD

33 Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, “La relación laboral...”, 50; Eva Garrido Pérez, *El trabajo de los minusválidos...*, 97.

34 En este sentido María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial...”, 209; también Carolina Gala Durán, “La relación laboral de carácter especial...”, 89.

1368/1985 es claro en hacer coincidir período de adaptación y prueba, por lo que no pueden ser sucesivos³⁵.

Una cuestión relevante es la relativa a cómo puede incorporarse al contrato una cláusula sobre período de adaptación y (en su caso) período de prueba. Ciertamente el art. 10.2 en su primer párrafo señala que “podrá” establecerse un pacto de esta característica; lo que implicaría que la norma se remite a la autonomía de las partes para determinar esta cuestión. Sin embargo, el segundo párrafo de este precepto señala que tanto la necesidad del, período de adaptación al trabajo, así como las condiciones del mismo deben determinarse por el equipo multiprofesional. Se pone de manifiesto la necesidad de intervención del EM, no sólo para informar sobre la cuestión, sino para determinar la necesidad del período de adaptación (no así del período de prueba que es una cuestión que depende del acuerdo entre partes). Creo que dicho párrafo debe ser interpretado huyendo de la mera literalidad que conduciría a entender que el período de prueba se implanta sólo cuando lo decide el EM.

Entiendo que la interpretación más adecuada del precepto supone estimar que cuando el EM considere la necesidad de aplicar un período de adaptación, éste será obligatorio para las partes, de manera que se impondrá a las mismas³⁶. Se trata de una de las expresiones más importantes del carácter intervenido de esta relación laboral especial, de manera que la voluntad de un sujeto ajeno a las partes decide la imposición de una relevante condición de trabajo. En realidad, dado que el período de adaptación se configura como un mecanismo a favor del trabajador, se impone al empresario.

Ahora bien, caso de no intervención del EM, o si este no considera necesario un período de adaptación, ¿pueden las partes negociar su aplicación como una más de las condiciones de trabajo? Dado que el período de adaptación simple (no vinculado a un período de prueba) es netamente favorable al trabajador, estimo que ello es perfectamente posible.

35 María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial...”, 211.

36 Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, “La relación laboral...”, 51; Eva Garrido Pérez, *El trabajo de los minusválidos...*, 101.

Por el contrario, dado que el período de prueba es un pacto totalmente ordinario, no se requiere la intervención de los EEMM, de manera que este tipo de pactos son perfectamente viables por acuerdo entre las partes (siempre que se respete el régimen jurídico del art. 14 ET)³⁷, sin que los EEMM tengan que intervenir (salvo que el período de prueba se vincule a un período de adaptación).

Pero el principal problema que se han planteado en la jurisprudencia nacional en este ámbito es el de la duración máxima del período de adaptación cuando también se configura como período de prueba. Recordemos que el art. 14 ET establece que el período de prueba tendrá la duración estipulada por las partes en convenio colectivo y, en defecto de convenio, la duración no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados y dos meses para el resto de trabajadores. Como reglas especiales se establece que en empresas de menos de 25 trabajadores el período de prueba no puede exceder de tres meses para aquellos que no sean técnicos titulados y en caso de trabajadores con contrato temporal de duración no superior a seis meses, el período de prueba no podrá exceder de un mes (salvo que el convenio colectivo establezca otra cosa). Por su parte, el art. 10.2 RD 1368/1985 señala que el período de adaptación se sujeta a los límites de duración que se establezcan en los convenios colectivos, no pudiendo exceder en ningún caso de seis meses. Por tanto, es posible que el período de adaptación tenga una duración superior a la prevista por el art. 14 ET para el período de prueba.

Ahora bien, las condiciones del período de adaptación deben determinarse por el EM. Tal como hemos visto el RD 1368/1985 ha otorgado un papel relevante a los EEMM en este punto, de manera que sólo si el concreto EM considera necesario un período de adaptación que también tenga carácter de período de prueba, podría alcanzarse esa duración máxima de seis meses. El problema va a plantearse cuando se pacte un período de adaptación/prueba sin intervención de los EEMM y dicho período tenga la duración máxima prevista por el art. 10.2 RD 1368/1985, ampliándose temporalmente la capacidad del empresario para

37 María Antonia Castro Argüelles, “La relación laboral de carácter especial...”, 209.

dar por extinguido el contrato. Como vimos anteriormente, la jurisprudencia ha estimado que esta exigencia está vigente todavía en nuestro ordenamiento, aunque no haya sido desarrollada, por lo que correspondería a los EVI este papel. No obstante, tal como hemos comprobado no existe una regulación que imponga a estos últimos tal competencia.

Pues bien, ante esta situación, la jurisprudencia ha estimado que el período de adaptación que también tiene consideración de período de prueba, sólo puede tener la duración máxima prevista por el art. 10.2 RD 1368/1985, si los EEMM han intervenido y así lo hayan admitido³⁸. Para llegar a esta conclusión se parte de una interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 10.2, considerando que ambos están ligados y conectados entre sí. De otro lado, se acude a la finalidad misma del período de adaptación, que es facilitar la adaptación profesional del trabajador al puesto de trabajo o completar su formación, de manera que para determinar si se dan las condiciones para conseguir tal objetivo, es necesaria la intervención del EM y que éste llegue a la conclusión de la necesidad del período de adaptación y de que tenga tal duración. Por lo tanto, como señala la jurisprudencia en cuestión, “La mayor extensión de ese período de ocupación, en cuanto supera la duración del período de prueba del art. 14 ET, sólo está justificada cuando responde a la finalidad dicha; de ahí la necesidad de que el EM controle la concurrencia de las condiciones que permiten el cumplimiento de esa finalidad”. Por último, se considera que de no existir estas condiciones, en lugar de un período de adaptación destinado a favorecer al trabajador para permitir su adaptación, se estaría causando un perjuicio al prologar la inseguridad e incertidumbre sin causa alguna³⁹.

³⁸ Vid. en este sentido la STS de 24 de diciembre de 2001, RJ\2002\2078; cuya doctrina refrenda decisiones adoptadas en idéntica dirección por diferentes Tribunales Superiores de Justicia (vid. SSTSJ de Andalucía de 4 de abril de 2001, AS\2001\2929; Asturias de 9 de marzo de 2001, AS\2001\333; Valencia de 23 de noviembre de 2000, AS\2001\1010; Cataluña de 24 de febrero de 2000, AS\2000\1227).

³⁹ Tal como señala la STS de 24 de diciembre de 2001, RJ\2002\2078, “Si en los casos en que no existen esas condiciones, se considera lícito establecer un período de adaptación de seis meses, que tiene el carácter de período de prueba, se causa un grave perjuicio al trabajador, que ve prolongada la inseguridad e incertidumbre que tal situación genera, sin que concurra ninguna causa que justifique esa prolongación. Téngase en cuenta que ese período de adaptación lo creó la ley para ventaja y beneficio del trabajador minusválido, pues con él se le hace posible

En definitiva, son nulos los pactos de adaptación/prueba cuya duración sea superior a la regulada por el art. 14 ET, cuando dicha duración no está avalada por el EM, al no cumplirse con una exigencia esencial. Consecuentemente, una extinción producida durante el exceso del plazo del art. 14 ET y el tope máximo del art. 10.2 RD 1368/1985 sólo podría ser considerado como despido improcedente, dada la falta de eficacia de este acuerdo. Tal como señala la sentencia comentada,

“la única posibilidad de estipular un período de adaptación o de prueba de duración superior a la que señala el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, requiere ineludiblemente la intervención de dicho Equipo Multiprofesional; y si tal Equipo no existe, ni existe ningún organismo que lo sustituya, no puede cumplirse el requisito esencial que hace posible el establecimiento válido de esa duración superior, de ahí que necesariamente, en tal hipótesis, sería imposible aceptar como válida una duración del período comentado que sobrepase los límites a que alude el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores”⁴⁰.

superar una serie de dificultades de acomodación al puesto de trabajo, que de otro modo no sería fácil vencer. De ahí que, si tales dificultades no concurren en el supuesto concreto de que se trate, y a pesar de ello se pacta un período de adaptación de seis meses, el exceso temporal que tal extensión produce sólo beneficia al empresario, pues tal medida es claramente perjudicial para el minusválido contratado, al que no le reporta ventaja alguna. Se produce así una completa inversión del alcance y objetivos del mandato establecido en el art. 10-2 del Real Decreto 1368/1985”.

40 En este mismo sentido la STS de 24 de enero de 2002, RJ\2002\5302: “Es claro, por tanto, que la licitud del pacto del período de prueba, al menos cuando, como en el presente caso, excede del que autoriza el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la regulación colectiva aplicable, queda condicionada a que el equipo multiprofesional u órgano con competencia equivalente, conforme a la disposición transitoria del Real Decreto 1368/1985, considere necesaria su aplicación y establezca las condiciones del mismo dentro del límite que establece el precepto citado y, como en el presente caso el período de prueba no estaba autorizado por el equipo multiprofesional, no cabe reconocer validez a lo acordado. La expresión literal de la norma aplicable no suscita ninguna duda interpretativa y sus términos coinciden con la finalidad de otorgar una protección reforzada en esta materia al trabajador minusválido. La regulación especial permite una ampliación sensible del ámbito temporal de prueba, pero subordina su aplicación a la intervención de un órgano especializado, que es el que ha de apreciar su conveniencia”.

La doctrina del TS ha sido ampliamente seguida por parte de los Tribunales Superiores de Justicia: podemos así citar las siguientes SSTs de Cataluña de 27 de septiembre de 2006, AS\2007\1326; Aragón de 4 de enero de 2006, AS\2006\566; Castilla y León de 10 de enero de 2005, AS\2005\68; Galicia de 10 de febrero de 2004, AS\2004\1685; Castilla-La Mancha de 26 de noviembre de 2002, AS\2003\1531; Castilla-La Mancha de 2 de octubre de 2002, JUR\2003\58778; Valencia de 6 de febrero de 2002, JUR\2002\131012; Castilla-La Mancha de 3 de julio de 2002, AS\2003\783.

Obsérvese que a tenor de lo señalado por esta sentencia, si podría pactarse un período de adaptación/prueba sujeto a los plazos de duración del art. 14 ET.

Como vemos la sentencia ciñe su decisión sólo a la posibilidad de alcanzar la duración máxima del art. 10.2 RD 1368/1985, pero no resuelve si es imprescindible la intervención de los EEMM para poder establecer un período de adaptación. La falta de concreción sobre la validez, no ya de la duración máxima del período de adaptación, sino del propio período de adaptación por la no intervención de los EEMM hace que surja una duda: dado que el período de adaptación también tendrá carácter de período de prueba, y el primero depende de la aceptación de los EEMM, ¿si estos no intervienen, tampoco es válido el período de prueba? La cuestión tiene su interés desde el punto de vista de la extinción que se produzca durante el plazo ordinario de período de prueba, no ya durante el exceso que contempla el art. 10.2 RD 1368/1985. La doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia se ha inclinado por admitir la validez de estas extinciones producidas dentro de la duración ordinaria del período de prueba regulado en el art. 14 ET⁴¹. Se llega así a una situación un tanto paradójica, pues se niega validez al período de adaptación sólo en el exceso, pero no en su origen mismo, extendiendo dicha validez a un período de prueba que, probablemente, no ha sido pactado expresamente por las partes, sino que es consecuencia de la literalidad del art. 10.2 (“período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba”).

5. CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS

Otra de las cuestiones polémicas es la relativa a cuál es el convenio colectivo de aplicación a los trabajadores discapacitados de los CEE. La cuestión se plantea como consecuencia de que existen dos alternativas totalmente distintas: de un lado, los CEE son empresas que actúan en el mercado, es decir se dedican a

41 Vid. SSTSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2000, AS\2000\1227; Asturias de 9 de marzo de 2001, AS\2001\333; Aragón de 4 de enero de 2006, AS\2006\566.

realizar determinado tipo de actividad productiva, por lo que pueden estar afectadas por convenios colectivos del sector donde realizan su actividad. Pero también es posible que los CEE, en consideración a la especialidad de sus trabajadores discapacitados, negocien un convenio colectivo específico.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido distintas ocasiones para pronunciarse sobre el problema entre convenio de sector ordinario/convenio de sector de CEE. Inicialmente la cuestión se plantea desde la perspectiva de la subrogación empresarial (cuestión que analizaremos en detalle en el próximo epígrafe): como vamos a ver más adelante, la jurisprudencia del TS que estima aplicable a los CEE la subrogación cuando actúan en el sector de la limpieza, debiendo asumir a los trabajadores de empresas ordinarias, por aplicación del convenio de sector y pese a contar los CEE con su propio convenio. Algún convenio de sector incluyó a los CEE en el ámbito del convenio de sector de la limpieza, dándose así la situación conflictiva de dos convenios colectivos diferentes. Dicho de otra manera, ante jurisprudencia del TS que admite la aplicación a los CEE (que tienen su propio convenio) de una regla sobre subrogación del convenio de sector de la limpieza (convenio distinto), los negociadores del sector de la limpieza reaccionan considerando aplicable a los CEE todo el convenio del sector, introduciendo expresamente a los CEE en el siguiente convenio del sector de la limpieza cuando los trabajadores de los CEE realicen tareas de limpieza.

El TS resuelve la cuestión a través de la STS de 23 de septiembre de 2014⁴² y utilizando diferentes argumentos, defiende que el convenio aplicable en este caso es el convenio colectivo de CEE y no el convenio de sector de la limpieza. Lo hace negando, en primer lugar, que una solución prevista tan sólo para una cuestión como la subrogación, pueda suponer que la totalidad del convenio del sector de la limpieza sea aplicable a los trabajadores de los CEE y a estas empresas, afirmando que la doctrina jurisprudencial sobre subrogación tiene mero valor de *obiter dicta* respecto del problema de la aplicación de todo el convenio⁴³.

42 RJ\2014\4959.

43 Señala esta sentencia:

En segundo lugar, acude al principio de prohibición de concurrencia, pues al no haberse incluido jamás a los CEE en el convenio de sector de limpieza, éstos habían negociado su propio convenio, que ya existía desde tiempo atrás, habiendo generado su propio ámbito de negociación. Por el contrario, la inclusión expresa de los CEE en el convenio de sector de la limpieza se produce con posterioridad a la aparición del convenio sectorial de CEE⁴⁴.

Por último, acude al principio de especialidad; es decir estimar que no es factible aplicar un convenio colectivo que regula y establece condiciones de trabajo para trabajadores ordinarios, cuando los trabajadores discapacitados gozan de una relación laboral especial, con condiciones específicas que dejarían de disfrutarse al aplicarse el convenio colectivo del sector de limpieza⁴⁵.

Este planteamiento ha sido seguido posteriormente por otras sentencias del TS, que han reafirmado dicha doctrina y la aplicación del convenio de sector de CEE⁴⁶.

“a).- Para empezar, la argumentación utilizada por los demandados saca por completo de contexto la doctrina jurisprudencial que invoca, puesto que la misma se limitó a la proclamar la aplicabilidad del mecanismo subrogatorio previsto en el sector de la limpieza, aún en aquellos supuestos en que una de las empresas -saliente o entrante- fuese un CET, sin que en manera alguna se mantuviese en ella -desbordando la cuestión litigiosa que entonces se suscitaba- la aplicación de todas las normas del Convenio de Limpieza a los trabajadores del CET, cuando éste efectúe tareas previstas en el ámbito funcional de aquél. b).- Aún para el supuesto de que tal afirmación se hubiese efectuado -que no se hizo- sería un mero «obiter dicta» carente de valor jurisprudencial (...) c).- Nuestro criterio jurisprudencial se limitaba a proclamar la aplicación de una concreta norma del Convenio para el sector de limpieza -relativa a la subrogación empresarial- en la relación «ad extra» que el CET había de tener con otras empresas adjudicatarias de las correspondientes contratas, pero en manera alguna se refería -ni podía hacerlo, dado el objeto de debate- a las relaciones que «ad intra» mantenía el CET con sus trabajadores”.

44 Tras señalar que estamos ante un mero «obiter dicta», se señala que “aunque no tuviese esa cualidad secundaria -que ni siquiera la tenía- no podría dejar sin efecto el mandato del art. 84.1ET, pues una cosa sería la aplicación judicial de preceptos de un sector a los trabajadores de otro cuando éstos desempeñen cometidos propios del primero y otra muy diversa supondría proclamar en Convenio Colectivo -ignorando la prohibición del art. 84.1ET - que los citados trabajadores se incluyen en su ámbito de aplicación, aún a pesar de que los mismos tengan convenio propio (...)”.

45 Es más, resulta jurídicamente inviable que persistiendo la relación laboral especial entre el CET y sus trabajadores discapacitados [persistencia inquestionable], conforme a los arts. 1 y 2 del RD 1368/1985, los mismo pasaran a regirse por previsiones propias de una relación ordinaria de trabajo, y que en consecuencia dejasen de beneficiarse del régimen legalmente previsto para tal relación especial y de las numerosas singularidades -adecuadas a la especificidad del vínculo- que señala su Convenio Colectivo (...)”.

46 Vid. así las SSTs de 24 de noviembre de 2015, RJ\2015\6393; 9 de diciembre de 2015, RJ\2015\6218; 2 de febrero de 2017, RJ\2017\932; 6 de febrero de 2020, RJ\2020\830.

Desde mi punto de vista, debemos tener una cautela con el argumento de la prohibición de concurrencia: es aceptable aplicar el art. 84.1 ET pues el convenio de sector de la limpieza había “invadido” el ámbito propio del convenio de sector de los CEE, al incluir a estos últimos. Ahora bien, ante la existencia de dos convenios de sector, uno de limpieza que no incluyera a los CEE y otro específico de CEE, hay que afirmar que no estamos ante un supuesto que deba resolverse por la vía de la prohibición de concurrencia, pues esta no se produce, dado que se trata de dos ámbitos diferentes. En estos casos la solución viene del principio de especialidad⁴⁷.

Pero al margen de esta situación antes descrita, debemos tener en cuenta que los problemas relativos a cuál es el convenio colectivo aplicable proceden con más frecuencia del frente de los propios trabajadores discapacitados que reclaman la aplicación de los convenios colectivos del sector de la actividad y no del convenio colectivo de CEE; especialmente por reclamaciones salariales de los trabajadores de CEE que piden la aplicación del convenio colectivo del sector donde se desarrolla la actividad y no el convenio de CEE, lógicamente, al constatar que las condiciones salariales de tales convenios de sector son más favorables. A la hora de resolver estos problemas, la jurisprudencia ha mantenido la respuesta anterior: aplicación del convenio colectivo de CEE. Para ello ha utilizado los argumentos antes señalados y ha respondido también a un planteamiento nuevo introducido por los trabajadores: el de discriminación (por percibir un salario inferior, realizando una misma actividad –normalmente, también de limpieza-). Así la STS de 24 de noviembre de 2015⁴⁸, tras reiterar los argumentos de la STS de 23 de septiembre de 2014, señala la inexistencia de discriminación, al considerar que sólo la desigualdad que genera diferencias entre situaciones que pueden considerarse iguales y que no obedecen a una justificación objetiva y razonable, pueden generar discriminación; siendo evidente que la situación de los trabajadores ordinarios y de los trabajadores discapacitados es diferente, teniendo el objeto del contrato de estos últimos, además de los fines

⁴⁷ Así las SSTS de 24 de noviembre de 2015, RJ\2015\6393 y 9 de diciembre de 2015, RJ\2015\6218.

⁴⁸ RJ\2015\6393.

habituales, la adaptación personal y social y lograr su integración en el mercado ordinario⁴⁹. De esta manera es constitucionalmente lícito que realizando la misma actividad, dos personas perciban una retribución diferente en función de estar vinculados por una relación ordinaria o especial de personas con discapacidad⁵⁰. En algún caso se ha señalado también como argumento que los CEE no pueden estar incluidos en el ámbito de convenios de sector de carácter general, por no estar representadas estas empresas por las partes negociadores de dicho convenio⁵¹. De igual manera ha de responderse cuando se reclama la aplicación del convenio de sector a los efectos de aplicar la regulación salarial para calcular indemnizaciones por despido⁵².

Con anterioridad he señalado que en aquellos casos en los que haya un convenio de sector que no incluya a los CEE y un convenio de sector de CEE, no es posible aplicar las reglas sobre concurrencia entre convenios, pues esta no existe realmente, debiendo resolverse la situación a través del principio de especialidad. Esta respuesta tiene importancia cuando estamos ante reclamaciones de trabajadores discapacitados de un CEE, afectados por el convenio sectorial de este tipo de empresas, y el CEE que dispone de su propio convenio de empresa para el personal con relación laboral ordinaria. De esta manera, cuando se reclama por trabajador discapacitado condiciones salariales del convenio de empresa destinado al personal con contrato ordinario, en base al art. 84.2 ET (prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio de sector), hay que responder que no estamos ante una situación de concurrencia, pues los ámbitos

49 Tal como señala esta sentencia:

“Y en el supuesto que ahora se debate, los términos a comparar en absoluto gozan de la exigible homogeneidad, en tanto que los trabajadores incluidos en el ámbito del Convenio de Empresas de Limpieza son sujetos de una relación ordinaria de trabajo, y los del Convenio General lo son de una relación laboral especial, afectos de reconocida «minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad en el trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje» (art. 2 RD 1368/1985; y el objeto de su contrato -especial- de trabajo es «favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo» (art. 6 RD 1368/1985, lo que justifica plenamente las singularidades pactadas en el correspondiente Convenio Colectivo (...)).”

En idénticos términos la STS De 6 de febrero de 2020, RJ\2020\830.

50 Vid. STSJ de Madrid de 15 de febrero de 2017, AS\2017\360.

51 Vid. las SSTSJ de Andalucía de 19 de julio de 2007, AS\2008\329 y JUR\2007\364839.

52 Vid. las SSTS de 2 de febrero de 2017, RJ\2017\932 y 6 de febrero de 2020, RJ\2020\830.

de aplicación son totalmente distintos, debiendo imponerse, por tanto, el principio de especialidad⁵³.

En todo caso, la existencia de un convenio sectorial propio para CEE elimina el problema de si resulta aplicable el convenio de sector de la actividad concreta cuando no hay convenio propio del CEE (ni sectorial, ni de empresa). En estos casos la jurisprudencia era contradictoria⁵⁴, pues había resoluciones favorables a entender la aplicación del convenio de sector de la concreta actividad (limpieza, hostelería, jardinería, etc.)⁵⁵; pero también había sentencias que estimaban la inaplicación del convenio sectorial por la especialidad de la relación laboral, debiendo estar a lo establecido en el contrato de trabajo⁵⁶.

6. EL PROBLEMA DE LA SUBROGACIÓN EMPRESARIAL

Con toda seguridad el principal problema que vamos a encontrar en la jurisprudencia sobre trabajadores discapacitados en centros especiales de empleo es el de la subrogación. Aclaremos que nos estamos refiriendo a un concreto supuesto de subrogación empresarial: aquél que se produce como consecuencia de lo pactado en convenio colectivo o en pliegos de condiciones en la contratación administrativa. La situación nos remite, por tanto, a los casos de sucesión entre contratas (no nos referimos ni a los supuestos de subrogación legal ex art. 44 ET, ni a la subrogación por sucesión de plantillas⁵⁷). La subrogación convencional es aquella que se produce, no por mandato de la ley, sino como consecuencia del

53 En este sentido la STSJ de Madrid de 21 de febrero de 2020, AS\2020\1987: “No se trata en este caso de un problema de concurrencia de convenios y de determinación de prioridad aplicativa sino de la apertura de un convenio, el de empresa, a un ámbito personal distinto”. Este criterio se ha venido siguiendo por otras SSTSJ, como las de Canarias de 20 de febrero de 2020, JUR\2020\278959; Asturias de 23 de mayo de 2017, AS\2017\977; Canarias de 2 de mayo de 2017, AS\2017\1514; Canarias de 25 de junio de 2013, AS\2013\2751; Andalucía de 19 de julio de 2007, AS\2008\329.

54 Vid. sobre la cuestión Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 425 y ss.

55 STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2004, AS\2004\3700.

56 STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2001, AS\2001\4000.

57 Sobre estas últimas, vid. la STJUE de 10 de diciembre de 1998, C-173/96 y C-247/96, asunto Sánchez Hidalgo y otros, TJCE\1998\309; o la STJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09, asunto UGT-FSP, TJCE\2010\241. En el ámbito nacional, vid. las SSTS STS de 10 de julio de 2014, RJ\2014\4774; y 9 de julio de 2014, RJ\2014\4637.

pacto establecido en el convenio colectivo de sector aplicable a ambas contratistas. Realmente en estos casos no se cumple el supuesto de hecho de la subrogación legal contemplado por el art. 44 ET, sino que es el convenio el que amplía la protección subrogatoria a estos supuestos de sucesión de contratistas y, lógicamente, será el convenio quién establezca el concreto supuesto de hecho en el que resultarán de aplicación los efectos subrogatorios.

La subrogación convencional es especialmente relevante en éste ámbito, pues la mayor parte los CEE realizan actividad de prestación de servicios (limpieza, hostelería, jardinería, gestión de aparcamientos, etc.) para terceros, mediante la contratación de su actividad por empresas que externalizan parte de su actividad productiva; una contrata, en definitiva. Pues bien, puede ocurrir que haya una sucesión de contratistas (que tras finalizar una contrata, otro contratista diferente del anterior sea contratado por la principal y se haga cargo de la actividad) y que el convenio colectivo de sector (es decir, el de la concreta actividad productiva –por ejemplo, limpieza o jardinería-) establezca en estos casos la obligatoriedad de la subrogación, de manera que la nueva contratista o contratista entrante, deba subrogarse como nuevo empresario de los trabajadores de la contratista saliente. Pues bien, un CEE puede ocupar cualquiera de esas dos posiciones: puede ser la nueva contratista entrante, surgiendo el problema de la incorporación de trabajadores con relación ordinaria de la contratista saliente a un CEE (con el consiguiente problema del incumplimiento de tener un mínimo del 70% de trabajadores discapacitados por la incorporación de personal que no tenga tal condición). Pero también puede ser la contratista saliente, de manera que una empresa ordinaria deba asumir a personal con condición de trabajador discapacitado, careciendo de la condición de CEE, por lo que no es posible que se mantenga una relación laboral especial de trabajadores discapacitados en CEE.

Cuando ambas contratistas (entrante y saliente) sean CEE, no se producirían problemas, pues ambas tienen la misma naturaleza, por lo que puede mantenerse la subrogación con personal con relación laboral especial y (en su caso) del personal con relación laboral ordinaria (aclaremos que el convenio nacional

de CEE establece expresamente la subrogación de trabajadores entre este tipo de empresas⁵⁸).

Pero para tener totalmente presentado el problema con todas sus aristas debemos tener en cuenta otra cuestión: tal como hemos señalado, normalmente el convenio colectivo que establece la subrogación convencional es el convenio del sector de actividad concreta. Ahora bien, en el epígrafe anterior, al analizar cuál es el convenio colectivo aplicable a los trabajadores discapacitados de un CEE, vimos como la jurisprudencia apuesta por el convenio colectivo de Centros Especiales de Empleo (principio de especialidad). Por lo tanto, la subrogación obligatoria aparece regulada en un convenio que, en principio, no resulta de aplicación a los CEE.

Llegados a este punto debemos preguntarnos cuál es la respuesta que nos da la jurisprudencia ante esta situación. Centrémonos, en primer lugar, en aquellas situaciones en las que el CEE es la contratista entrante que sustituye a la anterior contratista o saliente, siendo esta última una empresa de carácter ordinario. En este supuesto, de admitirse la subrogación de personal no discapacitado, el CEE puede incumplir el porcentaje mínimo del 70% de su personal con discapacidad⁵⁹. En este caso inicialmente encontramos resoluciones de los TSJ que eran contradictorias. En unos casos se consideraba que la subrogación no era posible, pues no resultaba de aplicación a los CEE el concreto convenio de sector donde se establecía la obligación de subrogación para los nuevos contratistas, sino que el convenio de aplicación era el propio de CEE⁶⁰. Por el contrario,

58 Sería el caso resuelto por la STS de 6 de febrero de 2020, RJ\2020\830; o el de las SSTSJ de Madrid de 18 de julio de 2019, AS\2019\2200; Murcia de 16 de noviembre de 2009, AS\2009\3095. El caso de la STSJ de Madrid de 10 de enero de 2018, JUR\2018\50300 es un tanto diferente, pero llega a idéntica conclusión: ambas empresas son CEE, una de ellas, la entrante, cuenta con su propio convenio de empresa, donde no se hace referencia a la subrogación; sin embargo, la sentencia estima la obligatoriedad de la misma, pues estando regulada con carácter obligatorio la subrogación en el convenio nacional, no existe concurrencia entre los dos convenios, al no ser contradictorios, siendo de aplicación en materia de subrogación el convenio nacional.

59 Antonio Vicente Sempere Navarro, "El trabajo de los minusválidos...", 71.

60 En este sentido podemos ver las SSTSJ de Madrid de 28 de marzo de 2012, AS\2012\915; Andalucía de 30 de octubre de 2008, AS\2009\511; Madrid de 7 de febrero de 2007, AS\2007\2518. Vid. Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 433; Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, "La relación laboral...", 55; Carolina Gala Durán, "La relación laboral de carácter especial...", 99.

en otros supuestos se estimaba aplicable la subrogación por entender justamente lo contrario: que el convenio aplicable era el del concreto sector, pues el CEE actuaba en ese específico ámbito funcional⁶¹; llegándose a afirmar en algún caso que la no subrogación por los CEE podría considerarse discriminatoria (en este caso por razón de la no discapacidad de los trabajadores) y que generaba el efecto perverso de una situación de competencia desleal a favor de los CEE que gozarían de la ventaja o privilegio de eludir los costes subrogatorios a la hora de ofrecer sus servicios en el mercado⁶²; incluso se planteaba que en la práctica existía una imposibilidad legal de que los CEE pudiesen concurrir a la adjudicación de contrataciones o concesiones⁶³.

La cuestión aparece en la actualidad resuelta por parte de la jurisprudencia del TS que, de manera resumida, opta por considerar que al intervenir un CEE en una actividad regulada por un convenio de sector que impone la subrogación convencional, dicha obligación de subrogación también es de aplicación al CEE, de manera que deberá incorporar al personal no discapacitado y con contrato ordinario procedente de la anterior contratista. Qué duda cabe que ello representa un importante inconveniente para los CEE, pues al tener la obligación de mantener al menos un 70% de personal discapacitado, podría perfectamente peligrar su condición de CEE y las ayudas y subsidios públicos aparejados a tal condición. En la práctica ello va a suponer la retirada de muchos CEE de posibles ámbitos de negocio que supongan la sucesión de contrataciones.

Podemos acudir a la STS de 21 de octubre de 2010⁶⁴, que resolvía un caso de sucesión de contrataciones, en las que la empresa entrante era un CEE y la saliente una empresa ordinaria, estableciendo el convenio sectorial de limpieza la subrogación en caso de sucesión de contrataciones. El CEE se negó a la subrogación, siendo

61 Vid. SSTSJ de Murcia de 5 de diciembre de 2000, AS\2000\4165; Murcia de 5 de diciembre de 2000, AS\2001\141.

62 STSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2009, AS\2010\151.

63 Así la antes citada STSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2009, AS\2010\151.

64 RJ\2010\7821. Sobre la misma vid. Pedro Tuset del Pino, "Convenio colectivo de trabajo aplicable y efectos subrogatorios mediando una sucesión de contrataciones de servicio entre una empresa ordinaria y un centro especial de empleo. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2010", *Información Laboral* 4 (2011): 14 y ss.

demandado por despido por parte de los trabajadores afectados. El CEE se oponía a la subrogación en base a dos argumentos básicos: en primer lugar, que si bien el convenio del sector de limpieza preveía la subrogación, ésta no resulta obligatoria para un CEE pues su plantilla debe estar conformada como mínimo en un 70% por trabajadores discapacitados y la subrogación alteraría dicho porcentaje. De otro lado, la subrogación ocasionaría una discriminación indirecta al perjudicar la integración de las personas con discapacidad, objetivo final de todo CEE.

El CEE defendía el carácter no dispositivo del convenio colectivo de CEE; es decir, afirmaba que estaba incluida en el ámbito de aplicación de este convenio colectivo, pretendiendo así evitar la aplicación del convenio de sector de la limpieza. Sin embargo, el TS al evidenciar que el CEE se dedicaba a la actividad de limpieza, habiendo contratado con la empresa principal el desarrollo de esta actividad y siendo claro, además, la existencia de un convenio de sector de la limpieza que incluía a todas las empresas y trabajadores dedicados a dicha actividad, sin exclusión expresa de los CEE, considera que si bien el ámbito de aplicación de los convenios no es dispositivo, también resulta de aplicación con carácter imperativo el convenio de sector de la limpieza⁶⁵. De otro lado, considera viable la aplicación del convenio de sector de la limpieza, pues el propio convenio de CEE señala que podrán dedicarse a cualquier actividad, pero en igualdad

65 Señala la sentencia:

“Es acertado afirmar que el ámbito de aplicación de los Convenios Colectivos no es dispositivo, pero la recurrente entra en contradicción con los artículos 82.3 y 84 del Estatuto de los Trabajadores cuando pretende desvincularse de la imperatividad del Convenio Colectivo de empresas dedicadas a la Limpieza de Edificios y Locales en el ámbito de Barcelona y su provincia, descrito en su artículo primero como el siguiente: “...empresas y trabajadores de la actividad de limpieza (según el ámbito funcional del artículo 2) que realizan servicios en cualquier lugar de la comunidad autónoma de Cataluña, con independencia de la ubicación de la sede social de la empresa (...). En cuanto a la remisión al aspecto funcional descrito en el artículo 2 su tenor literal es el siguiente “... afectará a la totalidad de empresas y trabajadoras/es que se dediquen a la actividad de limpieza (su mantenimiento y conservación) e higienización de toda clase de edificios, locales, hospitales, centros o instituciones sanitarias y de salud, industrias, elementos de transporte...” con descripción de un largo etcétera. Figuran excluidos en el artículo 2 los domicilios familiares, con la excepción que contempla de que la titularidad del hogar familiar contraste cualquiera de las actividades descritas con empresas del sector y asimismo al personal laboral de alta dirección”.

de condiciones con el resto de empresas que operen en el mercado, de donde se deduce también la necesidad de respetar la obligación de subrogación⁶⁶.

Debemos plantearnos si esta respuesta del TS es coherente con la respuesta del mismo TS sobre la cuestión analizada en el epígrafe anterior: cuál es el convenio aplicable a los CEE, pues se está defendiendo la solución contraria; es decir, la aplicación del convenio colectivo de sector. Debemos aclarar que en este caso, al analizar la aplicación de la subrogación convencional, el TS defiende tan sólo la aplicación de una norma concreta del convenio de sector, la relativa a la subrogación, con el objetivo de garantizar la protección de los trabajadores de la empresa saliente (sea esta ordinaria o CEE) y la igualdad en las reglas de competencia entre contratistas; en modo alguno se defiende la aplicación de la totalidad del convenio de sector⁶⁷.

En definitiva, lo que se está planteando es que en la concreta actividad (en el caso en cuestión era la limpieza),

66 Señala esta sentencia que

“Ninguna salvedad se incluye que permita, a una empresa regida a su vez por otra norma convencional autoexcluirse de la aplicación de los preceptos cuya vinculación la recurrente rechaza. A su vez, el artículo 1 punto 2.1 del Convenio Colectivo del sector de centros especiales de trabajadores disminuidos físicos y sensoriales de Cataluña para el año 2005 al definir el Centro Especial de trabajo dice: «Es aquella empresa cualquiera que fuera su forma jurídica, que tenga por objetivo principal asegurar una ocupación remunerada y la prestación de servicios de ajuste personal y social junto con la adecuada formación profesional a favor del mayor número de personas afectadas por una discapacidad, procurando de esta manera su plena integración al régimen de trabajo ordinario, realizando para ello cualquier trabajo productivo y participando regularmente en las operaciones de mercado en concurrencia con otras empresas». En consecuencia, los «Centros especiales de trabajo» podrán por medio de cualquiera de sus propios centros de trabajo o de los de las empresas para los cuales presten sus servicios, dedicarse a cualquier actividad, sea industrial, de manipulación o de servicios en su más amplia gama de posibilidades (jardinería, catering, gestión de estaciones de servicio, administración de fincas, mensajería, buzoneo, limpieza, marketing, publicidad, radio-taxi, entre otros) con objeto de participar en un proyecto sostenible en igualdad de condiciones con el resto de empresas que operen en el mercado, sin olvidar su carácter social y el objetivo de servir de puente hacia el empleo ordinario, potenciando, a tal fin, su adaptación a las exigencias actuales de competitividad como entes empresariales flexibles, capaces de integrar tanto a personas con discapacidad como sin ella” (...) Contiene el precepto dos menciones relevantes, participar en un proyecto sostenible en igualdad de condiciones con el resto de empresas e integrar en dicho proyecto tanto a personas con discapacidad como sin ellas (...) La norma facilita así que las empresas de este sector puedan incorporarse a cualquier clase de contrata, pero señala que lo hará en igualdad de condiciones con el resto de las empresas y sin desconocer la integración tanto de personas con discapacidad como sin ellas”.

67 Vid. en este sentido las SSTs de 23 de septiembre de 2014, RJ\2014\4959; 10 de febrero de 2014, RJ\2014\1622; 9 de diciembre de 2015, RJ\2015\6218; o las SSTSJ de Canarias de 20 de febrero de 2020, JUR\2020\278959; Asturias de 23 de mayo de 2017, AS\2017\977.

“Se establece, por tanto, una específica regulación y obligaciones para las empresas que en la referida provincia, y sea cualquiera su forma jurídica, que desenvuelvan la actividad de limpieza e higienización, las que es dable entender que no pueden ser obviadas por otras empresas que, aunque en sus estatutos no figuren como su actividad los servicios de limpieza se dediquen a dicha concreta actividad, aunque aleguen que están encuadradas en otros Convenios colectivos que regulan una actividad completamente distinta a la limpieza”⁶⁸.

De esta manera, si un CEE concurre a una contrata de una concreta actividad, cuyo ámbito es diferente al de su propio convenio colectivo (lo lógico es que el ámbito funcional del convenio de CEE sea mucho más amplio por agrupar a todo un conjunto de actividades), “deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo; afectándole, en consecuencia, en el presente caso las normas cuestionadas sobre subrogación en el sector de la limpieza”⁶⁹.

De otro lado, respecto de la alegación de discriminación indirecta por perjudicar la subrogación al objetivo de la integración de los minusválidos, la STS de 21 de octubre de 2010 considera, tras analizar la doctrina constitucional sobre discriminación y la configuración de la discriminación indirecta, que la regla sobre subrogación convencional del convenio de sector no supone un tratamiento aparentemente neutro que causa una desventaja particular a las personas con discapacidad, sino que la regla sobre subrogación busca un fin absolutamente lícito y legítimo como es la estabilidad de los trabajadores que hayan prestado trabajo en la empresa saliente en una sucesión de contrataciones.

Por lo tanto, en el caso de regulación en el convenio de sector de la subrogación convencional, si el nuevo contratista que accede a la contrata es un CEE, aun teniendo su propio convenio colectivo, se ve afectado por la obligación subrogatoria, teniendo que asumir a trabajadores que no tienen la condición de

68 STS de 4 de octubre de 2011, RJ\2012\3353. En idéntico sentido la STS de 7 de febrero de 2012, RJ\2012\3753.

69 STS de 7 de febrero de 2012, RJ\2012\3753.

discapitados⁷⁰. Son evidentes algunas consecuencias de esta doctrina: en primer lugar, que ante la posibilidad de perder la condición de CEE por incumplir el porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, los CEE se autolimiten a la hora de participar en este tipo de ámbito de negocio. De otro lado, que esa autolimitación supone reducir las posibilidades de alcanzar el objetivo último de estos CEE, la inclusión laboral de las personas con discapacidad; objetivo que, desde luego, tampoco parecería cumplirse si han de subrogarse empleando a trabajadores ordinarios⁷¹.

Pero, ¿y el supuesto contrario? Me refiero a los casos en que el contratista entrante sea una empresa ordinaria, mientras que el saliente es un CEE. ¿Debe la empresa ordinaria asumir a los trabajadores discapacitados pese a no tener la condición de centro especial de empleo?

Al igual que ha ocurrido en los casos en que la entrante es un CEE y la saliente una empresa ordinaria, también en este caso el punto de partida ha sido el de un conjunto de resoluciones de los TSJ que entendían que había de rechazarse la subrogación. Los argumentos han sido varios: en primer lugar, la subrogación no sería posible pues los trabajadores con discapacidad, debido a su situación, no pueden realizar una actividad en condiciones habituales en una empresa ordinaria; de ahí que se crearan los CEE. En segundo lugar, se estima que el convenio de sector no es aplicable a los CEE, pues estos cuentan con su propio convenio sectorial específico. De otro lado, se considera que la no subrogación de los trabajadores con relación laboral especial no es discriminatorio, pues la justificación de la exclusión de esta subrogación descansa sobre el hecho de que

70 Este conjunto de razonamientos doctrinales ha sido seguido por jurisprudencia posterior, como las SSTs de 4 de octubre de 2012, RJ\2012\10002; 20 de febrero de 2013, RJ\2013\3607; 9 de abril de 2013, RJ\2013\4150. Como es lógico, esta misma doctrina se ha seguido por parte de los TSJ: SSTSJ de Andalucía de 11 de octubre de 2011, AS\2011\2553; Andalucía de 27 de abril de 2011, AS\2011\2189; Andalucía de 16 de febrero de 2012, AS\2012\1790; Andalucía de 22 de febrero de 2012, AS\2012\680; Andalucía de 10 de mayo de 2012, AS\2012\1844; Madrid de 9 de mayo de 2018, AS\2018\1389.

71 José Luis Quintana Cortés y Antonio Ramón Rodríguez Castaño, "La reserva de contratos para centros especiales de empleo", *Anales de Derecho y Discapacidad* 4 (2019): 156.

mantienen una relación laboral especial que tiene como objetivo la integración superando las dificultades que limitan su capacidad⁷².

Sin embargo, una vez que el TS resolvió el supuesto contrario (CEE como contratista entrante y empresa ordinaria contratista saliente) a favor de la subrogación, se planteó por parte de diversas sentencias de los TSJ que también debía aplicarse dicha solución a estos casos de empresas ordinarias que como contratistas entrantes debían subrogar al personal con discapacidad de los CEE contratistas salientes⁷³.

Finalmente el Tribunal Supremo se inclinó por esta segunda postura en un conjunto de sentencias pronunciadas en un corto espacio de tiempo. Partiendo de la jurisprudencia antes analizada sobre el supuesto inverso (el contratista entrante es un CEE y el saliente una empresa ordinaria) y en la que se estima la obligación subrogatoria de los CEE, considera que pese a que la empresa ordinaria no puede mantener relaciones especiales para personas con discapacidad, pues no son CEE, sin embargo, debe proceder a asumir a tales trabajadores con discapacidad, estimando que “idéntica deberá ser la solución pues si en el caso anterior se defendía la aplicabilidad del Convenio Colectivo rector del centro de trabajo dedicado a la limpieza de edificios y locales públicos en donde el trabajador prestaba servicios al no constar en las normas en juego ninguna sobre protección a los discapacitados que actuase en detrimento de quienes no poseen esa condición, tampoco ahora existe razón para excluir al discapacitado, lo que de producirse si constituiría un supuesto discriminatorio”⁷⁴. Es decir, sería

72 Podemos encontrar estos argumentos en las SSTSJ de Madrid de 1 de marzo de 2010, JUR\2010\166349; Castilla y León de 10 de junio de 2009, JUR\2009\289302; País Vasco de 2 de junio de 2009, JUR\2009\371045; Madrid de 20 de noviembre de 2008, JUR\2009\90691; Madrid de 29 de enero de 2010, AS\2010\899; País Vasco de 11 de julio de 2006, AS\2007\1281; Valencia de 26 de julio de 2006, AS\2007\186; Cataluña de 18 de julio de 2000, AS\2000\3455. Vid. Vanessa Cordero Gordillo, *Régimen jurídico del empleo...*, 430; Ricardo Esteban Legarreta y Vicente Antonio Martínez Abascal, “La relación laboral...”, 53 y 54.

73 Así las SSTSJ de Castilla y León de 2 de noviembre de 2011, AS\2011\2578; 11 de octubre de 2011, AS\2011\2553.

74 STS de 9 de octubre de 2012, RJ\2013\1461. Añadía esta sentencia que “tan solo se trata de aplicar una norma, la de subrogación según el artículo 30 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales Públicos de la Provincia de Valladolid que sin establecer diferencias de trato nunca podría ser interpretada introduciéndolas. El artículo 17-1º del Estatuto de Los Trabajadores declara nulos y sin efecto los convenios colectivos, junto a otros supuestos rectores de

discriminatoria para los trabajadores con discapacidad la no subrogación por parte de la empresa entrante que no ostentase la condición de CEE. De otro lado, teniendo en cuenta los antecedentes en los que se defiende la subrogación cuando el CEE es el contratista entrante, donde rige el criterio funcional que determina la aplicación de las reglas sobre subrogación en el concreto ámbito sectorial; en este caso en que la contratista entrante es una empresa ordinaria, por idénticos motivos de aplicación del criterio funcional, debe procederse a la subrogación⁷⁵. Como es lógico, los TSJ han seguido esta línea jurisprudencial, admitiendo la subrogación en estos casos⁷⁶.

Este conjunto jurisprudencial del TS que acabamos de citar cuenta, no obstante, con un voto particular⁷⁷ que destaca que al producirse la subrogación, la relación laboral pierde la naturaleza de relación laboral especial, quedando sujeta completamente al ET al ser un contrato laboral común; produciéndose una novación contractual no prevista por las reglas subrogatorias del convenio, que solo prevén la alteración subjetiva de uno de los contratantes; razón por la que se estimaba que la solución debería haber sido la contraria. Al tratarse de una relación laboral especial configurada como supuesto de empleo protegido, se estima que debería mantenerse incólume la relación laboral especial. No obstante, debemos advertir contra este planteamiento que ha de recordarse que el objetivo de la relación laboral especial es servir como medio de inclusión de las personas con discapacidad en el empleo ordinario, por lo que la subrogación no sería sino una vía para lograr dicha inclusión.

la relación laboral, que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de discapacidad. Siendo esto así se produciría una frontal infracción del precepto citado introduciendo una interpretación que directamente llevaría a la discriminación de la trabajadora, excluyéndola de la subrogación (...).”

En la misma dirección las SSTs de 10 de octubre de 2012, RJ\2013\1463; 10 de octubre de 2012, RJ\2013\1464; 10 de octubre de 2012, RJ\2013\2392; 12 de diciembre de 2012, RJ\2012\11088; 18 de diciembre de 2012, RJ\2013\1760; 17 de abril de 2013, RJ\2013\5133; 22 de abril de 2013, RJ\2013\3845.

⁷⁵ Vid. STS de 10 de octubre de 2012, RJ\2013\1464; SAN de 12 de junio de 2012, AS\2012\2382.

⁷⁶ Vid. así las SSTSJ de Madrid de 11 de noviembre de 2015, JUR\2015\296895; Galicia de 22 de julio de 2015, AS\2015\1904; Extremadura de 22 de junio de 2017, AS\2017\1332.

⁷⁷ El voto particular se reitera, en diversas fórmulas en las SSTs de 9 de octubre de 2012, RJ\2013\1461; 10 de octubre de 2012, RJ\2013\1463; 10 de octubre de 2012, RJ\2013\1464; 10 de octubre de 2012, RJ\2013\2392; y 12 de diciembre de 2012, RJ\2012\11088.

Este planteamiento del TS tiene hoy día incluso un respaldo normativo, pues la LCSP de 2017 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) establece en su art. 130.2 segundo párrafo que “Cuando la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar fuese un Centro Especial de Empleo, la empresa que resulte adjudicataria tendrá la obligación de subrogarse como empleador de todas las personas con discapacidad que vinieran desarrollando su actividad en la ejecución del referido contrato”. Este precepto, que se diferencia de la subrogación prevista por el apartado primero del art. 130, en el sentido de que este último recoge la posibilidad de una subrogación convencional, parecería estar concretando una subrogación de carácter legal, al no condicionarla a la existencia de convenio colectivo alguno, lo que ha hecho sostener a un sector de la doctrina que existiendo un deber legal de subrogación, resulta aplicable el art. 44 ET y no la doctrina de la subrogación convencional o ex convenio⁷⁸.

En conclusión, la posición actual de la jurisprudencia es la de admitir la subrogación de trabajadores, tanto de trabajadores ordinarios por un CEE si este es el nuevo contratista, como por las empresas ordinarias respecto de trabajadores con discapacidad. En el primer caso, trabajadores ordinarios que son subrogados por el CEE, existe el problema ya señalado del incumplimiento del porcentaje mínimo de trabajadores con discapacidad, por lo que parece necesario una reforma del RD 1368/1985 para que este personal subrogado (y que previsiblemente en el futuro pasará a desarrollar sus servicios para una nueva contratista) no entre en el cómputo de ese porcentaje mínimo. En el segundo caso, trabajadores con discapacidad que tienen una relación laboral especial y son subrogados por una empresa ordinaria, se produce una novación contractual que no está recogida en modo alguno por el ordenamiento, por lo que sería relevante reformar la actual regulación de la relación laboral especial para incorporar esta cuestión⁷⁹.

78 Fernando Valdés Dal Re, “Las medidas de la LCSP en relación con el empleo de las personas con discapacidad y los principios de igualdad y no discriminación”, *Derecho de las Relaciones Laborales* 8 (2018): 927.

79 Sobre ambas propuestas de reforma, realizadas por el Cermi, vid. Josep María Fuste Miquela, “Contratación, extinción del contrato y subrogación contractual...”, 204-206.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso García, Belén. “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”. *Tribuna Social* 91 (1998).
- Alvarez de la Rosa, Manuel. “La regulación especial del trabajo de los minusválidos (y II)”. *Relaciones Laborales* Tomo I (1987).
- Castro Argüelles, María Antonia. “La relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los Centros Especiales de Empleo”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 118 (2015).
- Cordero Gordillo, Vanessa. *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Esteban Legarreta, Ricardo y Martínez Abascal, Vicente Antonio. “La relación laboral especial de los minusválidos”. *Tribuna Social* 91 (1998).
- Esteban Legarreta, Ricardo. “La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico”. En AA.VV. R. y Pérez de los Cobos, F. *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*. Dirigidos por Esteban Legarreta. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Fuste Miquela, Josep María. “Contratación, extinción del contrato y subrogación contractual”. En AA.VV. *La aplicación del Derecho del Trabajado en los centros especiales de empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Gala Durán, Carolina. “La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo”. *Temas Laborales* 55 (2000).
- García Valverde, María Dolores y González de Patto, Rosa María. “Discapacidad y trabajo. Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad”. *Temas Laborales* 75 (2004).
- Garrido Pérez, Eva. *El trabajo de los minusválidos en centros especiales de empleo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- Quintana Cortes, José Luis y Rodríguez Castaño, Antonio Ramón. “La reserva de contratos para centros especiales de empleo”. *Anales de Derecho y Discapacidad* 4 (2019).
- Sempere Navarro, Antonio Vicente. “El trabajo de los minusválidos: problemas de su regulación”. *Tribuna Social* 91 (1998).
- Tuset del Pino, Pedro. *La contratación de trabajadores minusválidos*. Pamplona: Aranzadi, 2000.

Valdés Dal Re, Fernando. “Las medidas de la LCSP en relación con el empleo de las personas con discapacidad y los principios de igualdad y no discriminación”. *Derecho de las Relaciones Laborales* 8 (2018).

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento de Derecho Público y del Trabajo
Facultad de Derecho
Universidad de Huelva
juan.gorelli@dam.uhu.es
<https://orcid.org/0000-0003-4452-3068>



TÉCNICA PROCESAL PARA CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN
ALIMENTARIA EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO
CIVIL BRASILEÑO

*PROCEDURAL TECHNIQUE FOR EXECUTION THE
OBLIGATION TO PAY ALIMONY IN THE NEW BRAZILIAN
CIVIL PROCEDURE CODE*

DANIEL ROBERTO HERTEL¹

Universidad Vila Velha. Brasil

Recibido: 03/11/2021

Aceptado: 28/12/2021

RESUMEN

Aborda la ejecución de la obligación alimentaria en el nuevo Código de Proceso Civil Brasileño. Aborda el derecho a la alimentación, centrándose en su sustrato constitucional. Trata minuciosamente de los ritos de ejecución de las obligaciones alimentarias con embargo (mediante la técnica de la expropiación) y con pena de prisión (mediante la técnica de la coacción). El texto da un enfoque especial en la dualidad de regímenes establecidos

¹ Es Licenciado en Administración y en Derecho por la Universidad brasileña Vila Velha (UVV); Especialización en Derecho Público y en Derecho Procesal Civil por la Faculdade Cândido Mendes y Máster en Garantías Constitucionales por las Facultades Integradas de Vitória (FDV). Curso de Profundización en Derecho procesal en la Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil en la Universidad Vila Velha (UVV). Profesor visitante en diversas Universidades brasileñas en Programas de Posgrado. Autor de numerosos artículos y monografías sobre Derecho procesal. Asesor para asuntos jurídicos en el Tribunal de Justicia del Estado de Espírito Santo (TJES).

en el nuevo Código de Proceso Civil Brasileño para ejecución de los títulos judiciales (cumplimiento de sentencia) y para los títulos extrajudiciales (proceso de ejecución). También se ocupa del encarcelamiento del deudor de alimentos durante el período de la pandemia Covid-19. Concluye de forma detallada sobre el tema objeto de estudio.

Palabras clave: obligación alimentaria – cumplimiento de sentencia - ejecución - prisión civil – Covid-19

ABSTRACT

It deals with the execution of the maintenance obligation in the new Brazilian Civil Procedure Code. It addresses the right to food, focusing on its constitutional substrate. It deals too meticulously with the rites of execution of maintenance obligations with embargo (through the expropriation technique) and with imprisonment (through the coercion technique). The text gives a special focus on the duality of regimes established in the new Brazilian Civil Procedure Code for the execution of judicial titles (compliance with judgment) and for extrajudicial titles (execution process). It also deals with the imprisonment of the food debtor during the period of the Covid-19 pandemic. It concludes in detail on the subject under study.

Keywords: maintenance, enforcement of judgment, execution, civil arrest, Covid-19

Sumario: 1. Introducción; 2. Derecho a la alimentación y la obligación alimentaria; 3. Modos de ejecución de las obligaciones alimentarias; 4. Competencia para ejecución de las obligaciones alimentarias; 5. Ritos para ejecución de las obligaciones alimentarias previstos en el nuevo código de proceso civil brasileño; 6. Ejecución de sentencia que establece obligación alimentaria bajo pena de embargo; 7. Ejecución de sentencia que establece obligación alimentaria bajo pena de prisión; 8 Ejecuciones autónomas de obligaciones alimentarias bajo pena de embargo y bajo pena de prisión; 9. Prisión del deudor de alimentos durante el periodo de pandemia resultante del covid-19; 10. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

La obligación alimentaria representa un tema de gran relevancia en Derecho. Esto se debe a que la alimentación está directamente relacionada con el derecho a la vida de las personas, con el derecho a la dignidad humana² y, también, con el derecho a la solidaridad familiar. En este orden de ideas, la protección del derecho a la alimentación consiste, en última instancia, en la protección del derecho a la vida y la dignidad, los cuales tienen previsión en el texto constitucional.

Se pretende analizar algunos aspectos derivados de la disciplina establecida en el nuevo Código de Proceso Civil Brasileño (CPC) para la ejecución de la obligación alimentaria, que, por cierto, consolidó la dualidad “ejecución tradicional” y “ejecución inmediata” para la cobranza de las más diversas obligaciones (dar, hacer, no hacer y pagar cantidad), incluido el pago de alimentos. Esta dualidad de técnicas conlleva distinciones relevantes en el sistema procesal brasileño, en particular porque la expropiación, o incluso el uso de alguna técnica coercitiva, se hará en un proceso de ejecución autónomo o en un proceso híbrido, en el módulo de cumplimiento de sentencia.

Además, en el caso de las obligaciones alimentarias, surge la pertinencia del asunto porque permite al acreedor utilizar los medios de ejecución del tipo coactivo, con la obtención de la protección jurisdiccional competente para dar lugar a la restricción de la libertad del deudor. No se puede olvidar que la prisión civil del deudor, en Brasil, constituye un régimen de excepción y su aplicación por parte de la Suprema Corte Brasileña (STF) se limita a los casos de deuda alimentaria. De hecho, en el recurso extraordinario n. 466.343 fue decidido por aquella Corte que el encarcelamiento del depositario infiel, por ser incompatible con los principios defendidos en los tratados de derechos humanos suscritos por la

2 Sobre dignidad humana y su aplicación en los procesos, cf.: Daniel Roberto Hertel, *O processo civil moderno e a dignidade da pessoa humana*. Revista dialética de direito processual – RDDP, São Paulo, nº 55, out., 2007.

República Federativa de Brasil, en particular, el pacto de San José de la Costa Rica, no es admitida³.

2. DERECHO A LA ALIMENTACIÓN Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

La obligación alimentaria corresponde al pago adeudado por el deudor al acreedor, siendo indispensable para la subsistencia del acreedor de los alimentos, sirviendo también para preservar su condición social y moral. La expresión “alimentación”, en el derecho brasileño, tiene dos significados: un común y otro técnico.

En el sentido común, “alimentación” representa lo necesario para el mantenimiento de la vida de una persona. En el sentido técnico, en cambio, como destaca Cahali⁴, basta agregar a la noción antes mencionada la idea de una obligación que se impone por causa prevista en la ley. Es importante señalar que el término “alimentos”, además de designar la obligación de mantener a una persona, también designa el contenido mismo de la obligación que debe proporcionarse. Por tanto, el término “alimentos” puede utilizarse en el sentido de obligación alimentaria, así como en el sentido de su contenido respectivo.

El monto a pagar en la obligación alimentaria se fijará en función de las necesidades del acreedor y de las posibilidades del deudor, debiendo el Juez, para equiparar dichos criterios, tener en cuenta el criterio de proporcionalidad. Por cierto, el artículo 1.694, § 1º, del Código Civil Brasileño establece que la

3 PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HC's nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (RE 466343, Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

4 Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 16.

pensión alimenticia debe fijarse en proporción a las necesidades del reclamante y los recursos de la persona obligada.

Al respecto, en Brasil, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) aclaró que la obligación alimentaria se rige por el binomio necesidad-posibilidad, no imponiendo mayor valor a ninguna de estas dos variables, pero no se debe desconocer que la variable necesidad es elástica y casi ilimitada, mientras que la de posibilidad es rígida y limitada a las posesiones del sustentador y, por tanto, para la expansión de sus ingresos⁵.

El estudio exhaustivo de los que están obligados a pagar “alimentos” es una tarea del Derecho de Familia. Sin embargo, se puede decir que los familiares, cónyuges y parejas están obligados a pagar la pensión alimenticia (artículo 1694 del Código Civil Brasileño), sin distinción de si se estableció o no matrimonio o unión estable entre personas del mismo sexo⁶. Entre los familiares obligados a pagar la pensión alimenticia se encuentran los ascendientes, descendientes y colaterales de segundo grado, que incluían solo a los hermanos. El Código Civil

5 STJ, HC 472.730/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, decidido en 13-12-2018, DJe 19-12-2018.

6 El Supremo Tribunal Federal señala que *A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988 (RE 646721, Relator Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017)*. De la misma forma, el Superior Tribunal de Justiça ya ha decidido que *A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual... A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença* (REsp 1302467/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, decidido en 03-03-2015, DJe 25-03-2015).

Brasileño (CC) innovó al disponer, en el art. 1.700, que la obligación de pagar la pensión alimenticia pasa a los herederos del deudor.

3. MODOS DE EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

Los “alimentos” pasados, es decir, aquellos que no han sido pagos a pesar de su previa constitución en un título judicial o extrajudicial, pueden ser ejecutadas de dos formas: bajo pena de embargo o bajo pena de prisión. Cabe destacar que el uso de la ejecución bajo pena de prisión se aplica únicamente a la pensión alimenticia derivada del derecho de familia y no a la pensión alimenticia derivada de obligación de indemnización⁷.

En relación con la ejecución (título extrajudicial) o el cumplimiento de sentencia (título judicial) que prevea obligación alimentaria bajo pena de embargo, no existe limitación al cobro de cuotas pasadas, salvo, por supuesto, en relación con aquellas que ya están extintas por la prescripción. Es de destacar que, de acuerdo con el artículo 206, §2 del Código Civil Brasileño, el plazo de prescripción de la obligación alimentar es de 2 (dos) años⁸.

Si el acreedor tiene la intención de ejecutar la pensión alimenticia bajo pena de prisión, deberá ser observado el contenido de lo dispuesto en el artículo 528, §7, del Código de Proceso Civil Brasileño (CPC), que establece que la deuda alimenticia que autoriza el encarcelamiento civil de la parte alimenticia comprende hasta 3 (tres) cuotas previas a la presentación de la ejecución y las que vencen en el curso del proceso. Por cierto, también en este sentido es la declaración de la “súmula” número 309 del Superior Tribunal de Justicia (STJ). Por lo tanto,

7 En esse sentido: “Somente a execução dos alimentos fundados em relações familiares admite a prisão” (Elpídio Donizetti, *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Gen/Atlas, 2018. p. 697.).

8 El derecho a la pensión alimenticia, que puede reclamarse en la acción de pensión alimenticia, no prescribe, según lo establecido en el art. 23 de la Ley n. 5.478/68. La prescripción bienal, a que se refiere el art. 206, § 2, del Código Civil Brasileño, se centra en las pensiones alimenticias fijadas judicialmente y no en el derecho a reclamar la pensión alimenticia, que es imprescriptible.

existe, en el Derecho Brasileño, una limitación para la ejecución bajo pena de prisión⁹.

De otro lado, las cuotas de alimentos ya vencidos admiten la ejecución mediante un descuento, previsto en el artículo 529 del CPC. Así, cuando el deudor sea un funcionario público, militar, director o gerente de una empresa o empleado sujeto a la legislación laboral, el acreedor podrá solicitar la deducción de la nómina del monto de la pensión alimenticia. En tal caso, el juez oficiará a la autoridad, la empresa o el empleador, determinando, bajo pena de delito de desobediencia, el descuento de la primera remuneración posterior del ejecutado. Esta misma posibilidad de deducción de la nómina se prevé para la pensión alimenticia incluida en un título extrajudicial, según lo previsto en el artículo 912 del CPC.

4. COMPETENCIA PARA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

La competencia para cumplir una sentencia que establece una obligación alimenticia es, por regla general, funcional. Por tanto, corresponde al tribunal que emita la resolución que estableció la pensión alimenticia para tramitar el módulo ejecutivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 516, II, del Código de Proceso Civil Brasileño. También es posible ejecutar dicha decisión, según lo establecido en el párrafo único del artículo 516 del CPC, a juicio del domicilio actual del deudor o incluso en el lugar donde se ubiquen los bienes sujetos a ejecución. El artículo 528, §9, del CPC, también permite el establecimiento del módulo ejecutivo en el domicilio del acreedor. Esto se justifica porque en las

9 La doctrina brasileña señala que *A prisão civil é medida coercitiva grave, que se justifica diante da proteção à vida do credor. Por isso, não se justifica o emprego dessa medida coercitiva nos casos em que as prestações alimentícias vencidas passam a ter caráter preponderantemente patrimonial* (José Miguel García Medina, *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015, 834).

obligaciones alimenticias el acreedor es, generalmente, la parte más vulnerable de la relación jurídica.

5. RITOS PARA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS PREVISTOS EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL BRASILEÑO

La ejecución de la pensión alimenticia es, en efecto, la ejecución del pago de una cantidad que por la especial naturaleza del derecho protegido se trata como una ejecución especial, previéndose actos materiales específicos para satisfacer el crédito de la pensión alimenticia¹⁰.

El Código de Proceso Civil Brasileño prevé dos sistemas para la ejecución de la pensión alimenticia. La primera está destinada a la ejecución de las pensiones alimenticias que fueron fijadas en una orden judicial, llevándose a cabo en un módulo ejecutivo de un proceso “sincrético” o “híbrido”, en forma de los artículos 528 a 533 del CPC. La segunda está destinada a la ejecución de la pensión alimenticia mencionada en un título extrajudicial (ejemplo: escritura pública de divorcio), en cuyo caso la ejecución es tradicional y no inmediata, realizándose, por tanto, en un proceso autónomo, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 911 a 913 del CPC.

Cabe señalar, sin embargo, que existe una relación de subsidiario entre los dos sistemas de ejecución, es decir, entre lo que se realiza en un proceso autónomo y lo que se realiza en un módulo ejecutivo de un proceso “sincrético”. Esto se debe a las disposiciones contenidas en los artículos 771 y 513 del Código de Proceso Civil Brasileño.

Cabe señalar que tanto el cumplimiento de sentencia como la ejecución autónoma de la pensión alimenticia prevista en un título extrajudicial pueden realizarse bajo pena de embargo o pena de prisión. Por cierto, el Superior Tribunal de Justicia manifestó que la elección del rito de ejecución de la pensión

10 Esa es la orientación de la doctrina brasileña: Daniel Amorim Assumpção Neves, *Manual de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1221.

alimenticia es de libre elección del acreedor, tanto en el caso de tratarse de títulos judiciales como extrajudiciales (artículos 528, §§ 3º y 8º, y 911 del CPC¹¹. En el mismo sentido, la doctrina sostiene que el acreedor tiene la opción de cobrar la pensión alimenticia bajo pena de embargo o pena de prisión¹².

6. EJECUCIÓN DE SENTENCIA QUE ESTABLECE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA BAJO PENA DE EMBARGO

El cumplimiento de una sentencia (ejecución) que establezca la obligación de pagar una pensión alimenticia bajo pena de embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 528, §8, del Código Proceso Civil Brasileño, sigue el procedimiento delineado en el artículo 523 de ese Código. En tal caso, el trámite se iniciará mediante simples petición (y no mediante acción ejecutiva), y el deudor de alimentos será intimado¹³ para pagar la deuda, dentro de los 15 (quince) días

En este caso, no se establece un proceso de ejecución autónomo, sino un mero módulo ejecutivo del proceso híbrido. La citación del ejecutado para cumplir la sentencia será ejecutada: 1) por el Diário da Justicia, en la persona de su abogado constituido en el expediente; 2) por carta con acuse de recibo, cuando sea representado por la Defensora del Pueblo o cuando no haya un apoderado designado en el expediente; y 3) por aviso público, cuando, citado de tal forma y haya fallado en la fase de conocimiento.

Si el pago voluntario de la deuda no se produce dentro de los 15 (quince) días, la deuda se incrementará con una multa de diez por ciento y también con honorarios de abogado en el mismo porcentaje, emitiendo de inmediato un auto de embargo y evaluación, con la práctica, luego, de actos de expropiación. Nada impide que se determine el embargo electrónico, mediante utilización de los

11 STJ, REsp 1557248/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, decidido en 06-02-2018, DJe 15-02-2018).

12 Alexandre Freitas Câmara, *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Gen/Atlas, 2016, 366.

13 Como el proceso es híbrido, no es correcto en el Derecho Procesal Civil Brasileño determinar nueva citación del deudor en la etapa de cumplimiento de sentencia.

sistemas electrónicos Sisbajud, para bloquear dinero en una cuenta bancaria, o el Renajud, para embargo de vehículos.

La defensa del deudor se presentará mediante impugnación del cumplimiento de sentencia (artículo 524, CPC), destacando que el plazo para presentarla es de 15 (quince) días, contados a partir del vencimiento del plazo de 15 (quince) días para el pago de la deuda. Esa defensa no permite un conocimiento pleno, sino solo parcial. Esto significa que los asuntos de defensa que pueden reclamar los ejecutados son limitados, con restricciones de cognición en el plano horizontal.

El artículo 525, §1 del CPC, dispone que en la impugnación, el demandado podrá reclamar: I - la falta o nulidad de la citación si, en la fase de conocimiento, el proceso se llevó a cabo por defecto; II - ilegitimidad de parte; III - no exigibilidad del título o de la obligación; IV - embargo incorrecto o evaluación errónea; V - ejecución excesiva o acumulación indebida de ejecuciones; VI - incompetencia absoluta o relativa del juicio de ejecución; VII - Cualquier causa que modifique o extinga la obligación, tales como pago, transacción o prescripción, siempre después de la sentencia.

7. EJECUCIÓN DE SENTENCIA QUE ESTABLECE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA BAJO PENA DE PRISIÓN

Es posible que el acreedor de la pensión alimenticia, ya sea provisional (fijada en una decisión interlocutoria) o definitiva (fijada en una sentencia), solicitar el cumplimiento de la decisión judicial utilizando un medio ejecutivo de coerción consistente en la prisión del deudor. Por cierto, esta posibilidad de utilizar la prisión civil para obligar al deudor a pagar la pensión alimenticia está respaldada por la propia Constitución Federal Brasileña, que prevé en el artículo 5, LXVII, que no habrá prisión civil por deudas, salvo el responsable del incumplimiento voluntario e inexcusable de la obligación alimenticia y la del depositario infiel.

Aquí no hay ejecución tradicional, sino ejecución inmediata, que se realiza en un módulo ejecutivo de un proceso híbrido. El artículo 528 del Código de Proceso Civil Brasileño establece que en cumplimiento de sentencia que condene el pago de la pensión alimenticia o decisión interlocutoria que fije la pensión alimenticia, el juez, a solicitud del deudor de la sentencia, ordenará la notificación personal para, en tres días, pagar la deuda, probar que lo hizo o justificar la imposibilidad de pagarla.

El plazo de pago debe contarse en días hábiles, de conformidad con el art. 219, del CPC. Cabe mencionar la posibilidad de decretar la prisión civil del deudor de alimentos requiere previa notificación personal para el pago de la deuda. A partir de la notificación del deudor se pueden dar básicamente tres situaciones: a) el deudor puede pagar la deuda o incluso probar que ya lo hizo; b) el deudor puede dejar fluir el plazo de pago quedando inerte; y c) el deudor puede ofrecer defensa por medio de una justificación.

En el primer caso, cuando el deudor efectúe el pago de la deuda dentro del plazo legal o prueba que ya lo había hecho, el Juez dictará sentencia y extinguirá el módulo ejecutivo. En respecto al principio de procedimiento contradictorio sustancial, una vez efectuado el pago o comprobado que ya se ha realizado, el Juez deberá, antes de dictar sentencia de extinción del módulo de ejecución, determinar la intimación del acreedor para manifestarse en el proceso.

En el segundo caso, el deudor no paga la deuda, no acredita que la pagó y no presenta justificación. Ante tal escenario, el juez determinará el protesto del título ejecutivo en el Registro Civil. Además de ordenar el protesto del título, el juez también determinará la prisión del ejecutado por un período de uno a tres meses, conforme la previsión contenida en el artículo 528, §3 del CPC. El decreto de prisión no debe determinarse de oficio y el Juez debe esperar la solicitud de la parte¹⁴.

14 Marcus Vinicius Rios Gonçalves, *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016, 818

Una vez decretada la pena de prisión por un período de un mes, ¿se puede, por ejemplo, extender su plazo a tres meses? Al respecto, el Superior Tribunal de Justicia ya ha aclarado que nada impide que, inicialmente decretado en el plazo mínimo legal, posteriormente se prorroga, observando el plazo máximo fijado por la ley, si se demuestra la negligencia del deudor de alimentos¹⁵.

Es importante mencionar que la prisión se cumplirá en régimen cerrado, y el preso debe estar separado de los presos ordinarios y que el cumplimiento de la sentencia no exime al ejecutado del pago de las cuotas adeudadas. ¿Es posible cumplir una pena de prisión civil en casa? El Superior Tribunal de Justicia ya ha asentado que la pretensión de cumplir con la prisión civil bajo domicilio, por regla general, no encuentra cobijo en la jurisprudencia del Tribunal Superior, pues distorsiona el propósito de obligar al deudor a cumplir con la obligación de manutención y viola la ley fundamental que tiene para la supervivencia digna¹⁶.

Pero durante el período de las limitaciones de la covid-19, la prisión civil en régimen cerrado non debe ser admitida. El Superior Tribunal de Justicia decidió que debe ser impedida, por el momento, la prisión civil del deudor de alimentos en régimen cerrado, pero permitiendo al acreedor indicar si la prisión civil es para ser en régimen de domicilio o si se pretendiera diferir el cumplimiento, sin perjuicio de la adopción de otras medidas inductivas, coercitivas o imperativas¹⁷.

Debe recordarse que la prisión civil del deudor de alimentos no es una pena, sino un medio de ejecución coercitiva para obligar al ejecutado a cumplir la obligación. En este orden de ideas, una vez efectuado el pago de la pensión alimenticia, el juez debe suspender de inmediato la ejecución de la orden de prisión, independientemente de una audiencia previa del Ministerio Público.

La tercera hipótesis que puede presentarse es aquella en que el deudor presenta justificación del incumplimiento de la obligación alimenticia. La

15 STJ, REsp 1698719/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, decidido en 23-11-2017, DJe 28-11-2017.

16 STJ, RHC 98.961/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 14-08-2018, DJe 23-08-2018.

17 STJ, HC 645.640/SC, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, decidido en 23-03-2021, DJe 26-03-2021.

justificación es una defensa a través de la cual el deudor, en un plazo breve de tres días, luego de ser citado para cumplir con la obligación, presenta razones de hecho y de derecho que le imposibilitan el cumplimiento de la obligación alimenticia.

Presentada la justificación, el acreedor de la sentencia deberá ser intimado, a través de su abogado, para que, si lo desea, exprese su opinión sobre la defensa presentada por el deudor. Esta medida es necesaria en vista de la sustancial contradicción, que guía todo el procedimiento civil moderno (artículos 9 y 10 del CPC). No hay posibilidad de ejercitar la cognición plena y exhaustiva en la justificación que se presenta en el cumplimiento de una sentencia que establece una obligación alimenticia porque tal defensa no da lugar a un proceso cognitivo incidente.

El Juez no puede dejar de recordar que existe un título judicial que sustente la solicitud de cumplimiento de sentencia, quizás amparado por la autoridad de la cosa juzgada (artículo 502 del CPC), militando a favor del acreedor de la sentencia la presunción de veracidad en relación con la ausencia de motivos de falta de pago de la pensión alimenticia. En este paso, corresponderá al deudor probar su total imposibilidad de pago de la pensión alimenticia. También hay que recordar que la admisión de muchas pruebas en la justificación puede, de hecho, convertir el módulo ejecutivo del proceso híbrido en otro módulo cognitivo, lo que no es correcto, especialmente considerando el principio de efectividad de ejecución.

Una vez presentada la justificación, el Juez debe pronunciarse. Si rechaza esa defensa, ordenará la detención del deudor; por otro lado, si el juez acepta la justificación presentada, no ordenará el encarcelamiento del ejecutado, pero esto no eximirá al deudor del pago de las deudas. El acreedor, en tal caso, solicitará la continuación de la ejecución y realización de embargo.

8. EJECUCIONES AUTÓNOMAS DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS BAJO PENA DE EMBARGO Y BAJO PENA DE PRISIÓN

La ejecución de la pensión alimenticia mencionada en un título extrajudicial se realiza de conformidad con lo dispuesto en el artículo 911, del Código de Proceso Civil. En tal caso, hay un proceso de ejecución autónomo inaugurado a través de una acción de ejecución y no un proceso híbrido, y se debe determinar la citación del ejecutado.

Es importante mencionar que también para la ejecución autónoma de la pensión alimenticia, el Código de Procedimiento Civil contempla dos procedimientos: uno para la ejecución bajo pena de embargo (por expropiación) y otro para la ejecución bajo pena de prisión (mediante el uso de medidas coercitivas).

9. PRISIÓN DEL DEUDOR DE ALIMENTOS DURANTE EL PERIODO DE PANDEMIA RESULTANTE DEL COVID-19

El arresto del deudor de alimentos en Brasil se atiende en régimen cerrado. Existe una disposición legal al respecto en el artículo 528, párrafo cuarto, del CPC. Se necesita cautela en la ejecución de este arresto porque el deudor de la pensión alimenticia no es igual a criminales altamente peligrosos. Por ello, la custodia del deudor con la obligación de pagar la pensión alimenticia debe realizarse en régimen cerrado, pero en una celda separada de los demás presos.

Durante el período de la pandemia resultante del Covid-19, el arresto del deudor de alimentos sufrió adaptaciones. Es que el encarcelamiento de los ejecutados durante el período pandémico podría causar un daño mayor que los resultados por la ejecución alimentaria. Además, no se pueden olvidar los principios de la dignidad humana y el derecho a la salud y la vida.

Así, la Corte Superior de Justicia llegó a entender que durante el período de la pandemia Covid-19, el encarcelamiento del deudor de alimentos debe ser en régimen domiciliario o, a solicitud del acreedor de alimentos, en régimen cerrado únicamente después del final de la pandemia. Esta orientación preserva

los principios de la dignidad humana y lo que asegura el derecho a la vida y la salud, sin perjudicar al acreedor de alimentos, porque la medida coercitiva de prisión puede ejecutarse posteriormente.

Al respecto, ya ha sido resuelto por ese Tribunal de Justicia(STJ)¹⁸ que, debido a la pandemia provocada por el coronavirus (Covid-19), se recomienda diferir el cumplimiento de la prisión civil en régimen cerrado o inmediatamente en régimen domiciliario, a criterio del acreedor, teniendo en cuenta la posibilidad de que el deudor de alimentos contraiga una enfermedad tan perniciosa.

También fue señalado por la Corte Superior de Justicia (STJ) que, ante la imposibilidad de cumplir la pena de prisión por la pandemia resultante del Covid-19, es posible adoptar medidas coercitivas de propiedad contra el deudor. Por cierto, se decidió que en lo que respecta a los derechos de la niñez y la adolescencia, no se puede olvidar que el ordenamiento jurídico adopta la doctrina de la protección plena y el principio de prioridad absoluta, en conformidad con el artículo 227 de la Constitución Federal Brasileña. Así, considerando que la pensión alimenticia es indispensable para la subsistencia del acreedor, por tener un carácter inmediato, se debe permitir la adopción de actos de constricción, al menos mientras dure la suspensión de todas las órdenes de arresto civil por la pandemia de Covid-19. equidad, sin la conversión del rito¹⁹.

En cualquier caso, recientemente, con el control de la pandemia Covid-19 en Brasil como resultado de los avances en la vacunación con la inmunización de la mayoría de la población, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) comenzó a recomendar a los Magistrados que vuelvan a decretar el encarcelamiento de los deudores de obligaciones alimentarias²⁰. Por supuesto, los Jueces deben tener en cuenta el contexto local, el calendario de vacunación en el lugar de residencia

18 STJ, HC 682.185/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021.

19 STJ, REsp 1914052/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021.

20 CNJ - Conselho Nacional de Justiça, Ato Normativo n. 0007574-69.2021.2.00.0000, de 22 de outubro de 2021.

del deudor, la situación real de contagio de los presos e incluso la negativa del deudor a vacunarse, como forma de evitar el decreto de detención.

Para adoptar este entendimiento, se tomó en cuenta que: 1) el ordenamiento jurídico brasileño prioriza los intereses absolutos del niño y del adolescente; 2) el arresto domiciliario no es eficaz para obligar al deudor de alimentos a pagar la deuda; 3) el largo período que atraviesan los acreedores de pensión alimenticia para recibir las cantidades a las que tienen derecho; y 4) los grandes avances en materia de inmunización frente al coronavirus.

10. CONSIDERACIONES FINALES

La prestación de alimentos es un medio para mantener la vida y la dignidad de determinadas personas. Su importancia justifica el uso de medidas coercitivas para su cobro, en particular, el decreto de prisión civil. No hay, en Brasil, discusión sobre la constitucionalidad de la prisión del deudor de alimentos.

El uso de la medida coercitiva debe estar bien definido por el Magistrado, ya que la restricción del derecho a la libertad constituye una medida excepcional y puede incluso dificultar la recepción de prestaciones atrasadas. En este sentido, la duración de la prisión civil no puede exceder el plazo establecido en el Código de Proceso Civil.

Deben observarse estrictamente los límites establecidos por la jurisprudencia y en el CPC con la limitación de la ejecución de la provisión de la pensión alimenticia bajo pena de prisión únicamente hasta los tres últimos plazos y los que vencen durante la tramitación de la demanda. Un entendimiento contrario implicará violación del principio del menor sacrificio posible del deudor.

No se puede perder de vista la pauta de que la conveniencia de la detención civil debe ser realizada por el acreedor. En este sentido, el Magistrado no debe decretar de oficio la prisión civil del deudor de la pensión alimenticia, ni determinar de oficio la conversión del rito bajo pena de prisión en rito bajo pena de embargo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvim wambier, Teresa Arruda et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.
- Cahali, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 11. ed. ver. atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. v. 3.
- Câmara, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006. v. 2
- Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.
- Donizetti, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 21. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Gen/Atlas, 2018.
- Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.
- Hertel, Daniel Roberto. *Curso de execução civil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.
- Hertel, Daniel Roberto. *Medidas ejecutivas atípicas en en nuevo código procesal civil brasileño: suspensión del permiso para conducir automóviles, retención de pasaporte y cancelación de la tarjeta de crédito del deudor por impago de las deudas*. Revista General de Derecho Procesal, España, v. 53, p. 2, 2021.
- Hertel, Daniel Roberto. *O processo civil moderno e a dignidade da pessoa humana*. Revista dialética de direito processual – RDDP, São Paulo, nº 55, out., 2007.
- Hertel, Daniel Roberto. *Sistematización de la tutela provisional en el Derecho Procesal Civil Brasileño*. Revista Iberoamericana de derecho procesal, España, v. 2, 371-384 (2020).
- Hertel, Daniel Roberto. *Técnica procesal para el cumplimiento provisional de decisiones judiciales en el derecho procesal civil brasileño*. Vox juris, Peru, v. 39, p. 101, 2021.
- Medida, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.
- Moreira, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- Nery Júnior, Nelson y Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.
- Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- Pereira, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*. 3. ed. Porto Alegre: SAFE, 1983.
- Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.
- Theodoro Júnior, Humberto. *Processo de execução*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2004.

DANIEL ROBERTO HERTEL
Derecho Procesal Civil
Universidad Vila Velha. Brasil
daniel@uvv.br
<https://orcid.org/0000-0001-9096-2884>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.569>

LEY SINGULAR Y DERECHO DEL TRABAJO EN LA PERSPECTIVA
ITALIANA: EL PODER DE LOS GIGANTES*

*IUS SINGULARE AND LABOUR LAW AN ITALIAN PERSPECTIVE:
THE POWER OF THE GIANTS*

ANTONELLO OLIVIERI¹

Universidad de Foggia. Italia

Recibido: 25/10/2021 Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

El objetivo de este artículo es investigar la naturaleza de las leyes singulares a la luz de los recientes fenómenos que han cuestionado algunas categorías tradicionales del Derecho laboral italiano. El requisito de la generalidad-abstracción caracteriza a la ley en general, pero no representa un momento esencial o necesario del derecho. El problema legislativo surge de la excepción que define constantemente la experiencia jurídica. El *ius*

* Un agradecimiento especial a la Profesora Carmen Solís Prieto por su revisión minuciosa del texto, así como por su disponibilidad y paciencia.

¹ Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Foggia (Italia), en la que también obtuvo el título de Doctor con una tesis que recibió el premio del Ministerio de Trabajo a la mejor tesis doctoral. Estancias de investigación postdoctoral en las Universidades de Sevilla y Huelva. Es vicedirector de la revista “Variazioni su temi di diritto del lavoro”. Ha sido investigador principal de numerosos proyectos nacionales de investigación. Ha coordinado el volumen de carácter internacional *Alternative labour dispute resolutions. A collection of comparative studies*. Su obra *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla postmodernità giuridica verso la modernità economica?* fue premiada por la Asociación Italiana de Derecho del Trabajo (AIDLASS). Sus principales líneas de investigación son: teoría general, política de empleo, contratación temporal, conflicto colectivo y despido, tanto individual como colectivo.

singulare introduce excepciones en el ordenamiento y el *status necessitatis* se presenta siempre como una zona ambigua en cualquier experiencia jurídica. Así, se puede distinguir un *ius singulare* fisiológico determinado por exigencias imprevisibles y excepcionales y un *ius singulare* patológico que representa, en realidad, un *privilegium* y torna la excepcionalidad en un puro interés político-económico.

Palabras clave: Ius singulare, Ponderación, Privilegium, Caso específico, Justicia

ABSTRACT

The essay aims to investigate the nature of the so called “leggi provvedimento” in the light of recent phenomena that have called into question some traditional categories of labour law. No cloying idea of the general and abstract feature of the law is asserted. Rather, the intention is to wonder whether any provision reserved for one enterprise or one or few workers is indeed tolerable considering the concept of labour law as the arbitrator of an economic conflict, often quite intense and not bound to become any less so in the future. This structural function calls for enhanced consideration of equal treatment, as reasserted by the EU indications on State grants, not coincidentally hardly consistent with the interventions in favour of the old flag carrier or what is left of it.

Keywords: Ius singulare – System balance – Privilegium – Specific case - Justice

Sumario: 1. Introducción. 2. La apología del caso. 3. La lucha del Derecho entre regla y excepción. 4. Privilegium ne irroganto. 5. Control sobre la ley singular y exigencia de justicia. 6. Ius singulare y tiranía de los valores. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de *ius singulare* es un interesante campo semántico a través del cual proceder a la observación del Derecho del trabajo que plantea un problema diferente respecto a otras ramas del derecho (por ejemplo, al Derecho administrativo o al Derecho penal).

Trataré de defender el *ius singulare* o –mejor dicho– trataré de trazar los límites entre un derecho singular fisiológico y uno patológico, que en realidad no es más que un *privilegium*. Una precisión metodológica: me referiré al

concepto de *ius singulare* como un contenedor conceptual que engloba las diversas *definitiones* de derecho especial, derecho excepcional, derecho concreto.

Me limitaré a tomar en consideración aquellos actos legislativos que establecen de manera concreta una modificación de situaciones jurídicas subjetivas en vista de la consecución de un objetivo público. Si pretendemos adentrarnos en la selva normativa del *ius singulare*, no se puede prescindir de ponerlo en relación, en *concordia discors*, con otras categorías: excepción, necesidad y emergencia.

¿Es posible definir el sentido de la relación entre estas categorías y el Derecho laboral?

Como es bien sabido, el Derecho laboral se caracteriza por un modelo de producción legislativa singular. El Derecho del trabajo nace como una *fixio*, es decir, como una derogación, una excepción a los principios del Derecho común y en este sentido ha ido evolucionando; como un derecho con el alma uniforme, general y abstracta, pero con un cuerpo marcado por la excepción. Es un Derecho dicotómico, enigmático, conflictivo por su naturaleza, para sus intérpretes.

Derecho forjado como una “liga de todos los contrarios: privado y público, individual y colectivo, derecho de los bienes y derecho de las personas, igualdad y jerarquía”².

Ahora bien, así como Bellerofonte no sería un héroe sin la Quimera, el *ius singulare* sólo es tal si está íntimamente relacionado con el *ius commune*, una de las dicotomías en torno a las cuales el pensamiento jurídico liberal se ha desarrollado. Es decir, “si se quiere estudiar correctamente lo general, no hay sino que observar la excepción real”³.

¿Cuál es la característica principal de tales leyes singulares?

Derogar, suspender la fuerza prescriptiva y, por tanto, la aplicación de las normas más generales que de otro modo habrían ampliado su horizonte jurídico.

2 Alain Supiot, *Critique du droit du travail* (Paris: PUF, 2011), 8.

3 Carl Schmitt, *Le categorie del politico* (Bologna: Il Mulino, 1972), 41.

Afectar la fuerza prescriptiva de las reglas generales. Traicionar la regla general. La mera representación de situaciones determinadas materializa, precisamente, una traición.

Así pues, si en los últimos años es posible denunciar un abuso en el recurso más urgente a la categoría de las leyes singulares, no se puede evitar plantearse una pregunta: ¿quién ha traicionado al Derecho del trabajo? Ahora bien, en una traición siempre hay al menos tres actores implicados: un traidor, un traicionado y un amante más o menos consciente de serlo. En nuestro caso, es fácil intuir cómo el *ius commune*, es decir, el Derecho del trabajo general, representa al sujeto traicionado y el *ius singulare*, es decir, el Derecho del trabajo excepcional, al amante.

¿Pero quién es el traidor?

Para ese papel resultarían idóneos dos sujetos del ordenamiento jurídico: el Gobierno, que –ejerciendo su función legislativa excepcional– incurre en una especie de culpa *in eligendo*; y el Tribunal Constitucional, sobre el que pesa una culpa *in vigilando*.

2. LA APOLOGÍA DEL CASO

El Derecho “no se resuelve todo y siempre en normas”, “antes de referirse a una simple relación o a una serie de relaciones sociales” es organización⁴. Y el *ius singulare* plantea, en primer lugar, un problema de organización a nivel institucional en las relaciones entre poderes del Estado. En efecto, la separación, fusión, combinación, conexión entre los poderes del Estado no designa más que un principio de organización que nace y se desarrolla en una dimensión de tipo normativo.

En la edad moderna, esta separación ha sido representada predominantemente en términos espaciales dentro de los cuales cada poder es capaz de

4 Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* (Firenze: Sansoni, 1962), 16 e 27.

gobernar, dominar y gestionar una porción del ordenamiento. Sin embargo, es posible compartir una perspectiva interpretativa diferente. En la representación husserliana, la separación de poderes tiene, en efecto, implicaciones también de tipo temporal. Así, el legislador, en su papel de planificador, lanza una “flecha hacia el futuro”, disponiendo de manera general y abstracta para los tiempos que vendrán; el titular del poder ejecutivo es el “hombre del momento” al que “no [...] interesan las cosas que quizás un día serán” por estar permanentemente anclado en el hoy, en el presente; en cambio, al juez le está reservada la dimensión temporal del pasado circunscrita esencialmente a la subsunción *ex post* de una situación jurídica concreta⁵.

Dentro de este estrecho entrelazamiento temporal, durante nuestro peregrinar sobre el *ius singulare*, encontramos un camino accidentado, irregular, escarpado, trazado por la obra ocasional del legislador. Aquí las categorías husserlianas se alteran. La referencia es la primacía del caso, un legislador acostumbrado a perseguir las exigencias contingentes, casi obsesionado con satisfacer los impulsos de grupos o categorías. Esta ocasionalidad se encalla de vez en cuando contra los arrecifes de las nuevas relaciones de fuerza, abandonando la ambición de surcar los oscuros océanos de la generalidad y la abstracción que son –por naturaleza– impermeables a ellos.

En esta atormentada navegación, el legislador decide confiar la suerte de los barcos al faro del *ius singulare* y a la brújula de la necesidad. Un faro que ya no escruta el derecho con los ojos de la eternidad relativa de los judíos hipotético-eventual. No alienta a los navegantes; no ilumina a los habitantes de las costas, ya no es perceptible a gran distancia. Por contra, se basa en la construcción de la regla del caso concreto en que el sujeto de la obligación está ya determinado; el hecho no se imagina, sino que se recuerda, descrito. No hay luz que seguir.

El faro es la meta. Así como cada faro produce una señal luminosa que lo hace único, el paso de la regla al caso devuelve al intérprete un derecho

5 Gerhart Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto* (Milano: Giuffrè, 2008), 52-56.

contingente totalmente sumergido en el presente, en el momento, en el instante⁶. Un derecho que no tiene ninguna necesidad de dominar el devenir⁷.

El derecho singular asigna un nombre y plasma el rostro del destinatario de la regla porque lo conoce *ex ante*. La unicidad del acontecimiento no sufre ningún daño probabilístico. El predicado jurídico nace precisamente dentro del hecho. Tiene el rostro irrepetible de la Gorgona que petrifica la norma en el seno de un único juicio aplicativo.

En efecto, el *ius singulare* no plantea un problema de subsunción entre ley y acontecimiento, sino de construcción. Ahora bien, cada norma está destinada a ser aplicada. Pero lo que cambia es el procedimiento de aplicación, se produce el abandono del modelo silogista basado en la distinción entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*⁸, es el “rechazo [...] de la separación entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto”⁹. Si hay un problema de construcción, entonces debemos interrogarnos sobre la “legalidad del caso”¹⁰.

El hecho se enriquece de su singularidad y dentro de estados de excepción previsibles y en algunos aspectos programables (por ejemplo, las medidas de amortiguación para el mantenimiento del bienestar social en vías de derogación o las múltiples intervenciones de rescate de la antigua compañía de bandera Alitalia) excluye la vinculación lógica del caso¹¹. El Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente la abstracta constitucionalidad de esta forma de ser del derecho en relación con las leyes singulares, que no son incompatibles “en sí mismas, con la organización de los poderes establecida por la Constitución”¹². Sin embargo, afirmar que la Constitución no prohíbe las leyes a medida no parece dirimente para resolver la cuestión.

6 Cfr. Natalino Irti, *Un diritto incalcolabile* (Torino: Giappichelli, 2016), 19-21.

7 Sobre este concepto véase Emanuele Severino, *Legge e caso* (Milano: Adelphi, 1978), 15 ss.

8 Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (Torino: Einaudi, 1966), 381 ss.

9 Massimo Vogliotti, “Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna”, *Quaderni fiorentini*, 2015, 132.

10 Francesco Viola, “La legalità del caso”, en *La Corte costituzionale nella costruzione dell’ordinamento attuale. Principi fondamentali* (Napoli: ESI, 2007), 315 ss.

11 Cfr. Irti, *Un diritto incalcolabile...*, 30.

12 Corte costituzionale 9 maggio 2013, n. 85.

3. LA LUCHA DEL DERECHO ENTRE REGLA Y EXCEPCIÓN

En el Derecho está la intrínseca tragedia del devenir, sobre todo en el Derecho del trabajo, condicionado por cambiantes variables externas. El Derecho, como la vida, se encuentra en un movimiento perenne de evolución y transformación¹³. El Derecho, como el tiempo, no se detiene y, por lo tanto, sólo se puede percibir en su historicidad¹⁴.

El problema legislativo surge, por consiguiente, de la excepción que caracteriza constantemente la experiencia jurídica. Pues bien, el *ius singulare* introduce rupturas, excepciones en el ordenamiento. Lo transforma y lo hace inquieto precisamente porque el *status necessitatis* se presenta siempre como una zona ambigua, en cualquier experiencia jurídica.

En la dicotomía regla-excepción se materializa la lucha del Derecho en un “ambiente ontológicamente bipolar”¹⁵. Hay situaciones tan excepcionales que se requieren intervenciones extraordinarias, según los fines inmanentes del Derecho¹⁶.

Entonces, ¿sobre qué debemos interrogarnos? No sobre las muy inciertas intenciones del legislador, sino sobre el carácter objetivo de la disposición. Precisamente sobre esa excepcionalidad.

En la actual coyuntura emergente, el problema de la excepción no adquiere un significado tan diferente del anterior, ya que plantea siempre la misma cuestión relativa al sentido y a la limitación de las categorías con las que se puede comprender. El horizonte conceptual que se vislumbra no difiere, por tanto, de los análisis tradicionales que han puesto de manifiesto que la perspectiva en la que se encuadra la constelación semántica del modo de ser del Derecho (derogación, excepción, anomalía, desviación) debe identificarse necesariamente en

13 Giuseppe Capograssi, “Studi sull’esperienza giuridica”, en *Opere*, vol. II, (Milano: Giuffrè, 1959), 245 ss. Véase también Maria Gabriella Esposito, *Diritto e vita. La lezione di Capograssi* (Milano: Giuffrè, 1997), *passim*.

14 Paolo Grossi, *Società, diritto, Stato*, (Giuffrè, Milano, 2006), 115-116.

15 Alberto Spinoso, “Tra regola ed eccezione: il concetto di *ius singulare* nel dibattito giuridico italiano tra otto e novecento”, *Quaderni fiorentini*, 2020, 253.

16 Livio Paladin, “In tema di leggi personali”, *Giustizia Costituzionale*, 1961, 1268.

la relación entre las dimensiones política y jurídica, con especial referencia a la prevalencia de la primera sobre la segunda. Y esto no sólo si se entiende como inmersión en el Estado de Derecho –en un marco de reglas garantizadas desde el punto de vista de la compatibilidad con los principios fundamentales del ordenamiento–, sino como momento anómico, como espacio vacío de Derecho¹⁷.

4. *PRIVILEGIUM NE IRROGANTO*

Cada norma tiene su propia *ratio* y la diferencia entre las varias *rationes* se puede insertar dentro de una dimensión histórica o dogmática¹⁸.

Con referencia a la primera distinción, el *ius commune* entraría en ese núcleo intangible del “verdadero, del justo, de la razón jurídica primitiva”, mientras que el *ius singulare* en la más modesta dimensión de lo “útil” de las convenciones políticas, sociales y económicas¹⁹.

Sin embargo, este enfoque conduce a un solapamiento conceptual indebido entre los dos momentos del Derecho, sobre todo cuando los contornos entre una discriminación legítima y un ejercicio arbitrario del derecho aparecen en penumbra en un ámbito como el laboral. En efecto, todas las leyes tienen como fundamento un principio supremo de racionalidad y justicia, pero también de utilidad. En el *ius singulare* el legislador acepta una lógica partisana, persigue objetivos redistributivos específicos a la luz de las conveniencias y utilidades autónomamente seleccionadas. El problema principal es entonces reconocer las razones del Derecho singular, sin entrar fácilmente en la hipótesis de que existen razones que el Derecho común no conoce.

Así pues, la distinción es más eficaz desde el punto de vista histórico. Precisamente desde esta perspectiva es posible apreciar la naturaleza cambiante del

17 Giorgio Agamben, “Stato di eccezione”, *Homo sacer*, (Macerata: Quodlibet, 2018), 216.

18 Para una crítica véase Riccardo Orestano, *Ius singulare e privilegium in diritto romano* (Tolentino: Stab. Tipografico F. Filelfo, 1937), 41 y 46.

19 Con referencia a Matteo Pescatore, *Logica del diritto: frammenti di dottrina e di giurisprudenza* (Torino: Utet, 1863), 40.

Derecho, que atrae hacia la interpretación evolutiva, por lo que una norma que regula algunos principios podrá transformarse en una norma que es una excepción o viceversa.

El *ius singulare* es una norma *introducendum* en tiempo posterior a la afirmación del principio más general de *ius commune* que lo precede. Es una contradicción que el *ius commune* hace de sí mismo²⁰. Es una especie de imperfección conscientemente aceptada, una excepción por razones especiales, por una diferente *utilitas*.

La *utilitas* es elemento propio de cada norma, es elemento común del ordenamiento jurídico²¹. Dos utilidades surgen en épocas diferentes. La nueva *utilitas* introduce entonces el *ius singulare* y genera un conflicto con el original. En el *ius singulare* se requiere un *aliquid novi*, una *aliqua utilitas*, una utilidad propia particular. Una utilidad innovadora que se distingue de las utilidades más genéricas que caracterizan todo el proceso formativo del Derecho²².

El *ius singulare*, por lo tanto, no vive fuera del Derecho, sino dentro del mismo. Las normas están vinculadas entre sí por una relación catulliana de amor y odio, por un conflicto a veces incurable de conjunción y de antítesis. Así, si no se pueden explicar las excepciones, tampoco puede explicarse lo general²³.

El momento de ruptura se realiza cuando la dimensión política fagocita, aprisiona la dimensión jurídica. Aquí se realiza el *vulnus* con respecto al ordenamiento: la reiteración de la misma medida singular o, mejor dicho, de la misma *utilitas* ya no vinculada a un estado de necesidad, a un acontecimiento imprevisible a regular jurídicamente, sino a una clara aspiración a convertirse en norma sin la forma, los procedimientos y las garantías previstas por el ordenamiento. Totalmente independiente de exigencias de excepcionalidad, emergencia e imprevisibilidad.

20 Orestano, *Ius singulare e privilegium...*, 46.

21 Rudolf von Jhering, *Lo scopo nel diritto* (1877), (Einaudi, Torino, 1972), 6 “no existe una norma jurídica que no tiene un objeto práctico”.

22 Orestano, *Ius singulare e privilegium...*, 58.

23 Schmitt, *Le categorie del politico...*, 41.

Así pues, la reiteración hace injustificable el enfoque de lo contingente y marca el *discrimen* entre un derecho singular legítimo y un *privilegium* arbitrario. El *ius singulare* se transforma en *privilegium*. La necesidad se convierte entonces en la justificación que hace lícito lo que sería ilegal. En el *decretum* de Graziano se expresa precisamente este concepto: es preferible no cantar ni escuchar la misa, que celebrarla en los lugares donde no se debe celebrar; a menos que esto suceda por una necesidad suprema, porque la necesidad no tiene ley²⁴.

Todas las normas se inspiran en una *ratio* clara e incontrovertible que expresa un criterio de equilibrio político-legislativo entre los diferentes intereses considerados. En este sentido, las normas de *ius singulare* también tienen en su base una *ratio* que las funda, aunque diferente y opuesta a la del *ius commune*.

En esencia, el *ius singulare* no es más que la misma norma que niega la *ratio iuris* transformándose. Ningún contraste ideal con el principio abstracto contenido en él, sino con el *tenor*, con la *ratio* de la disposición positiva. Por consiguiente, el conflicto no se desarrolla en el plano de los principios sino de la estructura técnica de las dos normas que responden no sólo a *rationes* diferentes sino también a *utilitates* diversas²⁵. Forma parte integrante del sistema de los principios que rigen la institución (*quod introductum est*) y tiene la posibilidad de convertirse, una vez instalado en su seno, en *ius commune*.

En cambio, es el *privilegium* el que se opone ideal y dogmáticamente al derecho común, ya que queda fuera del sistema de los principios ya impuestos por su estructura natural. Es incompatible con el sistema y éste es el carácter específico del *privilegium*, su incompatibilidad ideal²⁶. En este caso, tenemos un derecho anómalo que se sitúa fuera del sistema jurídico como un “cuerpo extraño”. Se trata de una contradicción con el sistema y no con la norma positiva del sistema.

De esta manera, el *privilegium* representa la verdadera excepción al derecho general y común, no se basa en un criterio racional porque encuentra su

²⁴ Nisi pro summa necessitate contingat, quoniam necessitas legem non habet.

²⁵ Orestano, *Ius singulare e privilegium...*, 53-54.

²⁶ Orestano, *Ius singulare e privilegium...*, 108 ss.

razón exclusivamente de la voluntad de quien lo crea sin ninguna necesidad de una supuesta *utilitas* genérica o específica. Un derecho “ordenado” pero no ordenado generado por un querer ya deseado y realizado²⁷.

5. CONTROL SOBRE LA LEY SINGULAR Y EXIGENCIA DE JUSTICIA

La primacía del caso tiende a construir arquitectónicamente un espacio de operatividad en el que el *ius singulare* reclama legítimamente su derecho a la palabra. ¿Cuál es el riesgo? Es necesario establecer diques a la degeneración del derecho singular para evitar, añadiría, que ese derecho a la palabra se transforme inopinadamente en un “derecho a la última palabra”²⁸.

¿Cuál es entonces la solución a la irracionalidad normal del legislador?

En el debate administrativo y constitucional, el *katecon* ya no se busca en el procedimiento legislativo, sino en la función jurisdiccional y en su capacidad de controlar en profundidad cualquier elección poco razonable.

¿Un control de legitimidad constitucional “estrecho” puede ser suficiente para reducir el riesgo de “arbitrariedad, vinculado a la posible desviación, en perjuicio de determinados sujetos, del trato común reservado por la ley a todos los asociados”²⁹?

La respuesta podría ser afirmativa y tranquilizadora si no fuera porque los contornos del estrecho control de legitimidad constitucional parecen, todavía hoy, bastante inciertos. En efecto, ante las exigentes afirmaciones de principio no puede constatarse un control más riguroso o, en cualquier caso, diferente de los dictámenes en los que el Tribunal aplica el criterio común de la racionalidad³⁰.

27 La referencia es por supuesto a Giovanni Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto* (Pisa: Mariotti, 1916), 89.

28 Massimo Dogliani, “Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima”, *Diritto Pubblico*, 2008, 3 ss.

29 Corte costituzionale 27 luglio 2020, n. 168.

30 Cfr. Costantino Mortati, *Le leggi provvedimento...*, 166.

En efecto, lo que el Tribunal de Justicia debe apreciar no son los “motivos históricamente contingentes” de la disposición, sino –en el orden– “la causa última de la norma” (entendida como “componente racionalmente coordinado en el conjunto más amplio del ordenamiento”), “la racionalidad objetiva de la disposición censurada” (por como la misma “vive en el ordenamiento y por los efectos que produce”), los “intereses en grado de justificar la ley” y los “criterios que inspiran las opciones realizadas” (así como “sus modalidades de aplicación a través de la identificación de los intereses objeto de tutela”)³¹.

Racionalidad objetiva, intereses y criterios, causa final representan, en efecto, la hoja de parra para cubrir los grandes y quizás insuperables límites vinculados al juicio en torno a este instrumento normativo. Una razón de excepcional gravedad y urgencia para salvaguardar los puestos de trabajo, incluso si se gestionan en los años con escasa, por decirlo suavemente, capacidad organizativa y productiva, excluiría siempre la ilegalidad constitucional.

El Tribunal Constitucional siempre ha sostenido que el derecho singular no es en sí mismo lesivo del principio de igualdad, pero llega a serlo en el caso en que se dan situaciones arbitrarias de privilegio, precisamente en ausencia de ese elemento necesario, urgente e imprevisible y, por tanto, incalculable.

Cuanto más “cosida” esté la ley sobre un acontecimiento imprevisible y excepcional, más se verá justificada. Sin embargo, este enfoque parece aún decepcionante porque el criterio de la arbitrariedad debe situarse dentro de cualquier acto normativo, abstracto o concreto, que tenga como destinatario a una sola persona, a un grupo de sujetos o a la generalidad de los ciudadanos.

Cada ley singular se sitúa por definición en manifiesta contraposición –ya a nivel de teoría general– con el principio de igualdad entre los sujetos del ordenamiento. Sin embargo, la generalidad está en peligro precisamente por la evolución del concepto de igualdad en el que se basa. En el desarrollo histórico de este concepto se ha producido una disociación entre una igualdad entendida

³¹ Matteo Losanna, “Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?”, *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2021, 190.

como generalidad del precepto legislativo y una igualdad configurada como justificación de la discriminación y, por tanto, como razonabilidad. Hoy el problema central es el de la “*tipicizzazione*” de estos juicios de racionalidad, es decir establecer *ex ante* y de manera rigurosa los criterios de disociación³².

5. *IUS SINGULARE* Y TIRANÍA DE LOS VALORES

En la contribución realizada al congreso de los juristas católicos de 1951, DOSSETTI, al enumerar los rasgos característicos del Estado moderno, señalaba que la única libertad que el Estado siempre ha respetado –incluso durante el período totalitario– ha sido “el derecho de la propiedad privada y de la libre iniciativa económica”, hasta el punto de establecer una “inmunidad en el ordenamiento jurídico” y un verdadero derecho singular en beneficio de la “sociedad económica y del poder económico”. Añadiría, salvando la distancia de los años transcurridos, de cierto poder económico, lo que Colin CROUCH denominó el poder de los gigantes.

La vicisitud a la que suele hacerse referencia con la expresión “caso Ilva” es una de las más largas, complejas y articuladas de la historia del ordenamiento italiano y se inserta paradigmáticamente dentro de un verdadero micro-ordenamiento de la necesidad caracterizado por excepciones a los principios comunes que se han traducido en los años como privilegios injustificados.

En este micro-ordenamiento surgen todos los elementos críticos inherentes al *ius singulare*: la relación con las leyes generales y abstractas; la compatibilidad con las normas europeas en materia de competencia; el respeto de las decisiones ya tomadas por la autoridad judicial; el equilibrio entre los derechos constitucionales (salud, ambiente, iniciativa económica, trabajo).

³² Viola, *La legalità del caso...*, 319.

Ahora bien, la persistencia permanente y grave de peligros medioambientales y para la salud ha requerido varias intervenciones legislativas discutibles sobre las que se ha pronunciado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, las decisiones del legislador fueron dictadas por la necesidad de garantizar el equilibrio necesario entre las exigencias de continuidad de la actividad productiva, de salvaguarda del empleo, de la seguridad en el lugar de trabajo, de la salud y del medioambiente salubre.

El Decreto Legislativo número 207 de 2012 determinó que, en los establecimientos de “interés estratégico nacional” con al menos doscientos empleados, el ejercicio de la actividad de empresa podría durar un tiempo no superior a 36 meses, incluso en caso de embargo judicial de las instalaciones, en cumplimiento de los requisitos impartidos por la Autorización Ambiental Integrada (en adelante, AIA) expedida durante la revisión.

El objetivo era construir, bajo el disfraz de una ley general y abstracta, una disposición capaz de autorizar en cualquier caso el ejercicio de la actividad, incluso pese a que la autoridad judicial ya hubiera adoptado medidas de embargo sobre los bienes de la empresa, por lo que las mismas devinieron inútiles.

La revocación legislativa de la medida judicial de embargo se había traducido de hecho en una ley de aprobación de un acto administrativo.

También en este caso el *ius singulare* se ha transformado en otra cosa, desnaturalizándose dentro de una aspiración el aumento ilimitado de su naturaleza, operando *pro futuro* (ya no sólo en el presente) a través de la devolución de las instalaciones y de los bienes producidos a medio plazo y la suspensión de cualquier embargo preventivo, en tanto medida precautoria que mira hacia el futuro.

Como es sabido, los caminos de la justicia se mueven por el hecho de la injusticia.

¿Cuál es la peculiaridad dentro del micro-ordenamiento Ilva?

Con las leyes “ad Ilvam” se asiste a un movimiento ascendente que va del derecho positivo a los valores constitucionales: derecho a la salud, derecho al trabajo, libertad de iniciativa económica privada.

Ahora bien, el primer ejercicio de calibración de la balanza se realizó con la sentencia del Tribunal Constitucional número 85 de 2013: “todos los derechos fundamentales protegidos por la Constitución se encuentran en relación de integración mutua y no es posible identificar uno de ellos que tenga la primacía absoluta sobre los demás. La protección debe ser siempre sistémica y no fraccionada en un conjunto de normas no coordinadas y potencialmente conflictivas. Si no fuera así, se produciría la ilimitada expansión de uno de los derechos, que se convertiría en ‘tirano’ con respecto a otras situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas, que constituyen, en su conjunto, expresión de la dignidad de la persona”.

El Tribunal Constitucional italiano estimó que, desde el punto de vista de los intereses de la empresa, era necesario tener en cuenta no sólo la libertad de iniciativa económica privada, protegida por el artículo 41 de la Constitución, sino también las repercusiones ocupacionales del eventual cierre, considerando que, al encontrarse implicadas empresas de interés estratégico nacional, el ejercicio de dicha libertad se hacía también vehículo de la protección y aplicación del artículo 4 de la Constitución, que recoge el derecho al trabajo.

Más allá de algunas categorías impropias, la afirmación del Tribunal Constitucional, desde el punto de vista abstracto, parece correcta, es decir, todos los derechos reconocidos por la Constitución deben tener la misma dignidad y, por lo tanto, es necesario un equilibrio para que uno de ellos no pase por encima de los demás.

En esta operación de ponderación, el Tribunal sostuvo que no se había producido un sacrificio desproporcionado de los derechos a la salud y a la protección del medio ambiente, ya que todo el procedimiento de autorización dependía de la existencia de una medida administrativa de la autoridad pública (AIA) y, sobre todo, de las garantías conexas.

Con un extraño entrelazamiento normativo producido en 2015, tras el embargo preventivo de un alto horno a raíz de una investigación sobre un accidente mortal, se previó una cláusula de salvaguarda de los efectos jurídicos producidos entretanto, disponiendo la continuación de la actividad por un período de 12 meses, a condición de que la empresa estuviera en condiciones de elaborar, en un plazo de 30 días, un plan que incluyese medidas y actividades adicionales de carácter provisional.

La continuación de la actividad productiva era posible, según el Tribunal Constitucional italiano, precisamente sobre la base de la AIA y de acuerdo con las prescripciones de ésta.

Ahora bien, en una nueva sentencia de 2018 (23 de marzo de 2018, número 58), el Tribunal Constitucional sitúa bajo su lupa precisamente la nueva *ratio*, la de la preparación unilateral de un plan por la propia parte privada afectada por la decisión de la autoridad judicial. La ausencia de cualquier forma de participación de otras entidades públicas o privadas, así como de “medidas inmediatas y oportunas para eliminar rápidamente la situación de peligro”, resultaba poco razonable, ya que las instalaciones objeto de embargo preventivo podían “seguir operando sin modificaciones [...] sin que se haya aprobado el plan”.

La diferencia parece llamativa con relación a la sentencia del 2013 y se refiere al presupuesto sobre el que pivota la continuación de la actividad a pesar del embargo. En 2013 era la autorización administrativa, es decir, un marco definido por la autoridad pública; sin embargo, en la ley aprobada en 2015, declarada inconstitucional, es la adopción, por parte de la misma empresa, de un programa no definido y no sometido a control alguno.

Es, pues, la evaluación técnico-administrativa la que garantiza la racionalidad del equilibrio. En sustancia, desaparece del horizonte del Tribunal Constitucional la emergencia ocupacional, mientras que el procedimiento administrativo se convierte en el lugar ideal para determinar los delicadísimos equilibrios entre la exigencia de tutela de la salud y del medioambiente y los requerimientos económicos y productivos.

La verdadera pregunta es la siguiente: ¿el límite puede detectarse en una medida administrativa? En esencia, el Tribunal Constitucional ha utilizado la categoría del derecho singular como un borracho utiliza una farola, para apoyarse en ella y no para arrojar luz. Sin embargo, ¿hay algo más tirano que el equilibrio?

“Hablar de valores y pensar por valores” conduce “a un eterno conflicto”, una *perpetuo bellum omnium contra omnes*. “El valor no es, sino qué vale” y lo que vale tiene una sola aspiración: “ser puesto en acción”³³.

Cualquier valor, precisamente porque debe valer, tiene la obligación de imponerse sobre los demás, de lo contrario no tendría ningún valor!

Debe afirmarse devaluando los otros valores. El valor está inseparablemente ligado a la lógica de la valoración.

En la ponderación hay un sacrificio y el sacrificio puede implicar también una tiranía. Esta ponderación de los derechos tiene, pues, un significado preciso: dejar uno a favor de otro. Los jueces, apropiándose de la técnica de la ponderación, realizan una tarea que está en la sustancia paralegislativa³⁴. Esa tarea de los tribunales no dista mucho de la legislación.

Pero esta dramática tarea corresponde a la actividad del legislador, no del juez.

El “punto de ataque” schmittiano se confía exclusivamente al legislador. El Tribunal Constitucional considera que el puesto fronterizo se debe precisamente a que el legislador fija las líneas de navegación entre las barreras constitucionales, a menudo en abierta contradicción.

Y entonces es necesario encontrar un límite también con el fin de no caer en una fácil y perjudicial falta de distinción entre “fin” (la tutela de los derechos sociales de la persona) y “medio” (la eficacia económica).

³³ Carl Schmitt, *La tiranía dei valori* (Milano: Adelphi, 2008), 59-60.

³⁴ Pablo De Lora, “Tras el rastro de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000, 367.

6. CONCLUSIONES

El requisito de la generalidad-abstracción caracteriza la ley en general, pero no representa un momento esencial o necesario³⁵, no evoca en mí el olor de las magdalenas, como decía Proust.

De las observaciones anteriores se desprende una doble contraposición entre *ius commune* e *ius singulare*, por una parte, e *ius singulare* y *privilegium*, por otra. He intentado trazar un camino capaz de distinguir un *ius singulare* fisiológico determinado por exigencias imprevisibles y excepcionales y un *ius singulare* patológico que se reviste, en efecto, con los ropajes menos cómodos del *privilegium* y torna la excepcionalidad en un puro interés político-económico.

La experiencia jurídica es un gran estado de excepción³⁶, ya que el derecho forma parte de la circunstancia histórica. Cualquier estado de excepción, cualquier emergencia, para ser realmente tal, es por definición imprevisible y no reconocible *ex ante*.

En esta dimensión el *ius singulare* no dispone para el futuro, sino que domina el presente. Y al dominar este presente, siempre que sea imprevisible e irreconocible, no hay ninguna codicia “dirigida a satisfacer intereses y apetitos”³⁷. Ahora bien, la función del derecho no es la de alcanzar la justicia que representa, sino, como máximo, un límite y una condición de su manifestación³⁸.

En su función ordenante el Derecho tiene el objetivo de garantizar la "persistencia" más allá del momento en que se concreta la voluntad que la pone³⁹. Las normas no son más que los medios para cumplir con esa función, son un producto de la misma función. Pero cuando se utilizan para crear una especie de

35 Cfr. Paladin, *La legge come norma e come provvedimento...*, 874.

36 Antonio Incampo, “Extremus Necessitatis Casus. Ai confini dell’ordine giuridico”, *L’Ircocervo*, 2021, 26.

37 Piero Calamandrei, *Fede nel diritto* (Roma-Bari: Laterza, 2008), 84.

38 Jhering, *Lo scopo nel diritto...*, 184.

39 Sobre el derecho cual relación existencial de continuidad y de durada, v. Sergio Cotta, “Diritto e tempo. Linee di un’interpretazione fenomenológica”, *Rivista italiana di filosofia del diritto*, 1981, 119 ss.

proceso de inmunización permanente del caso, se abandona esa idea de persistencia y, por tanto, se repudia la propia función del derecho.

Propiamente en esta segunda dimensión el *ius singulare* se transforma en *privilegium*. Sale de su solipsismo práctico⁴⁰ y se asoma al futuro. O a lo sumo hay un intento de eternizar el presente así construido.

Recordando a Bachofen, este modo de ser del *ius singulare* tiende a disolver la unidad de las cosas para que haya un segundo Príamo que implore un segundo Aquiles para el cadáver de Héctor.

Los microsistemas antes descritos tienen precisamente esta pretensión: superponer a la racionalidad del legislador una racionalidad diferente, principalmente económica. Y ello a pesar de quienes han temido desde hace varios años el fin de la soberanía nacional. Precisamente en este aspecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano se ha centrado más en la racionalidad de la regulación derogatoria introducida que en la legitimidad del instrumento utilizado por el legislador. Se concentró, permaneciendo dentro de nuestra metáfora inicial sobre la traición, sobre las verdaderas motivaciones que llevaron a Judas a traicionar a Jesús, o a Bruto y Casio a asesinar a César.

Entre otras cosas, no se puede dejar de señalar, como ya se ha hecho, la escasa correspondencia entre la afirmación, casi ritual, de la necesidad de un control penetrante y la materialización real de dicho control.

Una intervención de emergencia tiene por objeto restablecer lo antes posible una situación de normalidad, ya que se presupone la estabilidad del sistema. La emergencia se convierte en excepción, es decir, en la suspensión indefinida de las normas, cuando se quiere imponer un nuevo orden, un nuevo sistema. Y este es el pasaje que, en mi opinión, escapa a los jueces constitucionales, a menudo volviendo la mirada al pasado, como afirmaba, aunque no sin criticidad, Husserl.

40 Retomando a contrario Irti, *Un diritto incalcolabile...*, 175.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamben, Giorgio. “Stato di eccezione”, *Homo sacer*, Macerata: Quodlibet, 2018: 216 ss.
- Calamandrei, Piero. *Fede nel diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2008.
- Capograssi, Giuseppe. “Studi sull’esperienza giuridica”. En *Opere*, vol. II, Milano: Giuffrè, 1959: 245 ss.
- Cotta, Sergio. “Diritto e tempo. Linee di un’interpretazione fenomenológica”. *Rivista italiana di filosofia del diritto*, 1981: 119 ss.
- De Lora, Pablo. “Tras el rastro de la ponderación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2000: 367 ss.
- Dogliani, Massimo. “Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima”. *Diritto Pubblico*, 2008: 3 ss.
- Esposito, Maria Gabriella. *Diritto e vita. La lezione di Capograssi*, Milano: Giuffrè, 1997.
- Gentile, Giovanni. *I fondamenti della filosofia del diritto*. Pisa: Mariotti, Pisa, 1916.
- Grossi, Paolo. *Società, diritto, Stato*. Milano: Giuffrè, 2006.
- Husserl, Gerhart. *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*. Trad. it. a cura di Roberto Cristini. Milano: Giuffrè, 2008.
- Incampo, Antonio. “Extremus Necessitatis Casus. Ai confini dell’ordine giuridico”. *L’Ircocervo*, 2021: 26 ss.
- Kelsen, Hans. *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi, 1966.
- Losanna, Matteo. “Il contenuto dei decreti legge: norme oppure provvedimenti?”. *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2021: 190 ss.
- Natalino, Irti. *Un diritto incalcolabile*. Torino: Giappichelli, 2016.
- Orestano, Riccardo. *Ius singulare e privilegium in diritto romano*. Tolentino: Annali dell’Università di Macerata, Stab. Tipografico F. Filelfo, 1937.
- Paladin, Livio. “In tema di leggi personali”. *Giustizia Costituzionale*, 1961: 1268 ss.
- Pescatore, Matteo. *Logica del diritto: frammenti di dottrina e di giurisprudenza*. Torino: Utet, 1863.
- Romano, Santi. *L’ordinamento giuridico*. Firenze: Sansoni, 1962.
- Schmitt, Carl. *La tirannia dei valori*. Milano: Adelphi, 2008.
- Schmitt, Carl. *Le categorie del politico*. Trad. it. Pierangelo Schiera. Bologna: Il Mulino, 1972.
- Severino, Emanuele. *Legge e caso*. Milano: Adelphi, 1978.
- Spinosa, Alberto. “Tra regola ed eccezione: il concetto di ius singulare nel dibattito giuridico italiano tra otto e novecento”. *Quaderni fiorentini*, 2020: 253 ss.

Supiot, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: PUF, 2011.

Viola, Francesco. "La legalità del caso". En *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*. Napoli: ESI, 2007: 315 ss.

Vogliotti, Massimo. "Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna". *Quaderni fiorentini*, 2015: 132 ss.

Jhering, Rudolf. *Lo scopo nel diritto* (1877). Torino: Einaudi, 1972.

ANTONELLO OLIVIERI

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad de Derecho

Universidad de Foggia. Italia

antonello.olivieri@unifg.it

<https://orcid.org/0000-0003-1546-760X>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.591>

DICTAMEN SOBRE EL CONDADO DE REGALADOS

LEGAL OPINION ON REGALADOS COUNTY

RODOLFO ORANTOS MARTÍN¹

Universidad Católica de Ávila

Recibido: 29/06/2021 Aceptado: 29/10/2021

RESUMEN

Con el presente dictamen que comprende antecedentes, investigación, informe y conclusiones, se pretende estudiar y solucionar la situación de propiedad y posesión del Condado de Regalados, creado primero y concedido después por Su Majestad el Rey Filipe de Austria en el año de 1641 a Pedro Gomes de Abreu. Para ello, determinaremos varios aspectos relativos tanto al primer titular de la gracia nobiliaria como del título en sí, de su sucesión y del Monarca que lo crea y concede.

Palabras Clave: Nacionalidad, legitimidad, legalidad internacional, tratado.

¹ Profesor asociado de Derecho Dinástico Público y Privado; y de Derecho Nobiliario Público y Privado de la Universidad Católica de Ávila *Santa Teresa de Jesús*. Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Consultor Asociado del Instituto de Estudios Regionales del Maule. Doctor por la Universidad de Extremadura con Premio Extraordinario. Master Universitario en Derecho Nobiliario y Premial, Heráldica y Genealogía por la UNED.

ABSTRACT

With the present verdict that includes antecedents, investigation, report and conclusions, it is intended to study and solve the property and possession situation of the County of Regalados, created first and later granted by His Majesty King Filipe of Austria in the year 1641 to Pedro Gomes de Abreu. To do so, we will determine various aspects related to both the first holder of the noble grace and the title itself, his succession and the Monarch who creates and grants it.

Keywords: Nationality, legitimacy, international, legality, treaty.

Sumario: 1. Investigación. 2. Informe. 2.1. Cuestiones Previas. 2.2. Doctrina 2.3. La explicación de la lealtad a Filipe III de Portugal. 2.4. La Junta de Guerra y el Consejo de Portugal. 2.5. El Condado de Regalados. 2.6. La sucesión en el Condado de Regalados. 2.7. El Tratado de Lisboa de 1668. 3. Conclusiones.

1. INVESTIGACIÓN

Con el presente dictamen que comprende antecedentes, investigación, informe y conclusiones, se pretende estudiar y solucionar la situación de propiedad y posesión del Condado de Regalados, creado primero y concedido después por Su Majestad el Rey Filipe de Austria en el año de 1641 a Pedro Gomes de Abreu. Para ello, determinaremos varios aspectos relativos tanto al primer titular de la gracia nobiliaria como del título en sí, de su sucesión y del Monarca que lo crea y concede.

La cuestión previa es la referente a la determinación y origen del predicado de la dignidad -de Regalados- estableciendo si es posible, su vinculación, bien con el Reino de Portugal, bien con el Reino de León y Castilla, o con cualquier otro peninsular y ello con el objeto de ubicar correctamente el marco histórico y geográfico, ya que solamente podemos hablar de Estados en la península Ibérica, Portugal y España, a partir del año de 1668, momento en el que el concepto de Las Españas, todavía no es el de una nación moderna al uso del actual Derecho

Internacional, pero sí el de una unidad política en torno a la Corona como concepto supranacional (naciones no entendidas conforme a su concepción moderna todavía) y a la Imperial y Real Familia de Austria que queda roto, configurándose dos entes reconocidos conforme al entonces vigente Derecho de Gentes, por una parte Portugal, que comprende exclusivamente el territorio del Reino de Portugal y cuyos habitantes adquieren el gentilicio portugueses, por otra España, que comprende los territorios de los Reinos de León y Castilla, Aragón y Navarra, donde sus habitantes adquieren el gentilicio españoles, en una fórmula reducida y menor que la que antes se entendía y que comprendía.

Es claro que Regalados es un lugar de Portugal, antes y después de 1668, por lo que establecemos que cualquier cuestión con él relacionado corresponde a una dignidad nobiliaria portuguesa y no española conforme al actual Derecho Internacional.

2. INFORME

2.1. CUESTIONES PREVIAS

En el año 1640 se produce la crisis que provocará la separación del Reino de Portugal de los de León, Galicia, Castilla, Aragón, Valencia, Mallorca, Navarra y el Principado de Cataluña, pero antes de abordar el momento, debemos establecer algunas cuestiones fundamentales y previas:

Es evidente y notorio que el Condado de Regalados es un título de origen geográfico en Portugal y de origen nobiliario, como tantas veces por elevación de una dignidad menor a otra mayor, de Señorío a Condado, sin que ello implique la desaparición del primero, el Señorío de Regalados, y el Condado de Regalados después, es sin duda una dignidad portuguesa.

Quien interviene en la creación y concesión del Condado de Regalados, en favor del ya Señor de Regalados, es Su Majestad el Rey Filipe III, rey de hecho y de derecho de Portugal, que ejerce como tal en un momento en el que en modo

alguno, salvo por intereses ajenos al rigor científico y académico de carácter nacionalista recogidos en la historiografía -que no historia- de Portugal. ²

La pretendida independencia de Portugal en 1640 no está asegurada y mucho menos reconocida, algo que no sucede hasta el año 1668, lo que es tan evidente como que Su Majestad el Rey Carlos I de Portugal fue proclamado como tal en la plaza de Olivença en el año 1665. Era la más importante de las que conservaba en su poder en ese momento. (No confundir con Carlos I, 1889-1908)

Efectivamente la historiografía portuguesa que puede consultarse en múltiples páginas de genealogía, respetables pero faltas de rigor científico y académico, como la ya citada, dice: *Sétimo Senhor de Regalados, que o perdeu por passar para Castela, onde foi Conde de Regalados*.

Es conocido, al margen de las simplificaciones nacionalistas, que buena parte de la nobleza portuguesa siguió leal a Su Majestad el Rey Filipe III, siendo una simplificación aquello de *pasar para Castela*, dado que en la medida de lo posible se pusieron a las órdenes de su rey, en el marco de una guerra, unas veces en el Reino de Portugal, otras en el Reino de Galicia y las más en el Reino de León y Castilla; debiendo recordarse -ahora si en el ámbito del rigor científico y académico- el Tratado de Lisboa del año 1668. Efectivamente el citado Tratado en una de sus cláusulas establece que se devolverán las plazas y territorios ocupados por las fuerzas contrarias, es también evidente que en las plazas y territorios del Reino de Galicia y del Reino de León y Castilla, Su Majestad el Rey João IV no era rey, sin embargo en las plazas y territorios del Reino de Portugal Filipe III primero y luego Carlos I, entre 1665 y 1668, era sin duda rey de Portugal.

Expresada la lealtad por Pedro Gomes de Abreu, Señor de Regalados y otros Señoríos, Su Majestad el Rey Filipe III (no Felipe IV como indica interesadamente la historiografía portuguesa) crea el Condado de Regalados, en elevación de una de sus dignidades y se lo concede *em herdade* y no *em vida*, siendo habitual lo uno y lo otro en Portugal. (Es costumbre también hasta la actualidad

² *Pedro Gomes de Abreu, senhor de Regalados e de toda a casa de seu Pai, perdeu tudo, por se passar a Castella, em 1640, e lá o fez D.Philippe IV, conde de Regalados*, acceso el día 14 de abril de 2021, <https://geneall.net/pt/forum/146101/conde-de-regalados>.

que los herederos de los agraciados *em vida* utilicen esos títulos como propios y es costumbre en Portugal, que no en España, otorgar las dignidades con linajes extintos a otros linajes que nada tienen que ver con el anterior).

Hecho todo lo anterior, Pedro no pasa a Castilla donde no es Conde de Regalados, como interesadamente se manifiesta, sino que se pone a las órdenes de su rey. Llega a ser miembro de la Junta de Guerra y del Consejo de Portugal como primer poseedor de una dignidad portuguesa, el Condado de Regalados, que luego detentan todos sus hijos por mayoría de edad hasta el año 1719. Los titulares de la merced sirvieron al rey de Portugal entre los años 1641 y 1668 y vuelven a ese servicio desde el año 1719 hasta el momento actual, en todos los momentos súbditos o nacionales portugueses.

Tomado partido como se tomó, es lógico que João IV se incautase de sus bienes y títulos, reservando unos para la Corona y entregando otros a su Gobernador de la Provincia do Minho, lo que protestaron los hermanos de Pedro Gomes de Abreu que se sumaron a la causa de João. Protestas que no surten su efecto, y el Señorío de Regalados pasa a Gastão Coutinho por merced de 5 de noviembre del año 1644 y a la descendencia de su sobrino, Luís Gonçalves Coutinho da Câmara³.

Más tarde João IV, el 11 de agosto de 1654, instituyó la Casa do Infantado a favor del segundo de sus hijos y le hizo una donación ese mismo año de los bienes secuestrados o incautados a los nobles que no había seguido su partido. El primer Señor de la Casa do Infantado fue el Infante Pedro, más tarde Su Majestad el Rey Pedro II de Portugal. Esta Casa, que asociada a la segunda línea sucesoria de la Corona de Portugal, se hizo grande en rentas, honores y privilegios, se extinguió en 1834, con Miguel de Bragança como último titular⁴.

Cabe decir que tal comportamiento de João es lógico, exactamente al igual que hizo Filipe al retirar a sus desleales propiedades, rentas y dignidades, propiedades

3 ANTT, *Registo Geral de Mercês, Doações da Chancelaria, Afonso VI, libro quinto, folios 135-141*.

4 *Casa do Infantado, Arquivo Nacional da Torre do Tombo, Instituto Nacional de Investigação Científica, volumen primeiro, folios 142-146*.

materiales e inmateriales. Lo veremos también luego en detalle al estudiar las repercusiones del Tratado de Lisboa de 1668 para el asunto que nos ocupa.

2.2. DOCTRINA

Así las cosas, el título de Conde de Regalados es un título portugués y no español, creado y concedido por un rey de Portugal en el año 1641 (recordemos que João no fue proclamado Rey hasta el 15 de diciembre del citado año, sin ser reconocido por el Reino de Francia hasta el 1 de junio del año 1641 y hasta el 29 de enero del año 1642 por el Reino de Inglaterra), siendo la doctrina española la de diferenciar las distintas soberanías de sus monarcas en materia nobiliaria estableciendo que los títulos creados y concedidos por el rey lo son de Castilla, Nápoles o Portugal.

Se sigue así la referencia geográfica de su predicado o la condición del súbdito que se convierte en su primer poseedor, referenciada a esos efectos y en esa época en la que el concepto de nacionalidad no era el de ahora, en su Reino de origen. En ese sentido es incuestionable que Pedro Gomes de Abreu era portugués y que el título, Condado de Regalados, era y es en todo mención de un lugar de Portugal, Pico de Regalados, del que el Conde fundador era, nada menos, que el Noveno Señor.

2.3. LA EXPLICACIÓN DE LA LEALTAD A FILIPE III DE PORTUGAL

La nobleza portuguesa se vio obligada a elegir, pues la posibilidad de un retorno a la obediencia para con Filipe III fue muy posible, incluso en fecha tan avanzada como el año 1660. Quedaron doscientos cincuenta nobles portugueses en obediencia a Filipe. El amparo a los nobles portugueses lo empleó el Rey Filipe para deslegitimar a aquellos otros a los que consideraba rebeldes, como prueba de la falta de unanimidad entre las filas lusitanas respecto de la dinastía de Bragança. Para resaltar esa lealtad se concedieron algunos puestos relevantes a sus miembros, por ejemplo en el gobierno de Flandes, donde administró primero Francisco de Melo (1641-1644) y luego Manuel de Moura y Corte-Real (1644-1647). En Por-

tugal, también se facilitaron las cosas y se dio un período de gracia para que la nobleza exiliada volviese al reino que concluyó en 1645.

Los nobles partidarios de cada dinastía abrigaban la esperanza de ser recompensados con las posesiones de los que reconocían a la Real Casa rival en el momento de la victoria. Los que no se atrevieron a tomar partido abiertamente provocaron que hubiese miembros del linaje apoyando a dos bandos. La guerra tenía un resultado incierto, Filipe en el año 1657 recuperó Olivença, y tras ello, siguió en el año siguiente una profunda incursión en el Alentejo tomando Evora, donde se mantiene hasta el año 1663. Nada menos que un Arzobispo y tres obispos, tres marqueses y treinta y un Condes se mantienen fieles a la Imperial y Real Casa de Austria⁵.

Desde el inicio del conflicto, los nobles portugueses usaron tres tácticas de supervivencia: el regreso a Portugal antes de que fuese demasiado tarde, la división familiar entre las dos partes en litigio, y la integración en Castilla. Es la segunda, la partición familiar, la que fue una estrategia menos arriesgada. Así, no resultó extraño que un mismo linaje tuviera representantes en las dos Cortes en conflicto. Digno de notar es el caso de la familia Mascarenhas, pues mientras su titular Jorge, Marqués de Montalvão y Conde de Castelo Novo se une al levantamiento desde su puesto de virrey en el Brasil, su mujer y sus hijos pasaron a Madrid en el año 1641. Notable fue también el caso de Jeronimo de Ataíde, quien pasó a Castilla en el año 1641, donde Filipe III le hizo Marqués de Colares mientras su padre, el Quinto Conde de Castanheira, aclamó al Duque de Bragança como rey de Portugal en Lisboa⁶.

2.4. LA JUNTA DE GUERRA Y EL CONSEJO DE PORTUGAL

Con la Junta de Guerra de Portugal (1640/1658) y el Consejo (1558/1668) se mantuvo una estructura estable con un cuerpo de Ministros sólido que admi-

⁵ Rafael Valladares Ramírez, *De ignorancia y Lealtad. Portugueses en Madrid (1640/1670)* (Madrid: Centro de Estudios Históricos CSIC, 1998), 135.

⁶ Valladares Ramírez, *De ignorancia y Lealtad. Portugueses en Madrid (1640/1670)...*, 139.

nistraba los asuntos portugueses y era un argumento jurídico indispensable para el no reconocimiento de la situación generada desde el año 1640. Concluyó su mandato y su sentido de ser con la firma del Tratado de Lisboa, en el que Su Majestad el Rey Carlos de Austria renunciaba al trono de Portugal en favor de Su Majestad el Rey Pedro de Bragança, a quien reconocía como tal.⁷

En el asunto que nos ocupa, volviendo a la necesidad de delimitar la obediencia castellana o portuguesa de sus miembros, es importante destacar que Pedro Gomes de Abreu, Primer Conde de Regalados, perteneció a la Junta de Guerra, luego al Consejo de Portugal, como otros muchos portugueses fieles a Su Majestad el Rey Filipe III y luego a su hijo el Rey Carlos I entre 1665 y 1668 (no confundir con el Rey Carlos I de Portugal 1889/1908), lo que sirve para destacar la obediencia lusitana y no hispana de los mismos, pues ejercían en su condición de lo que ahora llamaríamos nacionales de Portugal, y no como nacionales de España, si bien como ya hemos dicho, los conceptos del siglo XVII no son los del siglo XXI.

Reafirmamos con ello la naturaleza lusitana de la dignidad de Conde de Regalados, en todo igual a otras muchas partícipes de la Junta de Guerra y del Consejo de Portugal, que fueron creadas y concedidas por los reyes de Portugal pertenecientes a la Imperial y Real Casa de Austria como monarcas de ese país; es por tanto una merced portuguesa y como tal debe estudiarse.

Así, podemos afirmar que de las mercedes nobiliarias creadas y concedidas por los reyes de Portugal pertenecientes a la Imperial y Real Casa de Austria, cuatro están revertidas y no ocupadas, treinta y ocho quedaron en Portugal en manos de linajes portugueses tras el año 1668, cuatro pasaron a ser títulos españoles por el acomodo de sus linajes como tales tras la crisis del año 1640, otro está en manos de uno de esos linajes pero no pasó a ser español y otro más quedó en España sin ser español y sin que sus poseedores lo fueran, pasando luego a la segunda línea de su linaje que se unió con la primera en la genealogía familiar.

7 Santiago Luxan Meléndez, “La pervivencia del Consejo de Portugal durante la restauración: 1640/1668”. *Norba* 8-9 (1987-1988): 61-86.

Nunca olvidemos que el Condado de Regalados es creado y concedido *em herdade* siendo su segundo linaje, encabezado por un hermano de Pedro Gomes de Abreu, formado por súbditos portugueses luego ciudadanos portugueses hasta la actualidad, siempre residentes en Portugal.

2.5. EL CONDADO DE REGALADOS

Especial y singular es el caso del Condado de Regalados, pues muerto su primer poseedor -Pedro Gomes de Abreu- en fecha tan precipitada -1642-, apenas sí perteneció a la Junta y al Consejo ese año y el anterior.

Efectivamente, llega a Madrid con su mujer y sus hijos el día 27 de enero de 1641, y recibido por el Conde de Lemos, es llevado a presencia de Su Majestad el Rey Filipe III de Portugal, quien le otorga la merced de Conde de Regalados. Recordemos que en esa fecha, ni el Reino de Francia hasta el 1 de junio del año 1641, ni el Reino de Inglaterra, hasta el 29 de enero del año 1642, reconocían ningún otro rey de y en Portugal. Pedro Gomes de Abreu muere en Madrid el día 1 de noviembre de 1642⁸.

Otra fuente nos da un relevante dato respecto a la continuidad de la merced:

“El título que le concedió de Conde de Regalados, por sí, sus hijos y sus sucesores, cuya honra disfrutó muy poco tiempo pues falleció al siguiente año de 162, habiendo sido su cuerpo depositado en San Antonio de los portugueses de esta Corte”⁹.

Queremos destacar el carácter hereditario de la merced creada y concedida *em herdade* pero, sobre todo, el importantísimo matiz que significa que se atiende en la transmisión a sus sucesores y no a sus descendientes, lo que permite que las ramas colaterales de Pedro Gomes de Abreu, en concreto la de su hermano, pueda heredar el título e incluso encaja a la perfección en la costumbre

8 Felipe Gándara Ulloa, *Armas i Triunfos* (Madrid, Pablo del Val. 1662), 152

9 Luis Vilar Pascual, *Diccionario histórico, genealógico y heráldico de las familias ilustres de la monarquía española. Apellido Abreu* (Madrid, Imprenta D.F. Sánchez. 1859), 395.

portuguesa de conceder la dignidad a otro linaje extinguido el primero propietario.

Es necesario entender que la creación de una merced nobiliaria y la concesión de una merced nobiliaria -permítasenos la redundancia para mejor comprensión- son actos jurídicos distintos, aunque en muchas ocasiones vayan asociados. Así, quien tiene *fons honorum* puede crear el título y no concederlo; al revés es imposible, y una vez creado y extinguidos todos sus propietarios -y por ello desaparecido su último poseedor- puede mantenerlo revertido a la Corona, autorizar su uso para las Reales Personas o concederlo nuevamente a otro linaje, que nada tiene que ver con el anterior.

Aclarada la cuestión de la sucesión y explicada la diferencia jurídica entre creación y concesión, es muy importante destacar, volviendo a las fechas del reconocimiento del Duque de Bragança como rey de Portugal por Francia e Inglaterra, las fechas de creación y concesión de títulos nobiliarios portugueses por Su Majestad el Rey Filipe III tras el día 1 de diciembre del año 1640. Efectivamente, la independencia de Portugal con su nuevo monarca es asumida diplomáticamente por los Reinos de Francia e Inglaterra (todavía no es el Reino de la Gran Bretaña, luego Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda y luego Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte) el día 1 de junio del año 1641 y el día 29 de enero del año 1642 respectivamente. La creación y concesión del Condado de Regalados tiene lugar el día 27 de enero del año 1641; la del Ducado de Abrantes y el Marquesado de Sardeal el día 23 de marzo del año 1642, y el Marquesado de Vellisca el 7 de septiembre del año 1646. Es decir, el Condado se erige cuando João no tiene reconocimiento internacional alguno y sigue siendo rey de Portugal a tal efecto Filipe III.

Por el contrario, el Ducado y los dos Marquesados se erigen cuando João IV es plenamente reconocido por las potencias europeas como rey de Portugal. Esto nos lleva a manifestar nuevamente que es posible afirmar, y afirmamos, que la creación del Condado de Regalados es un acto pleno de un rey de Portugal, internacionalmente reconocido como tal, sin ninguna duda, y lo crea para uno de sus súbditos portugueses, y sobre un Señorío preexistente que no es revocado.

No puede decirse lo mismo del Ducado y Marquesados citados, creados y concedidos cuando ya Filipe III no era reconocido como rey de Portugal ni por Francia ni por Inglaterra. Tampoco puede decirse lo mismo de los títulos creados y concedidos tras esa fecha, que por otra parte pasaron a ser españoles tras la segunda sucesión en los mismos como hemos visto, lo que nunca aconteció con el Condado de Regalados.

2.6. LA SUCESIÓN EN EL CONDADO DE REGALADOS

La sucesión en el Condado, en su primer linaje es la siguiente:

1.- Pedro Gomes de Abreu. Noveno Señor de Regalados, confirmado por Su Majestad el Rey Filipe III de Portugal el 20 de junio del año 1626¹⁰.

Como hemos dicho, Señor de Regalados, Mayorazgo de Coucieiro, Patrono de la Iglesia-Abadía de Rossas, Señor de la Capilla de San Blas y Primer Conde de Regalados. Nacido en el Pazo de sus mayores, en la feligresía de Coucieiro, municipio de Vila Verde, distrito de Braga (Portugal), en el año 1588, hijo de Leonel de Abreu e Lima y Inês de Lima. Se casó en Galicia con Ana de Brito e Castro de quien tuvo varios hijos varones y una sola mujer, por ese orden de nacimiento.

El 1 de diciembre del año 1640 se produce el levantamiento y Pedro se mantiene fiel al Rey Filipe III, llegando a Madrid, con su mujer y sus hijos menores el día 27 de enero de 1641, siendo el primer noble portugués en hacerlo. Recibido por el Conde de Lemos, los lleva a la presencia de Su Majestad, el rey que crea y le otorga la merced del título de Conde de Regalados. Pedro, también Caballero de la Orden Militar de Alcántara, se incorpora a la Junta de Guerra de Portugal y al Consejo de Portugal, donde apenas tiene tiempo de ejercer pues muere en Madrid el día 1 de noviembre de 1642¹¹. Tiene Pedro seis hijos: Leonel, Francisco,

10 Felipe Gándara Ulloa, *Armas i Triunfos...*, 153.

11 Gándara, *Armas i Triunfos...*, 153

Gaspar, João, Inês Maria y Catarina; todos ellos excepto Catarina fueron Condes de Regalados¹².

2.- Leonel de Abreu e Lima. Hijo del anterior. Le sucede su primer hijo, varón, en el mayorazgo y título. (Volveremos más adelante sobre el mayorazgo, el Señorío y la Jurisdicción). Nació en Galicia, cerca del año 1610. Caballero de confianza del Rey Filipe III se incorpora a la Corte en septiembre del año 1640, antes del levantamiento. Murió en Madrid el día 20 de abril de 1650, soltero y sin hijos¹³.

3.- Francisco Gomes de Abreu. Hermano del anterior. Como segundogénito varón, sucede a su hermano. Nació en Galicia y fue bautizado en la parroquia de Longos Vales, municipio de Monção, distrito de Viana do Castelo (Portugal), el día 12 de marzo del año 1613. Se casó con María Gómez de Sandoval, viuda de Baltazar de Mendoza Guzmán y Roxas, Quinto Conde de Orgaz, hija de Diego Gómez de Sandoval y de Mariana de Córdoba. De este matrimonio nació Mariana de Abreu y Sandoval, que se murió en la juventud. Muere en Madrid y le sucede su siguiente hermano varón¹⁴.

4.- Gaspar Gomes de Abreu. Hermano del anterior. Nació en Galicia, cerca del año 1615. Perteneció al Consejo Privado de Su Majestad el Rey Filipe III y Fiscal de la Real Hacienda, también Oficial de Justicia de las tres Órdenes Militares Portuguesas. Comprometido matrimonialmente con su sobrina Mariana de Abreu y Sandoval, pero falleciendo esta, murió soltero. Consta el juro a favor de su persona, titulado como Cuarto Conde de Regalados en el Archivo General de Simancas^{15 16}.

12 *Genealogías manuscritas, Arquivo Nacional da Torre do Tombo, Instituto Nacional de Investigação Científica, numero 110, folio 9.*

13 *Genealogías manuscritas..., 9*

14 António Caetano de Sousa, *Historia de la Genealogía de la Casa Real de Portugal* (Lisboa. Joseph Antonio da Sylva. 1742), Tomo 9, 545.

15 "Juro a favor de Gaspar Gomes de Abreu", *Archivo General de Simancas* (siglo XVII) (Unidad documental compuesta ES.47161.AGS/CME 1390.20)

16 Los juros son la primera versión de la deuda pública en la Corona. Un juro no puede considerarse un título, sino más bien un certificado. Era un documento que se definía un privilegio a favor de la persona citada en él. Esta persona declaraba entregar al rey un capital que a cambio le

5.- João Gomes de Abreu e Lima. Hermano del anterior. Nació y fue bautizado en la parroquia de Longos Vales, municipio de Monção, distrito de Viana do Castelo (Portugal), día 19 de febrero del año 1621. Sirvió en una Compañía de Caballería del Real Ejército en Flandes. Fue Caballero de la Orden de Santiago¹⁷. Se casó con su sobrina Inés de Vilaragut y Abreu, la cual murió sin sucesión en el año 1684¹⁸. Quedó viudo hasta su muerte. Le sucedió su hermana.

6.- Inês Maria Gomes de Abreu e Lima. Nació y fue bautizada en la parroquia de Longos Vales, municipio de Monção, distrito de Viana do Castelo (Portugal), el día 11 de noviembre del año 1626. Fue dama de honor de las Reinas de Portugal, Isabel de Francia (1621-1644) y Mariana de Austria (1649-1668). Terminando su servicio como Guarda Mayor de esta última hasta su muerte en el año 1696, a quien sirvió con gran dedicación toda la vida, casó el día 28 de febrero del año 1650, en la Capilla Real del Palacio del Buen Retiro de Madrid, con Jorge Vilaragut Sanz Castellví, Segundo Conde de Olocau y Primer Marqués de Llaneras. Inês Maria Gomes de Abreu e Lima sobrevivió a todos sus descendientes tras haber sucedido a su hermano João en el año 1691¹⁹. Hace testamento en Madrid, en el que dice que no tiene ningún descendiente a quien pueda dejar por heredero directo y deja sus bienes materiales a su criado personal. Murió día 1 de diciembre de 1719 en Madrid. Pero con ella no termina el primer linaje titular del Condado de Regalados.

Sirva para concluir la reseña de los seis primeros Condes de Reglados la reafirmación de la titularidad portuguesa y no española de la merced, lo que reafirma la circunstancia del paso a la Corte del hijo mayor y heredero de Pedro Gomes de Abreu meses antes del levantamiento del 1 de diciembre de año 1640, entrando al servicio del rey de Portugal cuando el Duque de Bragança era uno más de los leales súbditos de Su Majestad el Rey Filipe III. Sólo unos meses an-

concedía el privilegio de cobrar una parte de determinados impuestos que se determinan en el juro, procedentes de una renta feudal o territorial, hasta una cantidad prefijada.

17 *Genealogías manuscritas...*, 9.

18 Luis Salazar Castro, *Historia Genealógica de la Casa de Lara* (Madrid: Real Imprenta, 1697), volumen 2, 405.

19 Salazar, *Historia Genealógica de la Casa de Lara...*, 405.

tes, el día 1 de julio del mismo año, se desplazó a Lisboa a rendir pleitesía a la Infanta de Portugal Margarita de Austria, hija del rey.

Como ya hemos explicado, las dos ramas familiares acusan distintas lealtades, ambas contrastadas a los efectos del presente dictamen. Mientras Leonel sirve a Filipe III, su primo hermano Lopo sirve a Afonso VI. Es importante destacar que esta segunda lealtad lo es cuando ya se tiene una opción de sucesión en el Condado de Regalados, por lo que es claro el compromiso en el que no se duda a los efectos de ganar favor en la citada sucesión; es por tanto que el segundo linaje del título, ya desde pronta hora, había apostado en el devenir histórico del Reino de Portugal por la Real Casa de Bragança frente a la Imperial y Real Casa de Austria.

Es destacable que cinco de los seis hijos del Primer Conde son Condes a su vez, y también es clara, genealógicamente, la sucesión en el hijo de Catarina, única hija del primer Conde que no fue titular de la dignidad, pero que perpetuó su descendencia con el primogénito del segundo linaje, su tío carnal -indudable aquí la línea de primogenitura entre varones- y a su vez hermano del primer Conde. También indudable la herencia por parte de mujer, y así por ambos lados, hija y hermano, sobrina y tío, se cumple escrupulosamente sin litigio alguno el Derecho Nobiliario Público del Reino de Portugal hasta 1910, momento en el que pasa a ser Derecho Nobiliario Privado -Particular o de Familia- por desaparecer la legislación nobiliaria del Cuerpo Legal de la República de Portugal, lo que no impide la sucesión en el derecho hereditario que es perpetuo y que no estaba limitado en el tiempo solamente para cuando Portugal era un Reino.

2.7. EL TRATADO DE LISBOA DE 1668

Y entramos en la última parte del informe, el Tratado Internacional de Lisboa de 1668, documento del que nos atrevemos a decir sin lugar a duda que es habilitante a todos los efectos del Condado de Regalados como dignidad nobiliaria portuguesa. Visto ya el origen indudablemente portugués, tanto del primer poseedor como del predicado que da nombre a la dignidad, y resuelta también

la condición portuguesa de sus hijos, así como la tramitación de la sucesión en la merced nunca tuvo lugar conforme a la legislación española, hemos comprobado que el segundo linaje propietario no contemporizó ni pretendió ganar posición alguna para heredar una merced portuguesa creada y concedida por Su Majestad el Rey Filipe III, sino que el sobrino carnal de Pedro Gomes de Abreu, casado con su hija, entregó sus servicios a la Real Casa de Bragança en la India y en Portugal, alcanzando la condición de Fidalgo do Casa Real, algo impensable si hubiese duda respecto a su persona o si él mismo hubiese estado templado en sus lealtades en espera de una sucesión que era evidente podría llegar a su mujer o desde ella a sus hijos ante la reiterada muerte de sus primos. Efectivamente y como hemos visto, los cuatro Condes y la Condesa, hijos del Primer Conde de Regalados, murieron todos sin herederos, pero no así su segunda hija, Catarina. De haber sobrevivido apenas siete años más, el sobrino carnal y nieto a la vez del Primer Conde de Regalados, hubiese visto a su hijo, como VII Conde de Regalados, o lo hubiese sido él mismo.

El Tratado de Lisboa, hemos estudiado *Do exemplar impresso en Lisboa, por António Craesbeeck de Mello, no anno de 1668*,²⁰ termina en el año 1668 con la dualidad coronada de Portugal. El que también era rey de España renunció a sus derechos en Portugal, donde queda un único monarca como incontestado, consolidando definitivamente el acceso al trono de la Real Casa de Bragança. Pero el Tratado no hace solamente eso, el Tratado recoge un compendio de cuestiones, incluso algunas de cuando reinaba la Imperial y Real Casa de Austria, siendo plenamente reconocidas por la nueva dinastía reinante.

El Tratado asume como propios del Reino de Portugal los acuerdos formalizados por Su Majestad el Rey Filipe III en el año 1630, así como por Su Majestad el Rey Carlos I en el año 1667 -en ambos casos con el rey de la Gran Bretaña-. El asunto sienta un razonable precedente jurídico a los efectos que nos ocupan,

20 *Tratado de pazes os serenissimos e poderosissimos Principes D. Carlos, Rey Catholico, e D. Afonso VI, Rey de Portugal, feito e concluso no Convento de Sancto Eloy da Cidade de Lisboa, aos 13 de fevereiro de 1688: sendo mediator o Serenissimo e poderosissimo Principe Carlos II, Rey da Gram Bretanhan, Impresao de Antonio Craesbeeck de Mello, Impressor Del Rey N.S. & Sua Alteza. 1668.*

puesto que es evidente que Su Majestad el Rey Afonso VI de Portugal reconoce y asume los actos, en este caso Tratados Internacionales (Tratado con Gran Bretanha de 15 novembro do anno 1630. Tratado con Gran Bretanha de 23 maio do anno 1667) de sus predecesores en el Trono, pertenecientes a la Imperial y Real Casa de Austria, y a los que su dinastía, tras veinte y ocho años de guerra, ha despojado de derechos en el Reino de Portugal. Así lo dispone su artículo IV, y es un valioso precedente perfectamente enmarcado en el Derecho de Gentes, antecedente del Derecho Internacional, la primera consideración en este asunto.

Art. IV: Os ditos Vassallos, & moradores de hũa, & outra parte terào recíprocamente a mesma segurança, libertades, & privilegios que estão acordados com os súbditos do Serenissimo Rey da Gram Bretanha, pello Tratado de 23 de Mayo do anno de 667, (2) & do outro anno de 630 (3) no em que este tratado està ainda em pè, assi & da maneira, como se todos aquelles artigos, en razào do commercio, & inmunidades tocantes a ello, forào aquí expresamente declaras.

A continuación nos encontramos el segundo artículo determinante de la cuestión, el artículo VIII del Tratado de Lisboa del año 1668, que obliga a que todas las privaciones de herencias y disposiciones realizadas por motivos de guerra sean declaradas nulas y como no acontecidas, en donde los dos reyes perdonan la culpa a unos y a otros vasallos, debiendo restituirse las haciendas confiscadas para poder disponer libremente de ellas y de sus rendimientos. Estamos ante una importante norma que recoge múltiples ámbitos del Derecho Civil, Penal, Fiscal o Tributario y evidentemente, aunque no considerado hasta la fecha el Nobiliario.

La privación del Señorío de Regalados y otros decretada contra el legítimo e incontestable derecho de Pedro Gomes de Abreu, por motivos de guerra, es declarada nula y como no acontecida, siendo perdonado por el ya único rey de Portugal. El perdón era distinto para un portugués que para un español, a pesar de la igualdad de trato que establece el Tratado, era mucho más importante para los portugueses por la sencilla razón de ser muchos de ellos los que habían defendido los derechos de la Imperial y Real Casa de Austria, siendo prácticamente desconocidos los españoles que habían estado en el bando de la Real Casa de

Bragança, así tenía mucho más perdón que dar Afonso VI de Portugal que el ya solamente Carlos II de España.

Debían también restituirse las haciendas confiscadas, perteneciéndoles para poder disponer libremente de ellas y de sus rendimientos, pero no las rentas ya depositadas, que se las reserva el Tesoro del Reino.

Una vez visto todo lo anterior, debieron ser restituidos los Señoríos y Patronatos de la Familia: Señor de Regalados, Señor de Valadares, Señor del Couto de Abreu, Patronato de la Iglesia-Abadía de Rossas, Señor de la Capilla de San Blas a sus legítimos propietarios, los hijos de Pedro Gomes de Abreu, Condes de Regalado, con sus haciendas, rentas y jurisdicción, pero no los beneficios de ellas obtenidos mientras estuvieron confiscados y en manos de terceros, que habían sido depositadas en el Tesoro y eran irrecuperables como veremos más adelante. Sin embargo, en flagrante incumplimiento, los Señoríos no fueron devueltos a su Señor natural, sustituido ya sólo a efectos de jurisdicción por un pariente lejano del titular que mantenía una ficción de legitimidad, que fue absolutamente destruida por el artículo VIII del Tratado de Lisboa del año 1668.

Es evidente que la restitución de las dignidades, que conllevaban rentas, suponía un problema para la Corona que había dotado con ellas a la Casa do Infantado, dejando las cosas como estaban, lo que no es aceptado por los Condes de Regalado, siendo la Sexta Condesa la que deja constancia en su testamento de la ilegítima ocupación y disposición de rentas de sus propiedades en Portugal²¹.

Reducidos los Señoríos y Patronatos en la actualidad a dignidades nobiliarias que conforman una extensión del apellido y la personalidad perdidas las haciendas y rentas en el año 1641 concedidas a la Casa do Infantado en el año 1654, perdida la jurisdicción en el año 1758 y perdido el privilegio estamental con la llegada del momento constitucional portugués, sólo cabe pensar en su restitución en sus legítimos herederos en cumplimiento de lo dispuesto en el

21 “Les fue concedido el uzo y propiedad de dicha isla, sin tener prezente ser mia propria, y haberse declarado así antes de ahora en justicia en pleito”. Testamento de la Sexta Condesa de Regalados.

Tratado de Lisboa del año 1668, artículo VIII del mismo. Procede lo anterior, más si cabe, cuando las citadas dignidades están sin titular alguno desde la muerte del Tercer Conde de Taipa en el año 1879, que se hace así justicia merecida con más de trescientos cincuenta años de retraso -como la segunda consideración en este asunto-.

Art. VIII: Todas as privaçoens de heranças, & disposiçoens feitas com odio da guerra, são declaradas por nenhùas, & como não acontecidas, & os dous Reys perdoào a culpa a huns, & a outros vassallos en virtude deste Tratado, havendose de restituir as fazendas que estiverem no fisco, & Coroa ás pessoas, às quaes sem intervençoão desta guerra haviào de tocar, ou pertencer para poderem libremente gozar dellas mas os frutos & rendimentos dos ditos bens, até o dia da publicacão da paz, ficarão aos que os tem possuido durante a guerra; & porq se podè offerecer sobre isto algùas demandas, que convem abreviar para o sosseado da Republica, será obrigado cada hum dos pretendentes a intentar as demandas dentro de hum anno, & se determinarão breve & sumariamente dentro de outro.

El tercer artículo determinante de la cuestión es el artículo XXXVII del Tratado, pues si con lo dispuesto en el artículo VIII hemos podido establecer la indiscutible legitimidad de la restitución de los Señoríos en sus legítimos herederos, con lo dispuesto en el que nos va a ocupar, estableceremos sin duda el reconocimiento por la Corona de Portugal del Condado de Regalados como Bien y Derecho de sus propietarios y entre ellos el de su poseedor.

En este sentido, se reconocen todos los Bienes y Derechos prohibidos o confiscados, muebles, inmuebles, rentas, hechos, divisas, créditos y otros similares salvo los que hubiesen sido llevados al Tesoro al tiempo de conclusión del presente Tratado. Estos Bienes y Derechos quedan en plena y libre disposición de sus propietarios –es lógico entender que los originarios- sus herederos o de aquellos que a los mismos tuviesen derecho con todos sus frutos, rentas y emolumentos. Tras la lectura del artículo en el que se reconocen todos los Bienes y Derechos prohibidos, la lectura correcta en Derecho, extensa y completa, es que el reconocimiento lo es para todos ellos, los materiales –muchos de los cuales se

citan expresamente- y los inmateriales que no por no ser citados no están recogidos, siendo evidente que un título nobiliario es un Bien y un Derecho inmaterial. El hecho de parecer, como ha parecido hasta la fecha, que la referencia es solamente a bienes y derechos materiales no se sostiene si se hace análisis y lectura sosegada del artículo, que en una primera parte hace referencia a los Bienes y Derechos prohibidos o confiscados en general y luego hace relación concreta de aquellos de carácter económico o material.

A mayor abundamiento, y realizando el análisis con los parámetros de la época, no podemos sino reforzar el argumento, pues la disposición de Bienes y Derechos, muebles, inmuebles, rentas, hechos, divisas, créditos y otros similares estaba íntimamente unida a la propiedad y posesión de títulos nobiliarios o a la condición nobiliaria. Es por ello que no tiene sentido que se disponga la devolución de todo ello sin el reconocimiento de la dignidad que lo soporta, primero el Señorío de Regalados y otros, y luego el Condado de Regalados como Bienes y Derechos inmateriales, que en la época conllevaba privilegios económicos y otros estamentales que ya hemos citado.

Cabe opinar en Derecho, que el artículo XXXVII del Tratado de Lisboa del año 1668 ampara el fin de la prohibición, y por ello el reconocimiento del Condado de Regalados y los Señoríos que le son propios como Bienes y Derechos inmateriales de su poseedor y sus herederos, más si cabe cuando, considerando la cuestión en el marco normativo de la época, es evidente que la adquisición, disfrute, conservación e incremento de los Bienes y Derechos materiales son consecuencia directa de la posesión y propiedad de los Bienes y Derechos inmateriales que les daban soporte.

Desaparecido el régimen estamental, perdido el privilegio y desvinculados los Bienes y Derechos materiales de los Bienes y Derechos inmateriales, solamente quedan estos últimos como elementos asociados al apellido y la personalidad, lo que sin embargo no modifica su estatus jurídico al respecto de lo dispuesto para su reconocimiento en el artículo citado.

Art. XXXVII: Todos os bens e direitos occultados ou arrestados, moveis, imnoeis, rendas, feitos, dividas, créditos e outros semelhantes, que não tiverem

sido levados ao Thesouro, ao tempo da conclusão do presente Tratado, ficarão á disposição plena e libre dos proprietarios, seis herdeiros ou d'aquelles que aos mesmos tiverem direitocom todos os fructos, rendas e emolumentos d'ellos, e aquelles que bouverem ocuultado seus bens não poderão, nem seus herdeiros, ser por tal motivo molestados pelos Tribunaes de Contas respectivamente; e os proprietarios, seus heredeiros, e aquelles a quem assistir direito, terão liberdade de se habilitarem por via das Leis e da Justiça para haverem osditos bens e direitos, como seus proprios bens e effeitos.

Como decíamos, no por novedoso deja de ser el análisis que realizamos ahora como correcto en todos sus extremos, puesto que en este caso, como en el artículo VIII, no sólo son otras parte del Derecho Civil o Mercantil las que intervienen en el proceso regulatorio del artículo XXXVII, sino también el Derecho Nobiliario, que con el ánimo de no dejar duda pasamos a definir a través de conceptos aceptados sin reserva en su ámbito.

El Derecho Nobiliario es la parte del Derecho que regula la concesión de un reconocimiento público, un Bien y un Derechos que se justifica en la realización de una acción destacada, académica, de servicio público -o cuando se realiza una acción en beneficio de la Nación-, de sus ciudadanos, de la Corona o en pos del prestigio y reconocimiento de ambos.

Se conceden estos reconocimientos por prestar servicios a los ciudadanos, por el enaltecimiento de las cualidades personales y a quien sea eminente en ramas del saber o del hacer, una actividad humana, un sacrificio por la comunidad, una acción heroica, la bondad de las costumbres, la desinteresada labor solidaria y pacífica y en general por cualquier hecho notable en la paz o en la guerra que pueda beneficiar a la Nación.

Es concedido por quien puede hacerlo, es decir, por quien ha mantenido y mantiene el fons honorum que le faculta y capacita y ello con independencia de ser Monarca reinante o no reinante, pudiendo crear y conceder las dignidades y mercedes que considere, o conceder en otro linaje aquellas que por extinción del primigenio o por haber sido creadas y concedidas con carácter vitalicio están revertidas a la Corona, teniendo especial valor de legitimación la nueva conce-

sión de las creadas por un Monarca reinante que por un Monarca que no lo es. A esta calidad de las personas físicas, como concepto jurídico, se la denominan nobleza, y a los que la poseen nobles.

La adquisición de esta calidad no conlleva en la actualidad, facultad, privilegio o derecho especial alguno. En todo caso, su poseedor está obligado a un deber social de ejemplaridad, adquiriendo deberes, obligaciones e incompatibilidades de una especial naturaleza civil que no tenía antes.

Por todo ello, un título nobiliario es un Bien y un Derecho de unas determinadas y muy concretas condiciones, pero sin duda es un Bien y un Derecho, posesión incorporal de una persona física no susceptible de derecho dominical. Es irrevocable, si bien su poseedor puede ser privado de su uso. Es intransferible, salvo los hereditarios, *em herdade* y en el siguiente en mejor derecho. Es indisponible. Es imprescriptible. Es indivisible. Es inembargable. Es parte de la personalidad. Es parte de la filiación. No se puede ceder, aunque si renunciar. No es inalienables ni enajenable. No se pueden expropiar.

Las mercedes nobiliarias, honores y distinciones, son de carácter personal y se acreditan en el uso social como signos externos que identifican como seudónimo cualificado. Se constituyen como un Bien y un Derecho individual, privado, extra patrimonial y se encuentran fuera del tráfico comercial. Están vinculados a un linaje que tiene su origen en su fundador, con carácter sucesorio perpetuo y vinculado a la sucesión del mismo, que existiendo siempre lazo de sangre conforma a la familia propietaria del título. La sucesión se establece en preferencia genealógica y en la persona de mejor derecho. Los títulos hereditarios son perpetuos y transmisibles, la caducidad y cancelación en la posesión de un título hereditario no condiciona su consideración de perpetuo e imprescriptible, pudiendo volver siempre a la persona de mejor derecho, salvo que antes fuese otorgado de nuevo y sin necesidad de ningún acto de aprehensión posesoria se traspaşa al grado siguiente, conforme a lo previsto en su norma sucesoria.

Concluida la necesaria explicación, es evidente que el Condado de Regalados es un Bien y un Derecho portugués que estaba prohibido en el Portugal de la Real Casa de Bragança hasta la firma del Tratado de Lisboa del año 1668,

quedando desde ese momento en libre disposición de sus propietarios y herederos.

El evidente que el título, constituyendo un Bien y un Derecho inmaterial, no había sido llevado al Tesoro, y no podía llevarse conforme a su naturaleza, ya que tampoco había sido otorgado de nuevo, ni había habido disputa sobre el mismo, por lo que concluiremos que tiene plena vigencia en el ámbito nobiliario portugués -también por las razones ya expuestas en el presente informe y según aplicación del Artículo XXXVII del Tratado de Lisboa de 1668-.

El Primer Conde de Regalados, muerto en el año 1642, no tuvo tiempo material para hacerse español, y sus hijos tampoco, pues apenas pasados cincuenta y un años de la firma del Tratado de Lisboa, todos ellos habían muerto, extinguiéndose su descendencia.

Por ello, es caso singularísimo el del Condado de Regalados, por ser el único en el que se da el supuesto de una merced, que creada y concedida por el rey de la Imperial y Real Casa de Austria, pasa a recaer también en apenas dos generaciones en la rama de la familia que es leal y reconoce al rey de la Real Casa de Bragança, siendo el primer titular del Condado en ese segundo linaje el hijo de un Fidalgo do Casa Real al servicio de Su Majestad el rey de Portugal en la India.

No es obstáculo el origen de la dignidad -también singular en cuanto a que es la única creada y concedida tras el 1 de diciembre del año 1640- mientras Filipe III de Portugal gozaba de pleno y absoluto reconocimiento internacional como tal. Los sucesores del Primer Conde de Regalados, más de tres siglos después, recogen y asumen ese legado histórico y familiar con la objetividad que permite el tiempo y el estudio académico de la cuestión, lejos de la historiografía y la parcialidad desintegrador de lecturas simplistas²².

22 Hidalgos o Nobles de la Casa Real, en portugués *Fidalgos da Casa Real* eran aquellos que estaban inscritos en los *Livros d'el Rei*; y que tenían la obligación de prestar servicios al monarca, recibiendo por ello una cantidad mensual de dinero, una vivienda y una cantidad de cebada para sus caballos. Para estar asentados en estos libros debían calificar su origen con cuatro certificados: el de su bautismo, el de matrimonio de sus padres, un certificado sacado del libro de la misericordia que acreditara que su padre o abuelo ya disfrutaba de esta condición y el cuarto era el juramentado y juramentado, atestado jurado por dos Caballeros que acreditaban su identidad, lugar de nacimiento, residencia, su afiliación

3. CONCLUSIONES

Primera: El predicado del título *Regalados* hace referencia a un lugar del norte de Portugal, a Pico de Regalados, villa portuguesa que es una feligresía del municipio de Vila Verde y que, indiscutiblemente, forma parte del citado país desde su origen, antes del Condado de Portugal, no siendo nunca objeto de soberanía de los reyes de Galicia o de León, salvo en la etapa del citado Condado, y menos de los reyes de Castilla o más recientemente de España; siempre por tanto Condado de Portugal, Reino de Portugal y parte del Portugal actual en la actualidad.

Segunda: En el año 1385, en el citado lugar, el rey de Portugal crea primero, y luego le concede el Señorío de Regalados a Nuno Viegas, Primer Señor de Regalados, suegro de Diogo Gomes de Abreu, Segundo Señor de Regalados, que por aquel entonces ya era Señor del Couto de Abreu, Primer y único Señor de la Tierra de Entre Doma y Deva, Alcalde-Mayor de Monção y Señor de la Capilla de San Blas, panteón o requietorio medieval de esto linaje. Hijo de Vasco Gomes de Abreu, Señor del Couto de Abreu, Primer Señor de derecho y herencia de Valadares, Alcalde-Mayor de los Castillos de Lapela, Melgaço y Castro Laboreiro, testigo del juramento del Rey Pedro I sobre su matrimonio con Inês de Castro, pariente de la Reina Leonor Teles. Fue Señor e Instituidor de la Capilla de San Blas, en Longos Vales; hijo a su vez de Lourenço Gomes de Abreu, Señor del Couto de Abreu, Alcalde-Mayor de Coimbra, Embajador del Rey Afonso IV de Portugal a Jaime II de Aragón, Alfonso XI de Castilla y a la Curia Apostólica.

y la de sus padres y abuelos; y que su padre o abuelo ya eran *Fidalgos da Casa Real*. Los *Fidalgos da Casa Real* tenían privilegios de los que no gozaba el simple Hidalgo. Uno era tener automáticamente el rango de Cadete cuando ingresaban en el ejército, sin la necesidad de ninguna prueba de ascendencia, mientras que los otros estaban obligados a demostrar que sus padres y los cuatro abuelos tenían una nobleza notoria, pues de lo contrario serían simples soldados. Lo mismo ocurría con los aspirantes a Guardiamarinas de la Armada. Lopo adquirió estos privilegios del Rey de Portugal Alfonso VI, al que concedió sin duda su lealtad. Luíz Oliveira Silva Pereira, *Privilegios da Nobreza y Fidalguia de Portugal* (Lisboa: Oficina Rodrigues Neves, 1806), 51.

Tercera: En el año 1640, Pedro Gomes de Abreu es Señor de Regalados, Patrón de la Iglesia-Abadía de Rossas, Señor de la Capilla de San Blas. Es creado en el año siguiente el título de Primer Conde de Regalados.

Cuarta: El Condado de Regalados es un título de origen geográfico en Portugal y de origen nobiliario –y como tantas veces– de elevación de una dignidad menor a otra mayor, es decir, de Señorío a Condado, sin que ello implique la desaparición del primero. El Señorío de Regalados es sin duda una dignidad portuguesa, el Condado de Regalados también. Su Primer Poseedor y fundador es sin duda, conforme a los estándares definitorios de la nacionalidad de la época, portugués. Pedro, por ello, no pasa a Castilla, donde no es Conde de Regalados como interesadamente se manifiesta, sino que es Conde de Regalados en y para Portugal, pasando primero él y luego sus hijos de un Reino a otro cuantas veces fuera necesario y posible según la evolución de la guerra. Pedro se pone a las órdenes de su rey y llega a ser miembro de la Junta de Guerra y del Consejo de Portugal como primer poseedor de una dignidad portuguesa, el Condado de Regalados.

Quinta: Que quien interviene en la creación y concesión del Condado de Regalados, *em herdade* a quien ya era Señor de Regalados, es quien se considera y es rey de hecho y de derecho de Portugal, Su Majestad el Rey Filipe III que ejerce como tal. Pedro Gomes de Abreu llega a Madrid con su mujer y sus hijos el día 27 de enero de 1641, siendo recibido por el Conde de Lemos, es llevado a presencia de Su Majestad el Rey Filipe III de Portugal, que le otorga la merced de Conde de Regalados, no habiendo pasado más de dos meses del levantamiento y apenas cuarenta y tres días de la proclamación. En esa fecha, ni el Reino de Francia, hasta el 1 de junio del año 1641, ni el Reino de Inglaterra, hasta el 29 de enero del año 1642, reconocían ningún otro rey de y en Portugal. Pedro Gomes de Abreu muere en Madrid el día 1 de noviembre de 1642. El título se creó y concedió por sí, para sus hijos y sucesores, que no sólo descendientes, lo que permite que las ramas colaterales de Pedro Gomes de Abreu, en concreto la de su hermano António, pueda heredar el título.

Sexta: El Condado de Regalados es un título portugués y no español, creado y concedido por un Rey de Portugal en el año 1641 (recordemos que João no fue proclamado rey hasta el 15 de diciembre del citado año, sin ser reconocido por el Reino de Francia hasta el 1 de junio del año 1641, y hasta el 29 de enero del año 1642 por el Reino de Inglaterra). El Condado se erige cuando João no tiene reconocimiento internacional alguno y sigue siendo rey de Portugal a esos efectos Filipe III. Es la doctrina española, la de diferenciar las distintas soberanías de sus monarcas en materia nobiliaria, por la que se establecen los títulos creados y concedidos por el rey, ya sean de Castilla, Nápoles o Portugal, según la referencia geográfica de su predicado o la condición del súbdito que se convierte en su primer poseedor. La referenciada a esos efectos, y en esa época en la que el concepto de nacionalidad no era el de ahora, es la de su Reino de origen.

En ese sentido, es incuestionable que Pedro Gomes de Abreu era portugués y que el título, Condado de Regalados, era y es a toda mención un lugar de Portugal, Pico de Regalados, del que el Conde fundador era nada menos que el Séptimo Señor. Sus hijos hasta la muerte de la Sexta Condesa de Regalados en el año 1719, nunca se naturalizaron como españoles.

Séptima: En el marco del Derecho Nobiliario, y al margen de las pretensiones nacionalistas, los actos jurídicos de creación y de concesión del título nobiliario por sí, sus hijos y sus sucesores, lo es antes del día 1 de junio del año 1641 y en el plano académico y científico, la legitimidad de Su Majestad el Rey Filipe III de Portugal para tal ejercicio no puede ser discutida, y ello al margen del ejercicio de poder de hecho que desde el 1 de diciembre del año 1640 hacían en buena parte de Portugal, pero no en todo Portugal, los partidarios de la revolución. No puede decirse lo mismo de los títulos creados y concedidos tras esa fecha, que por otra parte pasaron a ser españoles tras la segunda sucesión en los mismos como hemos visto, lo que nunca aconteció con el Condado de Regalados.

Octava: Que si fuese un título español, que no lo es, estaría a lo dispuesto en el Real Decreto 2221 1988, de 11 de marzo por el que se modifican los Reales Decretos de 27 de mayo de 1912 y 8 de julio de 1922 en materia de Rehabilitación de Títulos Nobiliarios y en concreto los artículos Tercero, Cuarto y Quinto, in-

cumpléndose lo en ellos dictados, por lo que sería imposible, si bien la norma española no es de aplicación por no ser título del Reino, no haber estado nunca en su elenco y no estar revertido al rey de España.

Novena: El segundo linaje, luego primero, que inicia António de Abreu y Lima, hermano del Primer Conde de Regalados, es un indudable linaje portugués, que en la crisis abierta entre el año 1640 y el año 1668 se mantiene para Portugal en lealtad entre esos años a Su Majestad el Rey João IV y luego a Su Majestad el Rey Afonso VI de Portugal. Sus poseedores, primera línea de su linaje, desde el año 1641 hasta el año 1719 fueron portugueses y residentes en España, leales a Su Majestad el Rey Filipe III y luego a Su Majestad el Rey Carlos I de Portugal hasta 1668, y desde esa fecha podría decirse, utilizando con alguna licencia la terminología actual, exilados portugueses que no renuncian a su condición ni se integran en el sistema nobiliario español.

Sus poseedores, en la segunda línea de su linaje, desde el año 1641 hasta el año 1719 y desde ese año hasta la actualidad, son portugueses y residentes en Portugal, leales a Su Majestad el Rey João IV desde el año 1640, y luego a Su Majestad el Rey Afonso VI de Portugal, y tras este, a los sucesivos reyes de Portugal hasta 1910 y luego a los Jefes Dinásticos de Su Real Familia hasta el momento.

Décima: Es MANUEL CARLOS DE ABREU E LIMA GOMES DA SILVA, nacido en Oporto en el año 1955, Décimo Tercer Conde de Regalados. Son sus hijos Leonardo José de Sá Cavadas Gomes de Abreu e Lima, nacido en 1994 y Nuno Henrique Pinto Pereira de Abreu e Lima, nacido en 1998.

Undécima: Son las siguientes líneas de sucesión por este orden las siguientes:

Las del resto de los hijos e hijas, por su orden, de DEOLINDA DE JESUS MONTEIRO DE ABREU E LIMA, Duodécima Condesa de Regalados.

Las de las otras hijas de CASIMIRO MANUEL DE ABREU E LIMA, Undécimo Conde de Regalados.

Las de los hijos de Bento José de Abreu e Lima, hijo de ANTÓNIO DE ABREU E LIMA, octavo Conde de Regalados.

La de los hijos de Leonel de Abreu e Lima, hermano de PEDRO GOMES DE ABREU, Primer Conde de Regalados.

La de los hijos de Isabel de Lima de Abreu, hermana de PEDRO GOMES DE ABREU, Primer Conde de Regalados.

Duodécima: Conforme a lo previsto en el artículo VIII del Tratado de Lisboa del año 1668, es el Décimo Tercer Conde de Regalados, el Décimo Noveno Señor de Regalados, Señor de Valadares, Señor del Couto de Abreu, Patrón de la Iglesia-Abadía de Rossas, Señor de la Capilla de San Blas, Manuel Carlos de Abreu e Lima Gomes da Silva, dignidades no reclamadas por nadie desde el año 1879 por tener el mejor derecho hereditario, parentesco más próximo y directo nunca colateral, con todos primeros Señores poseedores y fundadores en cada Señorío, y conforme a lo previsto en el citado artículo del Tratado.

Décimotercera y última: Conforme a lo previsto en el artículo XXXVII del Tratado de Lisboa del año 1668, no está prohibido y está reconocido el Condado de Regalados y los Señoríos que le son propios, como Bienes y Derechos inmatrimoniales de su poseedor y sus herederos, más si cabe cuando -considerando la cuestión en el marco normativo de la época- es evidente que la adquisición, disfrute, conservación e incremento de los Bienes y Derechos materiales son consecuencia directa de la posesión y propiedad de los Bienes y Derechos inmatrimoniales que les daban soporte.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Caetano de Sousa, António. *Historia de la Genealogía de la Casa Real de Portugal*. Lisboa: Joseph Antonio da Sylva, 1742.

Gándara Ulloa, Felipe. *Armas i Triunfos*. Madrid: Pablo del Val, 1662.

Luxan Meléndez, Santiago. "La pervivencia del Consejo de Portugal durante la restauración: 1640/1668". *Norba* 8-9 (1987-1988): 61-86.

- “La pervivencia del Consejo de Portugal durante la restauración: 1640/1668”. *Revista de la Historia UEX*, (1987). 61-86.
- Oliveira Silva Pereira, Luíz. *Privilegios da Nobreza y Fidalguia de Portugal*. Lisboa: Oficina Rodrigues Neves, 1806.
- Salazar Castro, Luis. *Historia Genealógica de la Casa de Lara*. Madrid: Real Imprenta, 1697.
- Sousa, José Antônio. *Historia de la Muy Ilustre Casa de Sousa, España 1770* Madrid: Imprenta de Xavier García, 1770.
- Valladares Ramírez, Rafael. *De ignorancia y Lealtad. Portugueses en Madrid (1640/1670)* Madrid: Centro Superior de Investigaciones Científicas, 1998.
- Vilar Pascual, Luis. *Diccionario histórico, genealógico y heráldico de las familias ilustres de la monarquía española. Apellido Abreu*. Madrid: Imprenta D.F. Sánchez, 1859.

RODOLFO ORANTOS MARTÍN
Derecho Dinástico Público y Privado
Universidad Católica de Ávila
rodolfo.orantos@ideamaule.cl
<https://orcid.org/0000-0003-1109-9037>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.619>

E VALORACIÓN PENAL DE LAS AGRESIONES SEXUALES EN EL MATRIMONIO Y RELACIONES AFINES

CRIMINAL ASSESSMENT OF SEXUAL ASSAULTS IN MARRIAGE AND KIN RELATIONSHIPS

LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN DEL ROSAL¹

CUNEF Universidad

Recibido: 10/10/2021 Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

La posibilidad de admitir la existencia de una agresión sexual cuando el sujeto activo y pasivo están casados entre sí no ha sido siempre aceptada de forma unánime. En este sentido, no ayudaba la antigua rúbrica existente en nuestro Código penal de los delitos contra la honestidad, pues el yacimiento matrimonial, en ningún caso, podía ser considerado deshonesto. Este planteamiento no es posible mantenerlo en la actualidad, dado que el bien jurídico protegido -la libertad sexual- alberga, entre sus manifestaciones, el derecho de decidir el sí o el no, el cómo, el cuándo, dónde y con quién quiere realizarse cualquier actividad de aquella naturaleza. De ahí que sea de sumo interés abordar la llamada circunstancia mixta de parentesco por cuanto que afecta a la medición de la pena;

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Licenciada en Criminología por la Universidad Camilo José Cela de Madrid. Es Profesora de Derecho Penal en CUNEF y de Asesoría Penal y Proceso Penal en el Máster Universitario de Acceso a la Profesión de Abogado (MUAPA) de CUNEF. Además de su labor docente e investigadora, es Abogada del Ilustre Colegio de Madrid, actuando en casos de toda índole penal.

agravando o atenuando la responsabilidad penal, según el caso, a tenor de la relación de la víctima con su agresor.

Palabras clave: Parentesco, agresión sexual, circunstancia mixta, violación, matrimonio, relación de análoga afectividad.

ABSTRACT

The possibility of admitting the existence of a sexual assault when the active and passive subjects are married to each other, it has not always been accepted unanimously. In this sense, the old rubric existing in our Penal Code of crimes against honesty did not help, since the marriage site, in no case, could be considered dishonest. This approach cannot be maintained at present, given that the protected legal asset -sexual freedom-houses, among its manifestations, the right to decide yes or no, how, when, where and with whom you want to carry out any activity of that nature. Hence it is of great interest to address the so-called mixed kinship circumstance as it affects the measurement of the penalty; aggravating or attenuating criminal responsibility, depending on the case, based on the victim's relationship with her aggressor.

Keywords: Kinship, sexual assault, mixed circumstance, rape, marriage, relationship of analogous affectivity.

Sumario: 1. Introducción. 2. La circunstancia mixta de parentesco. 2.1. Alcance de la circunstancia prevista en el artículo 23 del Código penal. 2.1.1. En cuanto a la medición de la pena. 2.1.2. Relaciones de parentesco contempladas. 2.2. Algunas observaciones. 3. Las agresiones sexuales. 3.1. La incidencia de dicha circunstancia en los delitos de agresión sexual entre personas unidas por dicho vínculo afectivo. 3.1.1. Delitos de agresión sexual. 3.1.2. Agresor y víctima. 3.1.3. La pena en tales delitos en función de la circunstancia de referencia. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos sociales que más ha evolucionado en los últimos años es la forma en que se conciben las relaciones interpersonales y grupales en el seno de la familia, así como en las relaciones del círculo próximo.

Ésta se plasma en los artículos de la Constitución que se ocupan de la familia –artículo 39²- y provoca un proceso de reforma de las normas. Basta recordar la enorme trascendencia en la historia jurídica de España que supuso la Ley del divorcio 30/1981, de 7 de julio, de modificación del Código civil en materia de matrimonio, nulidad, separación y divorcio³.

Décadas atrás, la vida española se declinaba en masculino. La mujer, educada para ser sacrificada y sumisa, cosía y cocinaba a la sombra del hombre, amo y señor de todas las cosas (incluida ella).

Así, sentenciaba el padre claretiano Santiago Navarro: “La esposa no tiene derecho alguno sobre su cuerpo; al casarse, entregó ese derecho a su marido y éste es el único que puede hacer uso de ese derecho...”⁴.

Por su parte, el Dr. Clavero Núñez, médico eminente y divulgador muy leído, escribía en 1946⁵: “Es un imperdonable error la negación al esposo del débito conyugal. La mujer no debe, bajo ningún pretexto, negar a su marido lo que le pertenece”⁶.

La mujer era, pues, súbdita del hombre. Los malos tratos a mujeres, a veces con el irreparable resultado de la muerte son hoy, en buena medida, trágica herencia de aquel tiempo en que la mujer era una cosa, y el hombre, su dueño⁷.

2 Constitución Española (CE): Boletín Oficial del Estado, n.º. 311, de 24 de diciembre de 1978. Art. 39 CE: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

3 Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado, n.º. 172, de 20 de julio de 1981.

4 Santiago Navarro Cea, *Problemas médico-morales* (Madrid: Cocolsa, 1963).

5 Se trata de una obra que recogía, como así decía su autor: “Un texto de formación prenupcial. Un conserjero para los casados en su vida conyugal. Un guía para la mujer en sus trances de maternidad”.

6 Dr. A. Clavero Núñez, *Antes de que te cases* (Valencia: 1946).

7 Como ya decíamos en otra de nuestras colaboraciones: “La mujer, por su parte, en la senda de su liberación y de la actualización de sus pretensiones de igualdad, ha partido siempre, por esta misma razón, de posiciones de inferioridad y de debilidad ancladas en un modelo social de convivencia artificial que nadie permitía cambiar y que la tenían sometida al silencio y de ahí, a una *cifra*

En este sentido, y en relación a las agresiones sexuales, se afirma que:

“Constituyen un delito contra la libertad sexual y quiebran el sentimiento básico de seguridad de la víctima. Sin embargo, durante siglos, la violación ha sido considerada, más que un delito contra la mujer, un delito contra la propiedad privada del hombre o un delito contra el honor. Por ello, en el ámbito del matrimonio, el sometimiento sexual por la fuerza de la esposa al marido no ha sido considerado un delito de violación hasta hace pocos años”⁸.

Se trata, sin lugar a dudas, de un tipo de delito especialmente violento, no solo en cuanto al ataque físico se refiere, sino también en cuanto al daño psicológico y las secuelas que serán padecidas de por vida. Además,

“Es una epidemia que se ensaña con las mujeres de forma especialmente persistente y violenta. Y, a tenor de los datos revelados esta semana, se vive normalmente en silencio. Una de cada cinco mujeres de Estados Unidos dice haber sido víctima de agresión sexual por lo menos una vez en su vida. Se trata del 18,3% de la población femenina. Son, en total, 22 millones de mujeres que viven con un estigma, acalladas en un país de 312 millones de habitantes. En la mayoría de ocasiones, quien les arremete es un familiar o un conocido. Muchas de ellas, la inmensa mayoría, no llegan a denunciar al agresor por el miedo a las represalias o al qué dirán”⁹.

En este sentido,

“La resistencia a la denuncia de este tipo de delitos deriva de la existencia de ciertos temores. La víctima puede sentirse avergonzada o tener miedo a no ser creída acerca de la falta de consentimiento de la relación sexual o a que se

negra posiblemente creciente”. Leyre Sáenz de Pipaón del Rosal, “De la represión penal de la violencia de género y su estimación criminológica”, en *Expresiones de fenomenología criminal y su etiología*, Javier Sáenz de Pipaón y Mengs (Madrid: ACPA, S.L., 2005), 26.

⁸ Enrique Echeburúa Odriozola y Paz de Corral, “Agresiones sexuales contra mujeres”, en *Manual de Victimología*, coord. por Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburúa Odriozola y Josep María Tamarit Sumalla (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 149.

⁹ David Alandete, “La violación como epidemia silenciosa”, *Diario El País, Vida&Artes*, 16 de diciembre de 2011, 36-37.

atribuya la denuncia a motivos espurios (venganza, celos, embarazo o, simplemente, despecho)”¹⁰.

Todo ello no dejará de tener su importancia en el desarrollo de nuestro tema, para lo cual, empezaremos haciendo una referencia al artículo 23 del Código penal¹¹, el cual nos parece de sumo interés por cuanto que afecta a la medición de la pena; agravando o atenuando la responsabilidad penal, según el caso, a tenor de la relación de la víctima con su agresor.

Se trata de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal que afecta -como decimos- a la medición de la pena y cuya apreciación -por parte de nuestros Tribunales- no es de obligado cumplimiento.

La denominación de mixta implica que dicha circunstancia podrá utilizarse, según los casos, para moderar la pena (como atenuante), o bien, para agravarla (como una agravante), teniéndose en cuenta el vínculo afectivo entre el ofensor (sujeto activo) y la víctima del delito (sujeto pasivo). Así,

“Esta es la única circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de carácter personal y mixto, esto es, con una naturaleza ambivalente, ya que puede surtir tanto efectos atenuatorios como agravatorios de la responsabilidad criminal. De acuerdo con el tenor legal, la existencia de una relación conyugal o análoga a esta, presente o pasada, entre el responsable del delito y la víctima, o que esta sea ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza o adopción del autor del hecho, o de su cónyuge o conviviente, puede operar para agravar o atenuar la pena, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito cometido”¹².

10 Echeburúa y de Corral, “Agresiones...”, 150.

11 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP): Boletín Oficial del Estado, nº. 281, de 24 de noviembre de 1995. Art. 23 CP: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

12 Fernando Molina Fernández, *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2021* (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), 570.

2. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

2.1. ALCANCE DE LA CIRCUNSTANCIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 23 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 23 del Código penal establece la que, en la doctrina y en la práctica, se conoce como *circunstancia mixta de parentesco*, ya que cometer o participar en un delito siendo pariente próximo de la víctima por consanguinidad o afinidad, en los grados que indica este precepto; o, incluso, mantener con la víctima una análoga relación de afectividad a la conyugal de forma estable, puede, indistintamente, agravar o atenuar la responsabilidad penal, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito.

La circunstancia mixta de parentesco pone de manifiesto que el Derecho penal es parte del nuevo desarrollo de la institución familiar en el Derecho español.

Así, se han producido cambios tan importantes para la circunstancia mixta de parentesco como la equiparación de todos los hijos (matrimoniales o extramatrimoniales), o la inclusión en el ámbito de aplicación de la circunstancia de la relación de análoga afectividad en la reforma del Código penal de 1983¹³.

“La reforma de 1983 introdujo la ‘análoga relación de afectividad’ junto con la condición de ser el agraviado cónyuge del culpable, extendiendo los efectos de la circunstancia a las situaciones de convivencia estable ‘análogas’ al

13 Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Boletín Oficial del Estado n.º. 152, de 27 de junio de 1983. En la Exposición de Motivos, en relación a la circunstancia modificativa que estamos tratando, se recogía lo siguiente: “La circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y con ella, la regulación del encubrimiento en el artículo 18, se modifica a fin de adaptar su fórmula como se hace en otros preceptos a los cambios legales producidos en la conceptualización de la filiación. Además, se acoge en ambos preceptos la realidad de la existencia de situaciones de afectividad iguales o inferiores a las emanadas del parentesco; coincidiendo así plenamente con la razón de ser de estas normas, no hay motivo para limitar los efectos jurídicos penales de las relaciones afectivas”.

matrimonio. La LO 11/2003, de 29 de septiembre¹⁴, reformó este artículo 23 del CP para incluir al cónyuge o pareja de hecho ya separados¹⁵.

Otras características inherentes a la circunstancia mixta de parentesco que suscitan problemas y dudas técnicas son:

- Aquellas que derivan de la naturaleza del vínculo entre autor, víctima y otros partícipes.

- Las que tienen que ver con la ambigüedad de los efectos que dicho vínculo puede tener para el Derecho penal y, más en concreto, en la valoración de cuáles deben ser las consecuencias de determinados delitos.

Así pues, a dificultad del parentesco –como figura jurídico penal- radica en la multiplicidad de sus funciones.

El legislador parece haber eludido la decisión sobre cuándo un hecho es más o menos grave en función de ese vínculo familiar entre los sujetos del delito.

Por lo que, siguiendo a Huerta Tocildo, debe evitarse que:

“El juzgador penal se vea convertido en legislador, con los consiguientes riesgos de decisionismo y arbitrariedad que ello entraña, y conseguirse, al propio tiempo, un grado de previsibilidad suficiente para satisfacer la exigencia de la seguridad jurídica”¹⁶.

Por otro lado, la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código penal, pertenece a la categoría de las circunstancias personales y subjetivas –no afecta al hecho en sí, sino a las especiales relaciones entre ofendido y ofensor-. Lo decisivo en la indagación del significado correspondiente al parentesco vendrá dado por el caso particular.

14 Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Boletín Oficial del Estado n.º 234, de 30 de septiembre de 2003.

15 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019), 470.

16 Susana Huerta Tocildo, *Sobre el contenido de la antijuricidad* (Madrid: Tecnos, 1984).

“No se aprecian criterios unánimes para establecer las situaciones en que el parentesco puede atenuar o agravar, aunque existe la tendencia jurisprudencial - con excepciones- a considerar que el parentesco agrava en los delitos contra las personas¹⁷ y atenúa en delitos contra la propiedad¹⁸.

Por otra parte, tampoco es exigible que la relación de parentesco conlleve el mantenimiento de vínculos afectivos, aunque si tales vínculos son inexistentes, la circunstancia puede ser simplemente irrelevante: obsérvese que el Código establece que el parentesco ‘puede’ atenuar o agravar, luego no hay inconveniente en que no produzca ninguno de los dos efectos”¹⁹.

2.1.1. En cuanto a la medición de la pena

El sistema español de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tiene una gran importancia en el método de determinación de la pena.

Con la creación y consolidación de un catálogo de circunstancias genéricas de modificación de la responsabilidad penal²⁰ se pretendió, ya en origen, servir al principio de proporcionalidad, propio de nuestro sistema penal.

17 Vida, integridad física y moral, libertad, libertad e indemnidad sexual.

18 “Tal práctica no se basa en una regla legal. Más bien, en este caso, se adhiere a la vía que sigue la excusa absolutoria entre parientes si cometen delitos patrimoniales en ciertas condiciones (CP art.268)”. Molina, *Memento...*, 570-571. Así, se dispone en el art. 268 CP: “1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”. En este artículo, “se recoge la tradicional excusa absolutoria entre parientes en los delitos contra la propiedad, en los que no concurra ni violencia ni intimidación, y disponiendo también la inaplicación de la excusa cuando concurra o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”. Molina, *Memento...*, 1278.

19 Muñoz y García, *Derecho...*, 470.

20 “Como considera acertadamente Cocurullo, la historia de las circunstancias modificativas va unida íntimamente a la propia del Derecho penal, puesto que desde antiguo advierte un esfuerzo por adecuar, cuanto más posible la pena a la gravedad del hecho. Avala esta afirmación el estudio, por ejemplo, del más antiguo de los Códigos orientales conocidos, el de Hammurabi, donde los atentados contra las personas contenían una variada casuística de situaciones y correspondientes penas. Igualmente, la legislación penal de la India antigua otorga trascendencia a los motivos que impulsan a delinquir, y el Derecho hebreo reservaba a los jueces la facultad de modular la pena a través de

“El principal argumento para apoyarlo parte de la consideración del principio de proporcionalidad de las penas, propio del Derecho penal democrático. Efectivamente, si los marcos penales genéricos deben ser proporcionados a la gravedad del delito en abstracto, también debe serlo la pena concreta que se imponga dentro de dicho marco.

Y si tal decisión se adopta en base a las circunstancias atenuantes y agravantes es porque éstas contemplan situaciones que modifican la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor, obteniéndose con ello la proporcionalidad en concreto. En definitiva, se trata de circunstancias que modifican la pena porque suponen modificaciones de la responsabilidad criminal”²¹.

De manera que su aplicación, afecta a la extensión de la pena.

“Los efectos generales de las circunstancias modificativas se recogen en el artículo 66.1 del Código penal, por el que se establecen diversas reglas que se estudian en el ámbito de la determinación de la pena. Se trata de un complejo sistema de reglas que, en general, conducen a aplicar la mitad inferior o superior de la pena, o bien penas superiores o inferiores, según las circunstancias que concurran”²².

No existe consenso sobre un fundamento común a las circunstancias modificativas. En cuanto a la circunstancia que estamos estudiando, lo decisivo en la indagación del significado correspondiente al parentesco vendrá dado por el caso particular.

Por otro lado, aunque se den los requisitos objetivo y subjetivo, la circunstancia mixta de parentesco puede también resultar inoperante. De modo que la llamada circunstancia mixta o ambivalente puede:

- apreciarse como agravante.
- apreciarse como atenuante.

circunstancias que, como tales, no quedaban recogidas en el Derecho escrito”. Emilio Cortés Bechiarrelli, *Arrebato u obcecación* (Madrid: Marcial Pons, 1997), 19-20.

²¹ Muñoz y García, *Derecho...*, 454.

²² Muñoz y García, *Derecho...*, 457.

- no aplicarse en ningún sentido.

Bueno será traer a colación que,

“El Tribunal Supremo niega virtualidad a la circunstancia y, por tanto, a la apreciación de cualquier efecto, atenuante o agravante, si se concluye que la relación parental no ha operado como un motivo o circunstancia de suficiente y adecuada entidad”²³.

2.2.2. Relaciones de parentesco contempladas

El parentesco por consanguinidad no presenta problemas de entendimiento. Puede ser en línea recta ascendente (padres, abuelos), en línea recta descendente (hijos, nietos), o en línea colateral (hermanos, tíos -hermanos del padre o de la madre-, etc.).

“Las diversas reformas en la redacción de la circunstancia, alguna de las cuales ha incidido en el ámbito de operatividad de la misma, han supuesto que se incluyan junto al matrimonio las relaciones de afectividad análogas de carácter ‘estable’, incluso las preexistentes y ya rotas al realizarse el hecho”²⁴.

También se incluyen dentro del radio de acción del artículo 23 los cuñados, que son hermanos por afinidad.

El sintagma por adopción ofrece dudas sobre si se refiere sólo a los hermanos (por adopción), o también a los padres y a los hijos adoptivos, pero no tendría sentido que la circunstancia se aplicara de forma colateral y no en línea recta ascendente o descendente. De modo que la circunstancia mixta de parentesco habrá de aplicarse también a los delitos cometidos entre sí por padres e hijos adoptivos. “Los hermanos naturales o por adopción pueden serlo tanto de los mismos progenitores, como por tener un solo progenitor común”²⁵.

²³ Molina, *Memento...*, 570.

²⁴ Molina, *Memento...*, 570.

²⁵ Molina, *Memento...*, 574.

La introducción en el texto normativo de la relación de análoga afectividad (1983) se lleva a cabo estableciendo una equivalencia. Esta vez se tratarán con idéntico valor las relaciones matrimoniales (es decir, aquellas que tienen un vínculo jurídico establecido) y aquellas parejas que vivan como matrimonio, pero no hayan querido establecer ese vínculo jurídico.

“En el concepto de ‘personas ligadas de un modo estable por análoga relación de afectividad a la del matrimonio’, entiende la jurisprudencia que no cabe incluir de modo automático todo tipo de relaciones de noviazgo, sino únicamente aquellas relaciones sentimentales en las que concurra o haya concurrido un componente de compromiso de vida en común dotado de cierta estabilidad, que suele manifestarse por un inicio de convivencia, mostrando la realidad social que muchas relaciones de noviazgo, más o menos fugaces, carecen de las características necesarias para ser consideradas como relaciones de afectividad análogas a la marital a los efectos de la aplicación de la agravante de parentesco (AP Madrid 12-3-18): así, en un caso de violación por parte del ex novio, se considera improcedente extender con carácter general a las relaciones ordinarias de noviazgo, de escasa duración y sin convivencia, la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, porque constituiría una aplicación analógica de la norma, en contra del reo, prohibida por el principio de legalidad (TS 10-2-16)”²⁶.

El requisito de hallarse ligados por análoga relación de afectividad a la conyugal, de forma estable, quedará sometido a las reglas generales de la prueba (confesión, documentos, testigos, peritos, indicios, etc.), cuya carga incumbirá a la acusación si postula que se aplique la circunstancia del artículo 23 como agravante, estando protegido el acusado, mientras tanto, por la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

Por otro lado, en el concepto de relación de análoga afectividad caben, igualmente, las relaciones de pareja homosexuales. Es decir, cualquier tipo de pareja sentimental entre personas adultas es equivalente al vínculo matrimonial

²⁶ Molina, *Memento...*, 572.

establecido legalmente. Con respecto a esta cuestión tiene un papel esencial el concepto de afectividad.

“La relación conyugal puede ser tanto heterosexual como homosexual -en virtud de la Ley 13/2005, de reforma del Código Civil²⁷, que reconoció el matrimonio entre personas de igual sexo en los mismos términos que el matrimonio heterosexual (TS 6-3-12)- subsistente cuando se realiza el hecho delictivo o bien, desde la modificación introducida por LO 11/2003, ya cesada o rota. De acuerdo con tal reforma del texto legal, ahora es posible aplicar esta circunstancia, aunque cuando se cometa el delito el ofensor y la víctima estén separados de hecho o legalmente, o el matrimonio se haya disuelto o haya sido declarado nulo”²⁸.

Uno de los conceptos básicos que doctrina y, especialmente, jurisprudencia emplearon para llevar a cabo la analogía entre lo que es una relación afectiva matrimonial y una relación de análoga afectividad es el de permanencia. Es decir, se exige de la relación de pareja análoga que demuestre una vocación de perdurar en el tiempo.

En su evolución jurisprudencial, el requisito de permanencia se transforma en la constatación de la estabilidad de la relación sin ahondar tanto en el problema de prolongación temporal. De hecho, la estabilidad se concibe como un límite objetivo a la relación de afectividad.

El cambio de comprobar la estabilidad en lugar de la permanencia, para probar la analogía entre el matrimonio y la relación análoga implica un cambio conceptual importante. Esto es así porque el concepto de permanencia se refería a la convivencia que perdura en el tiempo, mientras que el de estabilidad cambia de parámetro. La estabilidad no consiste en que dos sujetos vivan en un mismo domicilio de forma continuada durante un tiempo suficiente, sino en que, exista un proyecto común duradero.

²⁷ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Boletín Oficial del Estado n.º 157, de 2 de julio.

²⁸ Molina, *Memento...*, 571.

“Así, partiendo de la necesidad de analizar la nota de estabilidad caso a caso y en atención a las circunstancias concretas, se enumeran como datos que denotan estabilidad de la relación; compartir domicilio, llevar una vida en común, o la dependencia económica que tenía la víctima respecto de su agresor (TS 6-3-12)”²⁹.

2.2. ALGUNAS OBSERVACIONES

Existen una serie de elementos o indicios que pueden ser de ayuda para pronunciarse sobre la justificación del parentesco. Así, la incorporación del parentesco al Código penal tuvo una funcionalidad criminológica dirigida a evitar los crímenes pasionales³⁰, es decir, quería potenciarse la vertiente educacional y preventiva de la norma.

“La jurisprudencia mantiene, en general, su tradicional posición considerando que la base de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad radica en la mayor o menor culpabilidad (reprochabilidad) que merece el comportamiento delictivo en atención al hecho de que este se produzca teniendo como sujeto pasivo a uno de los parientes que la ley contempla”³¹.

Interesa destacar que esta relación especial entre autor y víctima puede adscribirse a una tipología y marco jurídico concreto, como el de la familia. Puede argumentarse que la necesidad de que el Derecho penal tenga en cuenta este vínculo en la medición de la pena radica en el elemento fáctico de que el marco familiar puede generar mayor indefensión frente al delito y que, precisamente ese factor afectivo, pueda aumentar la predisposición victimal³².

29 Molina, *Memento...*, 572.

30 “Estados con gran carga afectiva, con características de emociones y sentimientos que, debido a su intensidad, influyen sobre el pensamiento lógico y razonador originando una nebulosa, nublándolo, siendo origen de conductas irreflexivas, dominadas por la idea básica del estado pasional. Nuestro Código Penal considera el ‘estado pasional’ como una posible causa de atenuación de la responsabilidad del individuo en los actos ilícitos que lleva a cabo”. Juan José Carrasco Gómez y José Manuel Maza Martín, *Manual de Psiquiatría Legal y Forense* (Madrid: La Ley, 2003), 116.

31 Molina, *Memento...*, 574.

32 “Dos son los principales enfoques clasificatorios: la contribución o coadyuvancia activa de la víctima al delito, y la proclividad, propensión o vulnerabilidad de la víctima. Fattah acoge

Ahora bien, esa posible mayor predisposición victimal en el ámbito familiar no puede ser compensada por la creación de deberes de autotutela de la víctima ya que, precisamente, la innecesaria de mantener barreras de desconfianza frente a los otros miembros de la familia, forma parte esencial del parentesco como tal relación humana.

La concepción familiar de parentesco debe ser interpretada a la luz de los principios constitucionales. De esta manera, se daría cabida jurídico – penal a uno de los ámbitos de desarrollo de la personalidad y dignidad humana (artículo 10 Constitución³³). No prever que el parentesco (en un marco más genérico, la familia) puede ser un protagonista del Derecho penal, sería ignorar la realidad de que, ocasionalmente, existen vínculos especiales entre la pareja penal y que puede hacerse uso de éstos para llevar a cabo un delito.

El criterio del uso-abuso que de la relación familiar se haga puede servir para discernir cuándo será necesario atenuar o agravar.

Como agravante, tendría que ver con el grupo de agravantes que recogen el abuso de confianza; la relación de parentesco acostumbra a generar un marco de intimidad entre los sujetos donde rige la confianza en la relación y conocimiento mutuo; cuando el autor utilice ese marco que las relaciones familiares o parentales generan para cometer delito, podría afirmarse que el autor abusa de ese conocimiento íntimo que tiene de su víctima.

igualmente el criterio convencional de la distribución gradual de responsabilidad según comportamiento de la víctima (Fattah, 1967). Así, distinguirá cinco categorías generales: *Víctima no participante*, *víctima latente o predispuesta*, que experimenta una fuerte propensión a ser victimizada por factores de origen biopsicológico, social o psiquiátrico, *víctima provocativa* o precipitadora, *Víctima participante, con actitud facilitadora, y víctima falsa*, de carácter simulatorio”. Myriam Herrera Moreno, “Victimación. Aspectos generales”, en *Manual de Victimología*, coord. por, Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburúa Odriozola, Josep M^a Tamarit Sumalla (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 81-83

33 Art.10 CE: “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 Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Por el contrario, el efecto atenuante podría argumentarse desde el razonamiento de que esa cualidad familiar del autor amortigua la gravedad de los efectos del delito para la víctima. Este factor atenuante se explicaría, especialmente, en aquellos casos en los que interviene la voluntad de la víctima (consintiendo o permitiendo).

“Por otra parte, la jurisprudencia entiende que no siempre el parentesco es expresión de una mayor o menor culpabilidad, estimándolo irrelevante no sólo cuando la víctima haya provocado la comisión del delito, sino también cuando la relación entre agresor y ofendido se encuentre rota por ausencia, si no de la afectividad sí al menos de intereses comunes más o menos intensos, existiendo enemistad, intereses contrapuestos o cualquier otra razón origen del distanciamiento entre los sujetos activo y pasivo del delito”³⁴.

3. LAS AGRESIONES SEXUALES

3.1 LA INCIDENCIA DE DICHA CIRCUNSTANCIA EN LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL ENTRE PERSONAS UNIDAS POR DICHO VÍNCULO AFECTIVO

3.1.1 *Delitos de agresión sexual*

Ya en el Derecho Romano se diferenciaban tres grandes grupos de delitos de índole sexual:

- aquellos que atentaban contra la libertad sexual, como la violación;
- aquellos que infringen la moralidad sexual o concepto de la sociedad sobre los límites de las relaciones sexuales entre seres humanos, como el estupro o fornicación;
- una última categoría de delitos de naturaleza sexual que aparece integrada por aquellos delitos que atentaban contra la ordenación familiar, en donde pueden ser destacados la bigamia y el adulterio.

34 José María Luzón Cuesta, “Parentesco”, en *Enciclopedia Penal Básica*, dir. por Diego Manuel Luzón Peña (Granada: Comares, 2002), 976.

El legislador histórico vino sancionando comportamientos que, desde una determinada concepción de la moral sexual del momento, se consideraban contrarios a los principios y valores sentidos por la mayoría.

Precisamente, en atención a los profundos cambios producidos en torno a lo que deba entenderse por moral sexual, se explican las reiteradas reformas experimentadas en cuanto a la sanción de conductas tenidas ahora por irrelevantes penalmente.

“En pocos ámbitos del Derecho penal el legislador se ha mostrado más atento a los cambios de mentalidad y costumbres sociales como en este de la sexualidad. Las reformas, iniciadas con la Ley 22/1978 de supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento³⁵, culminaron en el Código precedente con la introducida por la Ley 3/1989, de 21 de junio³⁶, que supuso dar un giro copernicano a una tradición punitiva anclada en una moral decimonónica y desigualitaria”³⁷.

Se trataba de tutelar la libertad sexual como parcela básica de la libertad del individuo a la luz de los valores que alumbró la Constitución de 1978 (artículo 17³⁸), todo ello en detrimento del concepto de moral sexual dominante. Es la libertad para decidir sobre la propia sexualidad³⁹.

35 Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento. Boletín Oficial del Estado n.º 128, de 30 de mayo de 1978.

36 Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. Boletín Oficial del Estado n.º 148, de 22 de junio de 1989. Preámbulo: “La necesidad de una reforma de los llamados delitos ‘contra la honestidad’ del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad. Una primera modificación se impone: respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión ‘honestidad’ por ‘libertad sexual’, ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado. La modificación introducida en el Capítulo Primero del Título IX del Libro II, supone incluir en el delito de violación, además del coito vaginal el rectal y bucal; asimismo con la nueva redacción los sujetos pasivos pueden ser tanto hombres como mujeres. De esa forma se pretende que el tipo penal responda a la realidad de la dinámica delictiva actual”.

37 Carmen Lamarca Pérez, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. En *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Carmen Lamarca Pérez, Avelina Alonso de Escamilla, Esteban Mestre Delgado y Alicia Rodríguez Núñez, coord. por Carmen Lamarca Pérez (Madrid: Dykinson, 6ª ed., 2021), 181.

38 Art. 17 CE: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”.

39 “En todo caso, pues, y frente a otros criterios, siempre es la libertad de la persona, en el mundo del sexo, la que se ve restringida en cualquier manifestación tipificada delictualmente en este área. La libertad, como el don más preciado después de la vida, ampliamente recogida y amparada en la

“De esta reforma proceden la equiparación de los sujetos activo y pasivo del delito, la admisión de que el acceso carnal puede realizarse tanto por vía vaginal como anal o bucal, el reconocimiento de que la introducción de objetos constituye una agresión sexual y, en especial, a la nueva rúbrica de ‘Delitos contra la libertad sexual’ frente a la de ‘Delitos contra la honestidad’⁴⁰.

Esta reformulación del bien jurídico en los delitos sexuales ya determinó en la Reforma del Antiguo Código penal de 9 de junio de 1988⁴¹ la derogación del viejo delito de escándalo público y la correlativa introducción del artículo 431 del antiguo Código penal⁴² relativo a los delitos de exhibicionismo y provocación sexual⁴³.

Efectivamente, la reforma de 1989 introdujo el rótulo “Delitos contra la libertad sexual” y alumbró una redefinición del delito de violación, de la que derivaron consecuencias positivas e indiscutidas, como -por ejemplo- la no admisión de oasis de honestidad que -tradicionalmente- negaron la admisión del delito de violación en el ámbito matrimonial o cuando el sujeto pasivo del delito sexual ejercía la prostitución.

Constitución Española. La libertad sexual que ahora se protege, no como la facultad subjetiva de la persona para ejercer la libertad sexual que ya posee, sino el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad”. José Augusto de Vega Ruiz, “Enfermedad mental y libertad sexual en la L.O. 3/89 de 21 de junio. Especial consideración al delito de violación. Acoso sexual”. En *Psiquiatría legal y forense*, vol. II. dir. por Santiago Delgado Bueno; coord. por Enrique Esbec Rodríguez, Francisco Rodríguez Pulido y José Luis González de Rivera y Revuelta (Madrid: Colex, 1994), 96.

40 Lamarca, “Delitos...”, 181.

41 Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre modificación de los artículos 431 y 432 y derogación de los artículos 239, 566.5º, 567.1º y 3º y 577.1º del Código Penal: Boletín Oficial del Estado, nº. 140, de 11 de junio de 1988.

42 Art. 431 CP: “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos lúbricos o de exhibición obscena ante menores de dieciséis años o deficientes mentales, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de treinta mil a trescientas mil pesetas. Se impondrá la pena de multa de treinta mil a trescientas mil pesetas al que ejecutare o hiciere ejecutar a otro las acciones previstas en el párrafo anterior ante mayores de dieciséis años sin su consentimiento. Para proceder por el delito previsto en este párrafo será precisa denuncia de la persona agraviada”.

43 “Esta ley sustituyó los antiguos ‘delitos de escándalo público’ por los ‘delitos de exhibicionismo y provocación sexual’, respondiendo al principio de *ultima ratio* y al carácter fragmentario del Derecho penal, así como al principio de legalidad. La reforma eliminó algunos conceptos de valoración difusa, como ‘pudor’, ‘buenas costumbres’, ‘moral’ o ‘decencia’, que hacían referencia a la ‘moral sexual’ como objeto de protección, y en su lugar, restringió las figuras orientándolas a la protección de la libertad sexual, como bien jurídico de naturaleza personal”. Javier De Vicente Remesal y Marta García Mosquera, “Exhibicionismo y provocación sexual”, en *Enciclopedia Penal Básica*, dir. por Diego Manuel Luzón Peña (Granada: Comares, 2002), 694.

El legislador de 1995 se propuso proteger la manifestación de la libertad individual, al margen de consideraciones éticas o morales propias de cualquier creencia religiosa, e incluso de valoraciones sociales acerca de lo que deba entenderse como sexualmente correcto, si bien este propósito no se llegara a alcanzar en todos los casos por la dificultad de hallar un concepto neutro de la normalidad sexual⁴⁴.

El actual Título VIII (artículos 178 a 194) ha sido reformado por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril⁴⁵, bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”; que en el Código de 1995 y desde la reforma operada por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, se denominó “Delitos contra la libertad sexual”.

Las agresiones sexuales, en concreto, están tipificadas en los artículos 178, 179 y 180 del Código penal⁴⁶.

-Tipo Básico del artículo 178 Código penal:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”.

La conducta típica consiste en la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual ajena, realizados mediante violencia (“*vis física*”) o intimidación

44 “El sentido legislativo de la violación sexual dentro del matrimonio se graficó también en la doctrina que reconocía la irrelevancia penal de la agresión sexual ocurrida dentro del matrimonio, con una sola excepción marcada por la ‘normalidad’ del acto sexual: si la violación suponía la realización del acto sexual contra la mujer dentro de los ámbitos de la normalidad social, la misma permanecía impune, en tanto que si la misma implicaba una perversión de la *normalidad* (por ejemplo, el acto contra natura), se justificaba la reacción penal”. Luis Miguel Reyna Alfaro, “Género, violencia y Derecho penal sexual”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, dir. por Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni; edit. por José Luis Guzmán Dálbora y Alfonso Serrano Maíllo (Madrid: Dykinson, 2006), 1024.

45 Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre: Boletín Oficial del Estado n.º. 104, de 1 de mayo de 1999.

46 “Las agresiones sexuales se hallan previstas en los artículos 178 y ss. del CP donde se sanciona a quien atentare contra la libertad sexual de una persona utilizando violencia o intimidación. El delito se estructura en un tipo básico (art.178), un tipo cualificado de violación cuando la conducta consista en acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos (art.179) y una serie de agravaciones específicas que aumentan la pena en ambos supuestos (art.180)”. Lamarca, “Delitos...”, 183.

(“*vis compulsiva*”). En cuanto a su objeto, podrá consistir en cualquier acto que no esté encaminado al acceso carnal o la introducción de objetos.

La conducta consistirá, normalmente, en contacto físico o corporal entre el sujeto activo y la víctima, que se ve compelida a realizar un acto de naturaleza sexual en contra de su voluntad, pero tampoco se excluyen las actuaciones sin contacto corporal directo (tocamientos forzados sobre el propio cuerpo), que - por consiguiente- atentan contra la libre determinación de la sexualidad.

Los sujetos activo y pasivo son indiferenciados. Pueden serlo tanto el hombre como la mujer en cualquiera de las hipótesis imaginables de relación: hombre-mujer; hombre-hombre; mujer-hombre o mujer-mujer. Caben tanto las relaciones heterosexuales como las homosexuales.

Sobre el aspecto subjetivo, “es necesario un elemento subjetivo del injusto caracterizado por la finalidad lúbrica que persigue el sujeto activo, el *animus libidinoso*”⁴⁷.

En cuanto a la consumación y forma imperfecta de ejecución, es delito de mera actividad que se consuma con la puesta en práctica de los actos, violentos o intimidatorios, encaminados a atentar contra la libertad sexual de la víctima, aunque el autor no obtenga la satisfacción de su designio.

“El delito se consuma con la realización de los actos que el sujeto lleva a cabo sobre el cuerpo de la víctima con fines libidinosos. No es necesario que el sujeto consiga la satisfacción lúbrica o deseo sexual que perseguía. Es posible la tentativa, imaginable cuando el sujeto activo inicia el contacto con el cuerpo de la víctima, pero no consigue realizar los contactos que pretendía por impedirsele el sujeto pasivo con su resistencia o incluso por la intervención de terceros”⁴⁸.

47 Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”, en *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, Alfonso Serrano Gómez, Alfonso Serrano Maíllo, María Dolores Serrano Tárrega y Carlos Vázquez González (Madrid: Dykinson, 6ª ed., 2021), 164.

48 Serrano y Serrano, “Delitos...”, 165.

Sobre las posibles situaciones concursales, las agresiones absorben (artículo 8.3^a⁴⁹) las conductas coactivas o amenazadoras que deban considerarse inherentes a la situación típica (hecho acompañante típico), si bien cuando el resultado desborde aquella situación (homicidios, lesiones, detenciones ilegales, allanamientos de morada), en tales casos, se sancionarán como concurso ideal de delitos⁵⁰.

Las agresiones sexuales del tipo básico que se expone quedan absorbidas en el caso de que, mediante progresión en el delito, se lleguen a realizar las agresiones cualificadas del artículo 180, que veremos más adelante, debiendo considerarse los actos del tipo básico como medio o elemento integrante del agravado.

-Tipos cualificados, artículo 179 Código penal:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a 12 años”.

El vocablo violación, eliminado por la redacción originaria del artículo 179 del Código penal de 1995, ha sido recuperado por la ya citada reforma operada en el Título VIII por la Ley Orgánica 11/99, de 30 de abril.

“Por violación, según lo previsto en el art.179, hemos de entender el acceso carnal, tanto por vía vaginal como anal o bucal, así como la introducción de objetos por las dos primeras vías, modalidad esta última a la que ahora se añade la

49 Art. 8 CP: “Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.^a El precepto especial se aplicará con preferencia al general. 2.^a El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible. 3.^a El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. 4.^a En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor”.

50 “Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición, es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales) surge el llamado concurso ideal”. Muñoz y García, “Derecho...”, 441-442.

introducción de miembros corporales por las mismas vías, según lo previsto por LO 15/2003⁵¹, de 25 de noviembre”⁵².

La conducta típica coincide con la requerida por el tipo básico, en cuanto concierne al despliegue de vías de hecho consistentes en violencia o intimidación ejercidas sobre el sujeto pasivo, diferenciándose de aquel en que ahora el comportamiento tiene por objeto, alternativamente, el acceso carnal en sentido propio, es decir, el producido por vía vaginal o por asimilación que tiene lugar en los casos de acceso por vía anal o bucal; o bien la introducción de objetos por las vías a que el tipo se refiere.

Por acceso carnal debe entenderse no solo el coito vaginal propio de las relaciones heterosexuales, sino también -tras la reforma de 1999- el obtenido por las vías anal y bucal, con lo que el legislador retoma, en este particular, el sentido de la reforma de 1989.

“En cuanto a la ‘introducción de objetos’ el texto se limita a hacer referencia a objetos, sin especificar lo que a efectos de este delito se entienden por tales. Si se tiene en cuenta que objeto equivale a cosa, las posibilidades son inagotables, con lo que una vez más la inseguridad jurídica es patente”⁵³.

La determinación del sujeto activo y pasivo estará en función de la modalidad típica que se considere. En el acceso carnal consistente en el coito vaginal la relación es la heterosexual entre hombre y mujer, en la que sujeto activo es el varón, aunque -en teoría- no puede excluirse la autoría de la mujer que se hace penetrar por un varón, mediante violencia o intimidación.

Las conductas de acceso carnal por cualquiera de las otras vías, y aún con mayor fundamento en las de introducción de objetos, pueden ser realizadas -en principio- por personas de uno u otro sexo, y recaer sobre personas, asimismo, indiferenciadas en su condición masculina o femenina. En los supuestos de

51 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado n.º 283, de 26 de noviembre de 2003.

52 Lamarca, “Delitos...”, 183.

53 Serrano y Serrano, “Delitos...”, 166.

participación delictiva⁵⁴; el hecho de -por ejemplo- sujetar a la víctima, se podría calificar de cooperación necesaria⁵⁵. También podría darse la participación omisiva desde la posición de garante⁵⁶, dejando de hacer -por ejemplo- lo que resultaría exigible en el caso concreto. En el aspecto subjetivo, el delito es doloso⁵⁷, exigiéndose dolo directo, con exclusión del dolo eventual y de la imprudencia⁵⁸, que resultan incompatibles con la formulación del tipo.

En cuanto a la consumación y forma ejecutiva imperfecta, es básicamente delito de actividad que no requiere la producción de resultado alguno (existencia de relaciones plenas ni menos aún provocación de embarazo). Para la consumación, basta con el mero contacto de los órganos genitales o *coniunctio membrorum*.

54 Art.28 CP: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

55 “En ella el partícipe realiza una aportación al hecho muy importante, pero sin llegar a tener el dominio del hecho. La aportación del cooperador necesario ha de ser una conducta que presente cierta peligrosidad *ex ante* al incrementar de forma relevante las posibilidades de realización del delito por parte del autor, pero además esa conducta ha de contribuir causalmente de forma eficaz a la realización del mismo, haciéndolo posible en la manera en que era previsible”. Muñoz y García, “Derecho...”, 422.

56 “Sobre la base de los requisitos indicados hasta ahora y, en particular, del principio de solidaridad, pueden ser consideradas obligaciones de garantía tres tipos de obligaciones de actuar: A) Las obligaciones de protección de determinados bienes contra todas las fuentes del peligro. Presuponen un particular vínculo jurídico entre garante y titular del bien, en virtud del cual le viene confiada la tarea de tutela. B) Las obligaciones de control, de determinadas fuentes de peligro para proteger todos los bienes expuestos a ellas. C) Las obligaciones de impedir delitos de sujetos sometidos a los poderes jurídicos impeditivos del garante, que responde como partícipe en el delito no impedido”. Ferrando Mantovani, “La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal”, *Actas y Congresos. Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000 (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001), 497.

57 “En este sentido, por dolo entendemos aquel elemento subjetivo del tipo de los delitos dolosos que supone el conocimiento de los elementos objetivos del propio tipo y la voluntad de realización del mismo, en el dolo directo, o la consciencia de la alta probabilidad de su eventual realización, en el dolo eventual”. Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Susana Huerta Tocildo, *Derecho Penal Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Tomo I (Madrid: Rafael Castellanos, 2ª edición, 1986), 135.

58 Art. 12 CP: “Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

En los casos de desistimiento voluntario (artículo 16.2⁵⁹), el hecho no será punible a través del artículo 179, pudiendo castigarse a través del tipo básico del artículo 178 si la conducta ya ejecutada fuera constitutiva de agresión sexual genérica. A efectos concursales, las agresiones sexuales genéricas del artículo 178, quedan absorbidas por las cualificadas, cuando estas últimas signifiquen una progresión en la misma línea delictiva.

Asimismo, los actos coactivos y amenazadores en que consista la intimidación, al igual que las privaciones de libertad durante la agresión, quedan comprendidas dentro de la conducta típica, en lo que resulte proporcionado al caso, así como las lesiones de mínima entidad (arañazos, magulladuras o contusiones) que deban considerarse inherentes a la violencia típica.

Los demás resultados lesivos o mortales, las detenciones ilegales, allanamiento de morada e incluso la transmisión maliciosa o imprudente de enfermedades contagiosas, se sancionarán en régimen de concurso ideal, antes definido.

-Agravaciones dispuestas en el artículo 180 Código penal:

“1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1^a Cuando la violencia o intimidación ejercida revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2^a Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3^a Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183.

59 Art.16.2 CP: “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

4^a Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5^a Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”.

Las agravaciones dispuestas que -a continuación- comentamos se refieren tanto a las agresiones sexuales genéricas del artículo 178, como a las cualificadas del artículo 179.

1^a El carácter degradante o vejatorio es concepto normativo sometido a la valoración judicial, y viene referido a la violencia o intimidación y no a los medios, modos o instrumentos utilizados, aunque -lógicamente- también podrá alcanzarse aquella conclusión a partir de la brutalidad o peligrosidad de éstos.

2^a Su fundamento se encuentra en la mayor facilidad que la aportación conjunta de la violencia o intimidación proveniente de dos o más personas, representa para la ejecución del hecho, con la correlativa disminución de la defensa posible por parte de la víctima.

3^a El concepto de vulnerabilidad adolece de notable indeterminación, por lo que la presente agravante específica así formulada puede ser causa de inseguridad jurídica, quedando sometida su apreciación a la práctica de los Tribunales, atendiendo a las circunstancias de la edad, enfermedad o situación de la víctima.

En todo caso, para que resulte apreciable la situación determinante de vulnerabilidad debe ser abarcada por el dolo del autor⁶⁰.

4^a La agravación por razón de parentesco revive el desaparecido delito de estupro-incesto. Se cuestiona la oportunidad de su incorporación al elenco de las agravaciones específicas, tanto por la existencia de la circunstancia mixta de parentesco a la que desplaza, como por la inclusión de los parientes por afinidad respecto de los que, habitualmente, no se da el dato relevante de la convivencia. El fundamento de la agravación radica, en cualquier caso, en la mayor facilidad que la relación parental depara al objeto de la comisión del delito y para obtener la impunidad.

5^a Las armas u otros medios peligrosos a que se refiere el artículo 180.1.5^a, han de usarse por el sujeto activo, no bastando con portarlas o aún exhibirlas, lo que de por sí constituiría intimidación. De otra manera, es decir, considerar que es suficiente el porte o la exhibición, daría lugar a un supuesto de doble incriminación de los mismos hechos, vulnerándose el principio de *non bis in idem*⁶¹.

3.1.2. Agresor y víctima

Así las cosas, el Estudio Encuesta Nacional sobre Parejas y Violencia Sexual, elaborado por el Centro para la Prevención y Control de Enfermedades del Gobierno⁶², asegura que “la forma más común de victimización por violación que experimentan las mujeres es la penetración forzada, que ha sufrido un 12,3% de la población femenina de Estados Unidos”.

60 “Habrà que pensar en personas desvalidas, con difícil situación económica, adicción a sustancias estupefacientes, padecer determinados problemas de personalidad, etc.”. Serrano y Serrano, “Delitos...”, 167.

61 “Por ‘uso’, la jurisprudencia entiende suficiente la simple exhibición. Tal uso puede consistir tanto en el medio a través del cual se ejerce la violencia o intimidación como en el objeto que se introduce por alguna de las vías típicas. Se puede violar el principio de *non bis idem*, pues se está valorando dos veces la intimidación, una en el tipo básico del art.178 y ahora en la circunstancia 5.^a del 180.1 para agravar la pena. En este caso el uso debe significar algo más que la mera exhibición, como por ejemplo conectar una pistola cargada en el cuerpo de la víctima, un cuchillo, etc.”. Serrano y Serrano, “Delitos...”, 167-168.

62 Alandete, “La violación...”, 36-37.

Añade el Estudio que, “más de la mitad, el 51,1% de las víctimas femeninas de violación, informan de que sus agresiones las han cometido sus parejas y un 40,8% asegura que las han perpetrado amigos o conocidos”. En relación a los hombres afectados, “el número de agresiones sexuales desciende hasta un 1,4%”.

Analizando la cuestión en España, encontramos que:

“Gran parte de las agresiones sexuales se cometen en el entorno de la víctima, la mayoría de las veces una mujer o una niña. El concepto de agresión sexual puede diferir entre países, advierte Eneko Barbería, médico forense y del Instituto de Medicina Legal de Cataluña. En España no existe ningún informe estatal con cifras de incidencia. No obstante, en una amplia encuesta hecha en 2010 por la Generalitat de Cataluña, el 2,9% de las mujeres aseguró haber sido violada en algún momento de su vida. Barbería traza el perfil de víctimas y agresores: la mayoría de los abusos no se cometen por parte de un desconocido, se dan en el ámbito de la víctima: un amigo, un vecino, incluso de un familiar. Muchas veces, además, las agresiones se producen dentro de la propia pareja”⁶³.

Tomás Aller, en su experiencia como coordinador de la Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, expone lo siguiente:

“En el caso de los menores las cosas van más allá. En el 80% de los casos, los niños víctimas de abusos tienen un vínculo emocional con el agresor. Lazo que el delincuente usa precisamente para lograr sus fines. Aller critica la falta de datos sobre este problema que, denuncia, aún permanece oculto en muchos hogares”⁶⁴.

Por su parte, Echeburúa y de Corral, nos brindan un análisis psicológico de la víctima en función de su relación con el agresor⁶⁵:

“Así, cuando el agresor es una persona desconocida –expone– el trastorno de estrés postraumático es la reacción emocional más habitual. La sensación de

63 María R. Sahuquillo, “Un familiar, amigo o conocido”, *Diario El País*, 16 de diciembre de 2011, 37.

64 María R. Sahuquillo, “Un familiar...”, 37.

65 Echeburúa y de Corral, “Agresiones...”, 160.

angustia y el miedo a morir contribuyen a mantener un elevado nivel de ansiedad mantenida y difusa, así como diferentes conductas de evitación. Asimismo, este tipo de agresión puede conllevar un desinterés de la víctima por sus actividades habituales y una pérdida de capacidad para disfrutar de la vida cotidiana.

Cuando el agresor es un conocido reciente, se superpone al trastorno de estrés postraumático la depresión, ligada al descenso de la autoestima, a la decepción por los hombres en general y a los autorreproches por no haber sabido evitar esa situación y haber confiado en un hombre que luego ha abusado de ella.

Cuando el agresor es una persona muy allegada (un tío, un entrenador, un profesor, etc.), las reacciones de ansiedad y de sobresalto son las más habituales. La víctima puede sentirse vulnerable y controlada por el agresor, tener temor a las amenazas y sentirse indefensa e impotente para salir de la situación, a sabiendas de que la agresión va a volver a repetirse”.

Por último –inferen Echeburúa y de Corral- que:

“Hay veces en que el agresor es la propia pareja o expareja, lo que suele ocurrir de forma reiterada habitualmente dentro de una situación general de maltrato o de manera más aislada en los procesos de separación o en las situaciones de infidelidad por parte de la mujer o de establecimiento por parte de ésta de una relación de pareja. La gravedad de estas alteraciones está en función de la reiteración más o menos prolongada de las agresiones sexuales”.

Entre los estudios realizados a víctimas de agresiones sexuales, destaca el estudio sociológico y psicológico realizado por Roig, Galiana Carmona y De Marianas Ribary (1996), citado por Carrasco Gómez y Maza Martín⁶⁶.

Estas son las conclusiones:

- La edad más frecuente de la víctima de agresión sexual es de 18 a 25 años, seguida del grupo de 13 a 17 y de 25 a 35.

66 Carrasco y Maza, *Manual...*, 1477.

- Las víctimas de agresiones sexuales que denuncian son, en su mayoría, solteras, de nivel de estudios bajos, medios y universitarios, de clase social baja y media y estudiantes y trabajadoras.
- Se considera que el riesgo de violación existe en la misma proporción en todas las clases sociales.
- En más de la mitad de los casos, la víctima conoce al agresor y pertenece a su círculo familiar, al barrio, grupo de conocidos, con quienes ha pasado algunas horas o conoce hace poco tiempo, profesores, jefes o personas con los que ha mantenido anteriormente relación afectiva.
- El lugar más frecuente de la agresión sexual es el domicilio del agresor, seguido del descampado/carretera, domicilio de la víctima, portal/ascensor, parque, coche, vía pública, lugar de trabajo del agresor, y el domicilio de ambos.
- Las reacciones inmediatas de la víctima ante la agresión fueron, con mayor frecuencia, defenderse, suplicar que se detenga, intentar huir, vencerle, entablar conversación, gritar o quedarse paralizada y no hacer nada.
- El estado de la víctima después de la agresión, fue: asustada, confusa, sin fuerzas, depresiva, contusionada, herida, sin ropa o con la ropa rota, culpable, vacía, o “normal”.

En este sentido, nos parece de interés subrayar que,

“El arquetipo de la agresión sexual perpetrada por un desconocido en un portal o un callejón oscuro no es el más frecuente, aunque sí sea el que se presente de forma más impúdica y torticera, culpabilizando a la víctima por imprudencia o provocación. La mayor parte de los acosos sexuales provienen del entorno próximo, donde la mujer no se siente expuesta al riesgo y actúa de forma confiada o desprevenida. La última macroencuesta sobre violencia contra la mujer del Ministerio de Igualdad, de 2019, indica que el 49% de los casos de violencia sexual proceden de amigos y conocidos, y el 21.6% del entorno familiar”⁶⁷.

67 Opinión, “Sexo pandillero”, Diario El País, 22 de octubre de 2021, 12.

Debemos tener en cuenta que estamos hablando de víctimas contra la libertad sexual, cuyo agresor -en muchos de los casos- es o ha sido parte de su círculo de confianza⁶⁸.

En este sentido, se hace necesaria una intervención inmediata y efectiva que facilite el restablecimiento y ayude -tanto a nivel físico como psicológico- a la persona que ha sufrido tal ataque atroz.

“Hacia esa deseable generalización se orienta la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual⁶⁹. Parte de la Ley de la constatación, confesada en su Exposición de Motivos, de que ‘el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a las que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etc., producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito’⁷⁰.

Por su parte, las sentencias sobre violencia sexual dictadas por el Tribunal Supremo muestran -en cuanto a las víctimas se refiere- la especial vulnerabilidad de las mismas.

“Los menores, afectados en 7 de cada 10 casos estudiados por la Sala de lo Penal, según un estudio del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y difundido ayer. De ellos, el 68,4% eran niñas y 31,6% niños, mientras que en las cometidas contra adultos, el 97,7% de las víctimas son mujeres y en el 26,7% de los casos participaron dos o más agresores.

68 “El entorno familiar o amical, que desde un entendimiento lego parecería mostrar un mayor nivel de confiabilidad y seguridad, nos muestra, paradójicamente, una realidad completamente opuesta: la mayor cantidad de atentados contra la libertad e indemnidad sexuales se producen en dicho entorno”. Reyna, “Género...”, 1022.

69 Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado n.º 296, de 12 de diciembre de 1995.

70 Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Madrid: Civitas, 1996), 256.

Es la primera vez que el Consejo realiza un estudio de este tipo, a partir de las 94 sentencias -del total de 102- dictadas en 2020 que contienen información sobre los aspectos analizados. Su autor ha sido el exdelegado de Gobierno contra la violencia de género Miguel Lorente, médico forense y experto del Observatorio contra la violencia Doméstica y de Género del CGPJ.

En el caso de violencia sexual sobre adultos, se dictaron 30 sentencias con 44 víctimas. De ellas, 43 eran mujeres, una cifra que arroja una ratio de 1,5 mujeres víctimas por cada caso. El delito más habitual (6 de cada 10) fue la agresión sexual sobre una mujer adulta (60,3%); los abusos sexuales supusieron el 11,1% y el asesinato, el 3,2%.

El autor es, además, una persona conocida por la víctima, tanto en el 65,7% de los ataques sobre mujeres adultas como en el 75,3% de los cometidos sobre menores⁷¹.

3.1.3. La pena en tales delitos en función de la circunstancia de referencia

La posibilidad de admitir la existencia de esta clase de delitos cuando el sujeto activo y pasivo están casados entre sí no ha sido siempre aceptada de forma unánime. La rúbrica existente en el derogado Código penal, anterior a la reforma de la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, “Delitos contra la honestidad”, apoyaba, si cabe, tal tesis, pues el yacimiento matrimonial, en ningún caso, podía ser considerado deshonesto, y, de hecho, en aquel tiempo se optaba por la indicada solución excluyendo el delito sexual.

Este planteamiento no es posible mantenerlo en la actualidad: el bien jurídico protegido, la libertad sexual, alberga -entre sus manifestaciones- el derecho de decidir el sí o el no, el cómo, cuándo, dónde y con quién quiere realizarse cualquier actividad de aquella naturaleza. Se trata de un bien personalísimo que

71 Reyes Rincón, “Los menores son las víctimas en el 70% de los juicios de abusos”, Diario El País, 26 de noviembre de 2021, 29.

no es susceptible de ser excluido o vulnerado por una persona, y el propio precepto penal no excluye al cónyuge como sujeto pasivo del delito.

Si en el hecho concreto existió o no consentimiento no depende de que otras veces haya consentido. En todo caso, la libertad sexual resulta vulnerada con un solo hecho aislado en el que la víctima haya rechazado las relaciones sexuales.

Una mención especial requiere la admisibilidad y, en su caso, trascendencia, del error de prohibición⁷², es decir, si la creencia errónea de estar actuando con arreglo a derecho, sea en su modalidad vencible o invencible⁷³, es factible en el tipo básico de las agresiones sexuales.

En el supuesto de las agresiones sexuales interconyugales, el agente conoce el carácter sexual de la acción realizada, pero actúa erróneamente -de forma vencible o invencible- en la ilicitud de su conducta, frente a la oposición del sujeto pasivo y el empleo de violencia o intimidación para vencer dicha resistencia.

En la actualidad, el legislador español ha despejado toda duda respecto del problema de la idoneidad de la esposa del violador como sujeto pasivo del delito. En efecto, la opinión que pudo postular la tesis de la exclusión de la tipicidad, en estos casos, se basó en el epígrafe del Título IX del Libro II del Código penal anterior⁷⁴.

Así, se entendía, entonces, que la referencia a la honestidad, contenida en el antiguo texto, más que una referencia al bien jurídico implicaba la mención de la característica común de ser acciones deshonestas que atacan bienes jurídicos de distinta naturaleza. Desde este punto de vista, se debía deducir que, el

72 “El error supone una falsa representación de la realidad. Puede manifestarse tanto en un conocimiento equivocado, como en la ausencia de conocimiento. El principal efecto del error en la responsabilidad es que impide de manera plena o semiplena, dependiendo de su alcance, la imputación subjetiva al autor de aquellos aspectos de su actuación sobre los que recaiga”. Molina, *Memento...*, 328.

73 “El error es vencible cuando está en manos del autor superarlo y la ley le reprocha que no lo haga. El error es invencible cuando estaba fuera del alcance del autor el conocer correctamente la realidad, o bien le era posible desde un punto de vista fáctico, pero la ley no se lo exige”. Molina, *Memento...*, 329.

74 Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Boletín Oficial del Estado n.º 297, de 12 de diciembre de 1973. Título IX del Libro II: “De los delitos contra la honestidad”.

yacimiento matrimonial (violento) no podía ser nunca deshonesto. Se consideraba, pues, que -en tales casos- el hecho debía ser sancionado a través del delito de coacciones (artículo 496 Código penal⁷⁵).

Con la reforma del Código penal de 1989 antes citada (Ley Orgánica 3/1989), se introdujo una nueva designación en el epígrafe del Título IX del Libro II del Código, considerando -a partir de entonces- que los delitos allí contenidos atacan a la libertad sexual.

Así, implicaba una reforma de los alcances de las figuras penales contenidas bajo dicho epígrafe que recogía una opinión -claramente- en materia de delitos sexuales y eliminaba toda ambigüedad en relación al sujeto pasivo del delito, de acuerdo con el derecho de igualdad.

De esta manera, queda claro que lo único que se requiere para ser sujeto pasivo de una violación es ser una persona libre, con lo que desaparece -evidentemente- toda posibilidad de exclusión de ciertas personas que la anterior redacción legal permitía poner en duda como sujetos pasivos de este delito (por ejemplo; las prostitutas, la esposa del violador, etc.).

Asimismo, el Código penal no contiene una expresa limitación de su alcance en relación a ciertas personas, luego la violación de la propia esposa no está excluida del tipo penal contenido en la mencionada disposición, toda vez que el matrimonio no impone a la mujer una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al marido.

A tal respecto, es digna de mención la sentencia del Tribunal Supremo (STS 254/2019, de 21 de mayo), que señala lo siguiente⁷⁶:

“Con los hechos declarados probados en donde se pretendía por el recurrente ejercitar un derecho de contenido sexual con su pareja, y una corolaria obligación de ésta de acceder a las pretensiones sexuales de él en cualquier momento

75 Art. 496 CP 1973: “El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas”.

76 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 254/2019, de 21 de mayo.

en que lo exigiera, se pretende por el agresor un reconocimiento de que el matrimonio lleva consigo el derecho de los cónyuges a tener acceso carnal con su pareja cuando de ellos quiera, pese a la negativa del otro; planteamiento que debe ser rechazado, por lo que la conducta ejercida con violencia del acceso sexual mediante golpes, o venciendo la voluntad de la víctima con intimidación, determina la comisión de un delito de agresión sexual. No puede admitirse bajo ningún concepto que el acceso carnal que perseguía el recurrente, porque entendía que ese día debía ceder su pareja a sus deseos sexuales, es una especie de débito conyugal, como obligación de la mujer y derecho del hombre, por lo que, si se ejercen actos de violencia para vencer esa voluntad con la clara negativa de la mujer al acceso carnal, como aquí ocurrió, y consta en el hecho probado, ese acto integra el tipo penal de los arts. 178 y 179 CP, y además, con la agravante de parentesco reconocida en la sentencia por la relación de pareja y convivencial”.

4. CONCLUSIONES

Primera. - Existen una serie de elementos o indicios que pueden ser de ayuda para pronunciarse sobre la justificación del parentesco. Así, la incorporación del mismo al Código penal tuvo una funcionalidad criminológica dirigida a evitar los crímenes pasionales, es decir, quería potenciarse la vertiente educativa y preventiva de la norma.

Segunda. - Interesa destacar que esta relación especial entre autor y víctima puede adscribirse a una tipología y marco jurídico concreto como el de la familia. Puede argumentarse que la necesidad de que el Derecho penal tenga en cuenta este vínculo en la medición de la pena radica en el elemento fáctico de que el marco familiar puede generar mayor indefensión frente al delito y que, justamente, ese factor afectivo, pueda aumentar la predisposición victimal.

Tercera. - Ahora bien, esa posible mayor predisposición victimal en el ámbito familiar no puede ser compensada por la creación de deberes de autotutela de la víctima ya que, precisamente, la innecesariedad de mantener barreras de

desconfianza frente a los otros miembros de la familia, forma parte esencial del parentesco como tal relación humana.

Cuarta. - El criterio del uso-abuso que de la relación familiar se haga puede servir para discernir cuándo será necesario atenuar o agravar el supuesto de hecho delictivo en concreto. Como agravante, tendría que ver con el grupo de agravantes genéricas que recogen el abuso de confianza; la relación de parentesco acostumbra a generar un marco de intimidad entre los sujetos donde rige la confianza en la relación y conocimiento mutuo; cuando el autor utilice ese marco que las relaciones familiares o parentales generan para cometer delito, podría afirmarse que el autor abusa de ese conocimiento íntimo que tiene de su víctima. Por el contrario, el efecto atenuante, podría argumentarse desde el razonamiento de que esa cualidad familiar del autor amortigua la gravedad de los efectos del delito para la víctima. Este efecto atenuante se explicaría, especialmente, en aquellos casos en los que interviene la voluntad de la víctima (consintiendo o permitiendo).

Quinta. - En la actualidad, el bien jurídico protegido en los delitos de agresión sexual –la libertad sexual- alberga, entre sus manifestaciones, el derecho de decidir el sí o el no, el cómo, el cuándo, dónde y con quién quiere realizarse cualquier actividad de aquella naturaleza. Se trata de un bien personalísimo que no es susceptible de ser excluido o vulnerado por otra persona, y así, que el propio precepto penal no excluye al cónyuge como sujeto pasivo del delito.

Sexta. - Si en el hecho concreto existió o no consentimiento no depende de que otras veces haya consentido. En todo caso, la libertad sexual resulta vulnerada con un solo hecho aislado en el que la víctima haya rechazado las relaciones sexuales.

Séptima. - En este sentido, hoy en día no cabe la menor duda de que se está transgrediendo la norma y violando la libertad de la persona que dice no, siendo una víctima clara de violación. Es uno de los tipos delictivos que merece mayor

reprobación penal y social⁷⁷, y de ahí que la penalidad establecida en nuestro Código penal sea tan elevada.

Octava. - El hecho de que una persona por nosotros conocida o cercana nos pueda atacar más fácilmente por la confianza que nos genera, suscita -cuanto menos- un mayor reproche a los hechos que pudieran cometerse, generando unas heridas más profundas y graves que las que pudiera causar un desconocido.

Novena. - Resulta sobrecogedor el daño que puede sufrir una persona agredida en una esfera tan íntima como su libertad sexual, máxime cuando el ataque proviene de una persona a la que le une un vínculo afectivo.

“Como el recorrido impredecible que sigue la hoja al caer del árbol, el rumbo de nuestra vida a menudo se altera por infortunios inesperados que quiebran nuestro equilibrio vital y nos convierten en víctimas. En estas circunstancias, la mejor ayuda que podemos recibir es la que incluye comprensión, apoyo, respeto y estímulo para recuperar cuanto antes la capacidad de forjar, nosotros mismos, nuestro destino”⁷⁸.

⁷⁷ “La agresión sexual en general y la violación en particular es probablemente uno de los delitos que más controversia suscita en la opinión pública y que más reacciones sociales contradictorias genera. Por una parte, es uno de los delitos que la gente califica como más grave. Se considera tan grave e incluso más que el homicidio o que el atentado terrorista. Se piensa que es el acto más horroroso que una persona puede sufrir y en el que la víctima, además de padecer el delito, queda indefensa ante un sistema de justicia que según los ciudadanos no castiga tan duramente como debería a los violadores. Por otra, diversos comentarios recogidos de la población a lo largo de nuestro trabajo después de leer o escuchar alguna noticia sobre violación y, sobre todo, los resultados y conclusiones de otros trabajos que hemos realizado reflejan que, al menos, en ciertas ocasiones, se cuestionan las conductas de las víctimas, no se les concede plena credibilidad, se las responsabiliza por lo que les ha sucedido o se resta gravedad a los hechos. Una aparente paradoja parece intuirse por tanto en la sociedad respecto al delito de violación”. Carmen Herrero Alonso, Eugenio Garrido Martín, Jaume Masip Pallejá y Diana Pérez Arechaederra, “Gravedad percibida de algunos delitos y probabilidad estimada de denunciarlos: el efecto de las características de la situación delictiva y el sexo”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, dir. por Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni; edit. por José Luis Guzmán Dálbora y Alfonso Serrano Maíllo, (Madrid: Dykinson, 2006), 347-348.

⁷⁸ Luis Rojas Marcos, “¿Condenados a víctimas perpetuas?”, *Diario El País, Opinión*, 28 de julio de 2005, 13.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alandete, David. “La violación como epidemia silenciosa”. *Diario El País, Vida&Artes*, 16 de diciembre de 2011.
- Carrasco Gómez, Juan José y José Manuel Maza Martín. *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*. Madrid: La Ley, 2003.
- Clavero Núñez, José Antonio. *Antes de que te cases*. Valencia, 1946.
- Cortés Bechiarelli, Emilio. *Arrebato u obcecación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- De Vega Ruiz, José Augusto. “Enfermedad mental y libertad sexual en la L.O. 3/89 de 21 de junio. Especial consideración al delito de violación. Acoso sexual”. En *Psiquiatría legal y forense*, vol. II, dirigido por Santiago Delgado Bueno y coordinado por Enrique Esbec Rodríguez, Francisco Rodríguez Pulido y José Luis González de Rivera y Revuelta. 89-114. Madrid: Colex, 1994.
- De Vicente Remesal, Javier y Marta García Mosquera. “Exhibicionismo y provocación sexual”. En *Enciclopedia Penal Básica*, dirigido por Diego Manuel Luzón Peña. 694-696. Granada: Comares, 2002.
- Echeburúa Odriozola, Enrique y Paz de Corral, “Agresiones sexuales contra mujeres”. En *Manual de Victimología*, coordinado por Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburúa Odriozola y Josep M^a Tamarit Sumalla. 149-164. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Herrera Moreno, Myriam. “Victimación. Aspectos generales”. En *Manual de Victimología*, coordinado por Enrique Baca Baldomero, Enrique Echeburúa Odriozola y Josep M^a Tamarit Sumalla. 79-128. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Herrero Alonso, Carmen, Eugenio Garrido Martín, Jaume Masip Pallejá y Diana Pérez Arechaederra. “Gravedad percibida de algunos delitos y probabilidad estimada de denunciarlos: el efecto de las características de la situación y del sexo”. En *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, dirigido por Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni; editado por José Luis Guzmán Dálbora y Alfonso Serrano Maíllo. 347-368. Madrid: Dykinson, 2006.
- Huerta Tocildo, Susana. *Sobre el contenido de la antijuricidad*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Lamarca Pérez, Carmen. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. En *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Carmen Lamarca Pérez, Avelina Alonso de Escamilla, Esteban Mestre Delgado y Alicia Rodríguez Núñez; coordinado por Carmen Lamarca Pérez. 179-218. Madrid: Dykinson, 6^a ed., 2021.

- Luzón Cuesta, José María. “Parentesco”. En *Enciclopedia Penal Básica*, dirigido por Diego Manuel Luzón Peña. 975-977. Granada: Comares, 2002.
- Mantovani, Ferrando. “La obligación de garantía reconstruida a la luz de los principios de legalidad, de solidaridad, de libertad y de responsabilidad personal”. *Actas y Congresos. Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*. 483-498. Congreso Internacional. Facultad de Derecho de la UNED. Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
- Mapelli Caffarena, Borja y Juan Terradillos Basoco. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Madrid: Civitas, 1996.
- Molina Fernández, Fernando. *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2021*. Madrid: Francis Lefebvre, 2020.
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Navarro Cea, Santiago. *Problemas médico-morales*. Madrid: Cocala, 1963.
- Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio y Susana Huerta Tocildo. *Derecho Penal Parte General Teoría Jurídica del Delito*, Tomo I. Madrid: Rafael Castellanos, 2ª edición, 1986.
- Opinión. “Sexo pandillero”. *Diario El País*, 22 de octubre de 2021.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. “Género, violencia y Derecho penal sexual”. En *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, dirigido por Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos y Eugenio Raúl Zaffaroni; editado por José Luis Guzmán Dálabora y Alfonso Serrano Maíllo. 1013-1032. Madrid: Dykinson, 2006.
- Rincón, Reyes. “Los menores son las víctimas en el 70% de los juicios de abusos”, *Diario El País*, 26 de noviembre de 2021.
- Rojas Marcos, Luis. “¿Condenados a víctimas perpetuas?”. *Diario El País, Opinión*, 28 de julio de 2005.
- Sáenz de Pipaón Del Rosal, Leyre. “De la represión penal de la violencia de género y su estimación criminológica”. En *Expresiones de fenomenología criminal y su etiología*, Sáenz de Pipaón y Mengs, Javier. 15-62. Madrid: ACPA, S.L., 2005.
- Sahuquillo, María R. “Un familiar, amigo o conocido”. *Diario El País*, 16 de diciembre de 2011.
- Serrano Gómez, Alfonso y Alfonso Serrano Maíllo. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexual (I)”. En *Curso de Derecho Penal Parte Especial*. Alfonso Serrano Gómez,

Alfonso Serrano Maíllo, María Dolores Serrano Tárrega y Carlos Vázquez González.
6ª ed., 161-180. Madrid: Dykinson, 2021.

LEYRE SÁENZ DE PIPAÓN DEL ROSAL
Área Derecho Penal
Facultad de Empresa, Economía y Derecho
CUNEF Universidad
leyre@saenzdepipaonabogados.es
<https://orcid.org/0000-0001-7848-3215>

JURISPRUDENCIA



SELECCIÓN Y COMENTARIO DE RESOLUCIONES DEL ORDEN
JURISDICCIONAL CIVIL. AUDIENCIA PROVINCIAL
DE BADAJOZ. AÑO 2021

*SELECTION AND COMMENTARY OF RESOLUTIONS OF THE CIVIL
JURISDICTIONAL ORDER. PROVINCIAL COURT OF BADAJOZ.
YEAR 2021*

LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA¹

Audiencia Provincial de Badajoz

Recibido: 19/12/2021

Aceptado: 30/12/2021

RESUMEN

Se ha llevado a cabo una selección de las resoluciones judiciales más representativas y relevantes dictadas por la Audiencia Provincial extremeña de Badajoz durante el año natural 2021. Dichas resoluciones corresponden al orden jurisdiccional Civil. Estas sentencias seleccionadas han sido objeto de comentario, dentro del contexto jurídico que las ha generado, por un destacado magistrado especializado en dicho orden jurisdiccional.

Palabras clave: Resoluciones judiciales, orden jurisdiccional Civil, Audiencia, comentarios jurídicos.

¹ Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona es Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz. Ha sido Magistrado en Mérida y Decano de los Juzgados de Badajoz. Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Badajoz. Ha publicado numerosos artículos y participado en diversos cursos, conferencias y seminarios. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Extremadura.

ABSTRACT

A selection of the most representative and relevant judicial resolutions issued by the Extremadura Provincial Court of Badajoz has been carried out during the 2021 calendar year. Said resolutions correspond to the Civil jurisdictional order. These selected judgments have been the subject of comment, within the legal context that generated them, by a prominent magistrate specialized in said jurisdictional order.

Keywords: Judicial resolutions, Civil jurisdictional order, Court, legal comments.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3^a, 16/2021, DE 19 DE ENERO, ROLLO DE APELACIÓN 21/2020

Contrato de suministro de gas. Incidencia en el contrato de un canon cobrado al cliente, canon posteriormente anulado en vía contencioso-administrativa. Posible nulidad contractual.

Gas Natural interpuso demanda contra una mercantil reclamando 109.946,45 euros por consumos impagados. La entidad demandada, en su defensa, alegó la nulidad del contrato, toda vez que la comercializadora de gas había girado varios conceptos aprobados por distintas órdenes ministeriales dictadas entre 2008 y 2012, órdenes que fueron posteriormente anuladas en parte por una sentencia de la sala 3^a del Tribunal Supremo.

La parte demandada invocó el art. 1303 CC bajo el argumento de que un elemento esencial del contrato, el precio, se había visto afectado por la mencionada sentencia. El Juzgado y la Audiencia rechazaron esta tesis. Se hizo ver que la anulación de determinados preceptos de una norma administrativa no podía ser causa de nulidad del contrato, puesto que el reembolso de parte del precio no equivalía a la inexistencia de precio.

La empresa demandada, con carácter subsidiario, opuso la excepción de compensación, invocando que las cantidades cobradas indebidamente, además de restituirse, debían devengar intereses. Este descargo también fue desestimado al amparo del art. 1895 CC, que para los supuestos de cobro indebido solo prevé la restitución.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª, 31/2021, DE 5 DE FEBRERO, ROLLO DE APELACIÓN 41/2021

Compra en pública subasta de un garaje por parte de un abogado. Conflicto dominical con un tercero usucapiente.

Una promotora vendió en 1988 una plaza de garaje y el comprador no inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. En 2005, en subasta judicial, esa misma plaza fue adjudicada a un tercero, de profesión abogado, quien hasta 2018 no ejercitó una acción reivindicatoria. El Juzgado de Mérida estimó la demanda del tercero hipotecario.

En segunda instancia, la Audiencia resolvió la disputa aplicando los arts. 34 y 36 LH. El tribunal reconocía que, en principio, prevalecía el dominio del tercero hipotecario, toda vez que la posesión como medio de publicidad declina frente a la publicidad registral. Pero observó que esta regla tiene sus salvedades. Así, el art. 36 LH protege al poseedor que ha consumado su adquisición por usucapión en dos casos excepcionales: uno, cuando se demuestre que el tercero conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; y dos, cuando el tercero, tras su adquisición, consiente expresa o tácitamente dicha posesión durante un año.

En el caso concreto, la Audiencia estimó que el tercero tuvo medios racionales para conocer la situación posesoria del garaje, pues se trataba de un abogado en ejercicio en la localidad de Mérida, de modo que tenía conocimientos suficientes para asegurarse de la situación física del bien y de su posesión, máxime cuando a los pocos días de inscribir su dominio requirió al presidente de la comunidad de propietarios para verificar tales extremos. E incluso más, este tercero hipotecario dejó transcurrir trece años antes de reivindicar su propiedad, con lo cual, al consentir la posesión durante todo ese tiempo, concurre también la segunda excepción legal.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 142/2021, DE 22 DE FEBRERO, ROLLO DE APELACIÓN 1156/2019

Competencia desleal en materia de servicios funerarios entre un ayuntamiento y una empresa privada.

En 2013, con todos los permisos administrativos, una funeraria impulsó la creación de un tanatorio en la localidad de Olivenza. En 2018, por considerar que los precios de dicha funeraria eran caros, el ayuntamiento comenzó a prestar servicios de tanatorio en el cementerio municipal. Ese mismo año, ante el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, la funeraria privada interpuso una demanda contra el ayuntamiento por competencia desleal. El Juzgado estimó la demanda y condenó a la entidad local a suspender la prestación de su servicio funerario.

Una de los principales escollos que planteaba el asunto era la posible falta de jurisdicción del Juzgado Mercantil. La Audiencia señaló que, pese a las facultades de los entes locales en materia de cementerios y actividades funerarias, cuando el proceso se ciñe a una competencia de carácter desleal debe conocer el Juzgado Mercantil y no la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y en cuanto al fondo del asunto, se resaltó que la Ley de Competencia Desleal alcanza a cualesquiera personas físicas o jurídicas que participen en el mercado, sin excluir a las entidades públicas. La Audiencia reconoció al ayuntamiento la posibilidad de prestar servicios funerarios, pero siempre y cuando no lo haga en régimen público, ni de monopolio o de prevalencia sobre el resto de empresas del sector. Como ellas, debe someterse a las reglas de la libre competencia.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 241/2021, DE 22 DE MARZO, ROLLO DE APELACIÓN 845/2020

A vueltas con la aplicación o no del Fuero de Baylío en los supuestos de disolución matrimonial por divorcio.

Matrimonio celebrado en Olivenza y disuelto por divorcio. El esposo no cuestiona el fuero, pero sí rechaza su aplicación en los supuestos de liquidación del patrimonio matrimonial por causa de divorcio. Pide excluir del inventario dos fincas rústicas privativas suyas. Argumenta que no existe jurisprudencia en los términos del art. 1.6 CC, toda vez que, en unificación de doctrina y con carácter casacional, solo se han dictado dos sentencias y no son uniformes. Una del TS de 8 de febrero de 1892 y otra de la Sala de lo Civil del TSJ de Extremadura de 5 de noviembre de 2015.

Partiendo de ahí, recuerda que al tiempo de nacer el fuero no existía el divorcio. Añade también que es injusto y contrario al espíritu del fuero que, en los supuestos de infidelidad o de la simple desaparición de la *affectio marital*, el responsable de dicha situación tenga como premio la mitad del haber privativo del otro cónyuge. El Juzgado de primera instancia dio la razón a la esposa. Pronunciamiento que fue confirmado por la Audiencia y, ello, básicamente, al amparo del art. 3.1 CC.

Las normas tienen un componente dinámico: para evitar su petrificación y sin necesidad de modificarlas se deben adaptar a las nuevas realidades sociales. Las leyes pueden producir efectos más allá de su tenor literal. Es el desarrollo integrador de la norma. En la medida en que el fuero operaba antes con la disolución matrimonial por fallecimiento, debe seguir haciéndolo cuando, tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, cabe dicha disolución por divorcio. La resolución comentada recoge que, según contrastados estudios históricos, el fuero también regía cuando por sevicias del marido sobre la mujer se producía la separación de los cónyuges. La sentencia de la Audiencia Provincial, al no ser recurrida ante el TSJ de Extremadura, ha devenido firme.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 333/2021, DE 21 DE ABRIL, ROLLO DE APELACIÓN 114/2020

Los hermanos de una persona con la capacidad modificada judicialmente interponen una demanda contra el tutor (hoy curador) para fijar un régimen de visitas.

En 2016, una persona con un gran patrimonio y que padece Alzheimer fue objeto de un proceso de capacidad. Se acordó su tutela, que recayó en la persona de uno de sus hijos. Los siete hermanos del tutelado, en 2018, solicitaron judicialmente poder verlo al entender que los contactos entre ellos serían beneficiosos. El Juzgado concedió unas visitas de dos tardes a la semana con una duración de una hora, siempre que la estabilidad del sujeto no se viera afectada. Los hermanos, en segunda instancia, pidieron aumentar a tres las visitas vespertinas, con una duración mayor (tres horas) y con la posibilidad de poder comer con él, salir al campo y viajar. La Audiencia confirmó la decisión del Juzgado.

Para empezar, se hizo hincapié en que las visitas de familiares son ante todo un derecho propio de las personas con discapacidad. Su prohibición o limitación, como expresión del derecho a la libertad individual, debe ser excepcional.

Aunque esta resolución es anterior a la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ya adelantó que para las visitas hay que atender al desarrollo previo de las relaciones familiares, procurando conservar las preexistentes.

Eso sí, esas visitas deben adecuarse a las necesidades del visitado. Un posible exceso en los contactos, para personas con deterioro cognitivo grave, puede ser contraproducente, pues precisan estabilidad y rutinas. La sentencia también aclara que la presencia del tutor (hoy curador) en las visitas resulta oportuna. Es una obligación propia del curador velar por su cuidado y, además, es del todo lógico que un padre quiera verse acompañado de su hijo cuando tiene visitantes.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª, 179/2021, DE 1 DE SEPTIEMBRE, ROLLO DE APELACIÓN 352/2021

Conductor que fallece en accidente sin hacer uso del cinturón y bajo los efectos del alcohol. Posible exclusión de cobertura a favor de los perjudicados, en este caso dos hijos menores de edad.

Dentro de una póliza de automóvil, como adicional seguro voluntario de accidente, se cubría el fallecimiento del conductor a favor de sus herederos. En sus condiciones generales excluía la cobertura del accidente en caso de embriaguez. Quedó probado que el fallecido había ingerido alcohol. También se demostró que, en el momento del accidente, no hacía uso del cinturón de seguridad. No se acreditó que el siniestro ocurriera de forma intencionada ni por imprudencia grave.

En primera instancia se discutió la naturaleza de la condición relativa a la embriaguez: cláusula limitativa o delimitadora. El juzgado optó por lo segundo y desestimó la demanda. La Audiencia Provincial, tras un profuso estudio de la doctrina jurisprudencial, revocó tal pronunciamiento. Consideró que se trataba de una cláusula simplemente limitativa. En consecuencia, la embriaguez solo hubiera sido oponible por medio de una condición particular debidamente destacada y firmada por escrito.

STS 82/2021, DE 16 DE FEBRERO, RECURSO DE CASACIÓN 2908/2018

La faena de un torero no es propiedad intelectual.

El torero extremeño Miguel Ángel Perera, ante el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, interpuso una demanda para impugnar la decisión del registrador de la propiedad intelectual de no permitir la inscripción de la obra denominada “Faena de dos orejas con petición de rabo al toro Curioso”, que tuvo lugar el 22 de junio de 2014 en la feria de San Juan de Badajoz. Esa faena consistía en mano izquierda al natural cambiándose de mano por la espalda y da pase

por la derecha. Tanto en primera como en segunda instancia la demanda fue desestimada.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo comenzó reconociendo que el torero es un artista, en cuanto creador de belleza. Pero apuntó acto seguido que el concepto de obra intelectual, conforme al Derecho de la Unión, exige dos elementos acumulativos: uno, la creación original del autor y, dos, un objeto identificable con suficiente precisión y objetividad.

Este último elemento, según el Supremo, es el que no reúne la lidia de un toro para ser tenida como obra objeto de propiedad intelectual. No puede expresarse, de forma objetiva, en qué consistiría la creación artística del torero al realizar una concreta faena, más allá del sentimiento que transmite a los aficionados. Por último, excluye que la lidia pueda equipararse a una coreografía, pues esta permite identificar con precisión y objetividad los movimientos y las formas de la danza.

STS 270/2021, DE 6 DE MAYO, RECURSO DE CASACIÓN 2908/2018

Los accidentes de caza, la concurrencia de culpas, la teoría de la imputación objetiva y su consideración cuando la víctima es menor de edad.

En 2014, una partida de cuatro cazadores iba en línea al salto en compañía de dos menores de 15 años. En determinado momento, los adolescentes se quedaron rezagados unos diez o doce metros. Acto seguido y de forma repentina, uno de los cazadores se dio la vuelta y disparó contra una perdiz. Por razón del tiro, un perdigón impactó en la cara de un menor, que sufrió lesiones y perdió agudeza visual.

El Juzgado excluyó la culpa exclusiva de la víctima, apreció la responsabilidad del cazador por disparar sin tener libre la línea de tiro y le condenó junto a su aseguradora al pago de 59.639,02 euros. La Audiencia Provincial de Badajoz estimó el recurso de la parte demandada al apreciar culpa exclusiva del menor,

bajo el argumento de que este tenía experiencia al haber participado en otras partidas cinegéticas similares y que se separó sin avisar de la línea de caza.

El Tribunal Supremo, con cita de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza y de la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Caza de Extremadura, recordó que la actividad cinegética está sujeta a una responsabilidad cuasi-objetiva. El alto tribunal reconoció que el menor, al rezagarse, quebrantó el principio de confianza del cazador que podía esperar que todos los partícipes avanzaban a la par. Ahora bien, llamó la atención sobre el hecho de que el cazador realizó un disparo a su espalda, sin visibilidad y sin cerciorarse de que no había nadie en la trayectoria de tiro. El concurso de culpas se repartió de este modo: 80% para el cazador y el resto la víctima.

STS 435/2021, DE 22 DE OCTUBRE, RECURSO DE CASACIÓN 3677/2018

La naturaleza jurídica de las subvenciones de la PAC: son frutos de la finca.

En 2012, para la obtención de subvenciones de la PAC y con fines instrumentales, la propietaria de una finca celebró un contrato de arrendamiento con un tercero, estableciéndose una renta irrisoria. En 2016, la dueña reclamó judicialmente la nulidad del contrato, con devolución de la finca y reintegro de los beneficios obtenidos en la explotación, incluyendo los derechos de pago único.

El Juzgado de Zafra declaró la nulidad del contrato por simulación absoluta por falta de causa, pero no condenó a la restitución, ni a la devolución de los derechos de la PAC. La actora apeló para pedir la restitución de las prestaciones. La Audiencia desestimó el recurso al entender que era aplicable el art. 1306 CC.

Recurrida en casación, el Supremo resaltó que, al estarse ante un supuesto de simulación absoluta por ausencia de causa, opera el art. 1303 CC, con lo cual la nulidad comporta la respectiva devolución de las prestaciones efectuadas. Y sobre las subvenciones de la PAC, indicó que son frutos de la finca, no meros

derechos autónomos desconectados de la titularidad del dominio. Es un beneficio en el sentido de la utilidad prestada por una cosa.

LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA

Presidencia

Audiencia Provincial de Badajoz

lr.hernandez@poderjudicial.es

<https://orcid.org/0000-0001-5088-9707>



SELECCIÓN Y COMENTARIO DE RESOLUCIONES DEL ORDEN
JURISDICCIONAL CIVIL. AUDIENCIA PROVINCIAL
DE CÁCERES. AÑO 2021

*SELECTION AND COMMENTARY OF RESOLUTIONS OF THE
CIVIL JURISDICTIONAL ORDER. YEAR 2021*

JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA¹

Audiencia Provincial de Cáceres

Recibido: 19/12/2021

Aceptado: 30/12/2021

RESUMEN

Se ha llevado a cabo una selección de las resoluciones judiciales más representativas y relevantes dictadas por la Audiencia Provincial extremeña de Cáceres durante el año natural 2021. Dichas resoluciones corresponden al orden jurisdiccional Civil. Estas sentencias seleccionadas han sido objeto de comentario, dentro del contexto jurídico que las ha generado, por un destacado magistrado especializado en dicho orden jurisdiccional.

¹ Juan Francisco Bote Saavedra es Presidente de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Cáceres. Ha sido Abogado del Colegio de Abogados de Cáceres. Juez en diferentes Juzgados de 1ª Instancia e Instrucción de Extremadura. Magistrado en Palencia y en Cáceres. Ha sido Presidente de la Audiencia Provincial de Cáceres. Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica, del Máster de Acceso a la Abogacía y de Prácticas Externas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Autor de diversas publicaciones jurídicas y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Extremadura.

Palabras clave: Resoluciones judiciales, orden jurisdiccional Civil, Audiencia, comentarios jurídicos.

ABSTRACT

A selection of the most representative and relevant judicial resolutions issued by the Extremadura Provincial Court of Cáceres has been carried out during the 2021 calendar year. Said resolutions correspond to the Civil jurisdictional order. These selected judgments have been the subject of comment, within the legal context that generated them, by a prominent magistrate specialized in said jurisdictional order.

Keywords: Judicial resolutions, Civil jurisdictional order, Court, legal comments.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 4/2021, DE 5 DE ENERO. ROLLO DE APELACIÓN 577/2020

Se ejercita en la demanda acción personal de indemnización por clientela prevista en el art. 28 de la Ley 12/1992 de Contrato de Agencia.

La sentencia de la Audiencia Provincial, que confirma la sentencia del Juzgado, analiza el caso concreto, que presenta la peculiaridad de que las partes habían suscrito varios contratos sucesivos, debiéndose tener en cuenta todos ellos a los efectos de la indemnización por clientela, es decir, todo el período durante el cual se prolongó la relación de agencia entre las partes, y no sólo el último contrato por tiempo determinado.

Partiendo de las anteriores consideraciones, la acción no había prescrito en relación a los contratos ya extintos, como alegaba la mercantil demandada pues si la indemnización abarca todo el tiempo de vigencia de los tres contratos de agencia, no es hasta el momento en que finaliza la relación contractual entre las partes, cuando nace el derecho a ejercitar la acción indemnizatoria, a los efectos de computar el plazo anual de prescripción del Art 31 Ley de Contrato de Agencia.

Respecto al fondo del asunto se analiza la procedencia y cuantía indemnizatoria por clientela interesada en la demanda a que se refiere el Art 28 de la Ley de Contrato de Agencia. Dicho precepto tiene su origen en el artículo 17. 2 de la Directiva 1966/653/CEE, de 18 diciembre, de coordinación de los derechos de los Estados miembros en la referente a los agentes comerciales independientes.

La determinación del importe máximo de la compensación por clientela (28. 3 LCA) responde a la propia configuración legal que la norma establece en orden al concepto y sistema de remuneración del agente (arts. 11 a 18 LCA). La remuneración queda configurada como una contraprestación a la actividad desarrollada por el agente, esto es, por la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones que le fueron encomendados (arts. 1 y 3 de la Directiva y 1, 5 y 9 de la LCA). De ahí, que el concepto de remuneración no consista en el beneficio neto obtenido por el agente en el ejercicio de su actividad, sino en la cantidad realmente percibida por la prestación realizada. Del mismo modo que, por aplicación del artículo 18 LCA, en principio, la remuneración tampoco comprende el reembolso de los gastos que al agente le hubiese originado el ejercicio de su actividad como profesional independiente”.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 65/2021, DE 27 DE ENERO. ROLLO DE APELACIÓN 645/2020

Se ejercita en la demanda acción de nulidad por usura de los intereses pactado en el contrato de préstamo.

La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia al considerar usurario el interés remuneratorio del 21% fijado en el contrato, aplicando la jurisprudencia del tribunal Supremo a partir de la sentencia de 4 de marzo de 2020, según la cual el Banco de España en relación con las tarjetas de crédito informa que, antes del año 2010 no tenía la obligación de separar la media de los productos bancarios y que, a partir de dicho año, la media de las tarjetas ronda el 20%, declarando usurario todo interés remuneratorio que

exceda de dicho porcentaje, porque el interés del 21% es anormalmente alto teniendo en cuenta que la media de las tarjetas de crédito.

Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 225/2021. ROLLO DE APELACIÓN 75/2021

Impugnación de Acuerdos Sociales.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda declarando la separación de los demandantes como accionistas de la sociedad, con efectos desde el día 16/7/18 condenando a la sociedad al pago a dichos accionistas del valor razonable de sus acciones en la fecha citada.

Lo que realmente se discute es la posible infracción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por aplicación indebida por retroactiva del mismo a los resultados del ejercicio 2.015 en el que no estaba vigente el precepto. Dicho precepto regula el derecho de separación del socio con abono del importe de las acciones, si bien, se cuestiona si dicho precepto se puede aplicar a la distribución de beneficios de un ejercicio que no es el inmediatamente anterior en el tiempo al año 2.018 (es decir, al ejercicio 2.015), siendo en el año 2.018 (en concreto el 29 de Junio de 2.018) cuando se encuentra en vigor el artículo 348 bis) del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

El Tribunal Supremo en su sentencia de número 104/2.021, de 25 de febrero, determina que “la mención al ejercicio anterior se refiere exclusivamente a la anualidad inmediatamente precedente al acuerdo de no distribución de dividendos”; y, en el presente, caso, el ejercicio inmediatamente anterior no es el del año 2.015; luego los demandantes no pueden ejercitar el derecho de separación por este motivo.

En aplicación de referida sentencia la Audiencia Provincial declara la nulidad del Acuerdo adoptado por la Junta General de la sociedad celebrada el 28 de junio de 2.018, pero no el derecho a la separación a la fecha de interposición de la demanda.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 245/2021. ROLLO DE APELACIÓN 67/2021

Se ejercita acción de indemnización por el daño causado en forma de sobreprecio como consecuencia de la conducta colusoria.

La sentencia dictada por el Juzgado estima la demanda condenando a pagar a la parte actora la suma de 43.492,06€, incrementada con el interés legal del dinero.

La Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia al considerar acreditado que la entidad demandante compró dos camiones dentro del período de cartelización (en 2005 y 2007, sexto y octavo año del período de cartelización), en el área de influencia geográfica del cártel (que abarcó la totalidad del territorio del espacio económico europeo), en el marco de la distribución de una de las empresas afectadas, existiendo una relación de causalidad entre la conducta sancionada y su incidencia en el precio de los camiones adquiridos por la parte actora.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 352/2021. ROLLO DE APELACIÓN 231/2021

Se ejercita acción sobre tutela del derecho de asociación, reconociendo a los demandantes el derecho de la asociarse al Club deportivo con la condición de miembros de su sección deportiva de la caza, previo pago de la cuota existente al momento de cursar la solicitud de admisión.

La demanda se sustenta en un relato fáctico conforme al cual el Club Deportivo es una asociación privada cuyo objeto es la promoción, desarrollo y práctica de las modalidades deportivas que se acuerden por sus socios y, de un modo particular, el deporte de caza en la zona acotada del término municipal. Los actores solicitaron darse de alta en el Club, y ante la falta de respuesta, remitieron un burofax razonando que cumplía con todos los requisitos exigidos y que la negativa a admitirlo vulneraba el derecho de asociación ex artículo 22 CE. La Asociación demandada contestó denegando su petición y alegando que no cumplía los requisitos para causar alta, tales como: (a) Acuerdo favorable de admisión por parte de la Junta Directiva; (b) Ser natural y residente en el término municipal donde radica el coto; (c) Ser propietario de un terreno acotado por el club deportivo.

Los actores habían adquirido el 28 de septiembre de 2019 un terreno dentro del ámbito territorial del coto de caza, y vuelve a cursar nueva solicitud de admisión como socio y miembro de la sección de caza. El Club demandado rechaza la nueva solicitud aduciendo las mismas razones que la vez anterior además de que el contrato de compraventa presentado era ficticio y a los solos efectos de conculcar los estatutos de la Asociación deportiva y voluntad de los asociados.

Habiéndose acreditado estos hechos, la Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 415/2021. ROLLO DE APELACIÓN 594/2021

Procedimiento en reclamación de cantidad.

La parte apelante se limita a analizar los medios de prueba que se han practicado desde su propia perspectiva subjetiva, diametralmente distinta a la del Juzgado de instancia, quien ha apreciado el elenco acreditativo practicado en este Juicio, no sólo de manera conjunta, sino también en términos estrictamente objetivos, apreciación que autoriza a reconocer la absoluta validez de su convicción, en la medida en que la exégesis desarrollada no se ha revelado ilógica,

absurda, arbitraria ni irracional, por lo que, siendo –como es- admisible no resulta susceptible de modificación.

La Audiencia Provincial conforma la sentencia, reiterando que la valoración de la prueba corresponde a los Tribunales y lo a las partes, y al considerar acreditados los hechos constitutivos de la pretensión, confirma la sentencia recurrida.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 483/2021. ROLLO DE APELACIÓN 457/2021

Procedimiento en reclamación de cantidad

El objeto de debate quedó centrado en si la demandada era o no propietaria de las plazas de garaje cuyas cuotas impagadas se le están reclamando. La parte demandada acredita que por resolución de fecha 4 de octubre de 2001, se aprueba el Convenio de Liquidación de los gananciales, que las citas plazas de garaje le fueron adjudicadas a su ex esposo en su totalidad. La parte demandante insiste que desconocía el cambio de titularidad, ya que dicha transmisión no se le comunicó en ningún momento al Secretario-Administrador de la comunidad. En apoyo de su tesis cita el artículo 9.1 I) modificado por Ley 8/1999, de 6 de abril, de Reforma de la Ley 49/1960, de 21 de Julio sobre Propiedad Horizontal. Dicho artículo establece la obligación de comunicar el cambio de titularidad de la vivienda o local.

En el presente caso, no hay un cambio de titular, lo que se produce es una liquidación y adjudicación con carácter privativo a uno de los cónyuges de determinados bienes, no siendo exactamente lo mismo, ya que uno de los cotitulares se mantiene y sobre él deberían recaer las responsabilidades, no sobre el no adjudicatario. Por tanto, la demandada no adeudaba la cantidad reclamada en la demanda por cuotas impagadas de las plazas de garaje, porque no siendo propietaria de las mismas no tiene obligación de abonar las cuotas devengadas. Se revoca la sentencia de instancia y se desestima la demanda.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 484/2021. ROLLO DE APELACIÓN 712/2021

Reclamación por negligencia profesional cometida en el desempeño del servicio contratado de asesoría fiscal y gestión contable, en relación con la actividad empresarial que regenta el demandante, que ha provocado el pago de recargos e intereses a favor de la Administración Tributaria por incumplimiento de determinadas obligaciones fiscales.

La demanda y el posterior recurso fueron desestimados porque el actor no acreditó que la causa o el motivo de la reclamación fiscal fuera imputable a la entidad consultora y auditora demandada, quien se limitó a cumplimentar las declaraciones fiscales según los datos proporcionados por el cliente.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 738/2021. ROLLO DE APELACIÓN 856/2021

Se ejercita por la Administración Concursal acción personal en reclamación de cantidad frente al demandado que, como gerente de dicha mercantil, había detraído en su propio beneficio determinadas cantidades de dinero.

A la luz de las pruebas practicadas, esencialmente la pericial contable acompañada a la demanda, se puso de relieve que, el demandado desvió en su propio beneficio determinadas cantidades en distintas fechas, hasta alcanzar la suma reclamada.

El Juzgado estimó la demanda, cuya sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 765/2021

Acción de desahucio de vivienda por impago de las rentas, así como al pago de las rentas adeudadas.

La cuestión suscitada en la alzada se refiere a la infracción del 449 LEC. Ciertamente, el procedimiento que nos ocupa, junto a la acción de reclamación de las rentas adeudadas, también se ha ejercitado acción de desahucio por falta de pago de las rentas, que obviamente lleva aparejado el lanzamiento, tal y como se ha condenado en la sentencia de instancia.

Asimismo, para que se cumpla este requisito de admisibilidad del recurso, es necesario que la parte apelante, acredite por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y debidas, y basta examinar el recurso para constatar que la parte apelante no acredita de forma fehaciente y por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas, ni se acompaña ningún justificante que acredite el cumplimiento del pago, ni siquiera se alude al cumplimiento de este requisito.

Dicho requisito de admisibilidad se debe cumplir, aun cuando la parte apelante sea beneficiaria del derecho a la justicia gratuita, pues dicha exigencia tiene su base en la necesidad de que se cumpla una obligación que deriva de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos, como es el pago de las rentas, a la que también están obligados los inquilinos que gocen del beneficio a la justicia gratuita, tal y como se desprende del Art. 6.5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

SENTENCIA AP DE CÁCERES, SECCION 1ª 835/2021. ROLLO DE APELACIÓN 541/2021

Condena a la Administración Concursal a reordenar los pagos derivados de comisiones de los contratos de aval.

El acreedor demandante interesa que se declare como no conforme a derecho el pago por la AC a un Banco de 32.220,54€ de intereses remuneratorios postconcursoales devengados por los préstamos hipotecarios promotor; pago que se realizó a pesar de que no fueron clasificados como créditos contingentes sin cuantía propia, como requiere el artículo 152.2 TRLC, al regular una regla clásica del derecho concursal, como es que desde la declaración de concurso queda suspendido el devengo de los intereses con excepción de los correspondientes a los

créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía, añadiendo el art. 281.1.3º TRLC (anterior art. 92.3º LC) que serán créditos subordinados, entre otros, “los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”.

A la vista de las normas citadas, los intereses preconcursales (remuneratorios y moratorios) que excedan del valor de realización (o valor del privilegio especial) son subordinados. Ahora bien, en cuanto a los postconcursales, que es la cuestión controvertida, hasta las importantes SSTS núms. 112/19, de 20 de febrero, y 227/19, de 11 de abril, la mayoría de los tribunales se inclinaba por entender que el privilegio alcanzaba tanto a remuneratorios como moratorios, siendo ésta la interpretación que parece seguir la STS n.º 112/2019. Esta interpretación, no obstante, se matiza en la segunda de las SSTS citadas, el n.º 227/19, precisando que los intereses que pueden devengarse con posterioridad a la declaración de concurso sólo son los remuneratorios y no los moratorios, pues la previsión del art. 59 LC debe entenderse referida sólo a los primeros.

JUAN FRANCISCO BOTE SAAVEDRA

Presidencia Sección Civil

Audiencia Provincial de Cáceres

jf.bote@poderjudicial.es

<https://orcid.org/0000-0002-5755-1861>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.679>

SELECCIÓN Y COMENTARIO DE RESOLUCIONES DEL ORDEN
JURISDICCIONAL PENAL. AUDIENCIAS PROVINCIALES
DE CÁCERES Y BADAJOZ. AÑO 2021

*SELECTION AND COMMENTARY OF RESOLUTIONS OF THE
CRIMINAL JURISDICTIONAL ORDER. PROVINCIAL
COURTS OF CÁCERES AND BADAJOZ. YEAR 2021*

MARÍA FÉLIX TENA ARAGÓN¹

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Recibido: 19/12/2021

Aceptado: 30/12/2021

RESUMEN

Se ha llevado a cabo una selección de las resoluciones judiciales más representativas y relevantes dictadas por las Audiencias Provinciales extremeñas de Cáceres y Badajoz durante el año natural 2021. Dichas resoluciones corresponden al orden jurisdiccional Penal. Estas sentencias seleccionadas han sido objeto de comentario, dentro del contexto jurídico que las ha generado, por una destacada magistrada especializada en dicho orden jurisdiccional.

¹ María Félix Tena Aragón es Presidenta actual del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Ha sido Presidenta de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres y Presidenta de la Audiencia Provincial de Cáceres. Miembro de la Comisión General de Codificación en la sección de Derecho procesal. Vocal de la Comisión redactora de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la Violencia de Género de Extremadura. Profesora de la Escuela de Práctica Jurídica de Cáceres. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Ha participado en numerosos cursos, seminarios y conferencias y es autora de decenas de artículos.

Palabras clave: Resoluciones judiciales, orden jurisdiccional Penal, Audiencia, comentarios jurídicos.

ABSTRACT

A selection of the most representative and relevant judicial resolutions issued by the Extremadura Provincial Courts of Cáceres and Badajoz has been carried out during the 2021 calendar year. Said resolutions correspond to the Criminal jurisdictional order. These selected judgments have been the subject of comment, within the legal context that generated them, by a prominent magistrate specialized in said jurisdictional order.

Keywords: Judicial resolutions, Criminal jurisdictional order, Court, legal comments.

1. AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES

AUTO AP CÁCERES, SECCIÓN 1^a, 442 /2021, DE 1 DE JUNIO, ROLLO 430/2021

Intervenciones telefónicas. Análisis de los teléfonos intervenidos en una entrada y registro. Necesaria autorización judicial para acceder a su contenido.

Los agentes solicitaron de la instructora sobre determinados dispositivos de almacenamiento masivo de información, como son tres teléfonos móviles, acceder, no solo a datos relativos a comunicaciones (llamadas entrantes, salientes y perdidas) y a la agenda personal de su usuario, sino también a los servicios y aplicaciones de mensajería y correo electrónico, así como a los archivos de imagen y sonido.

Este acceso compromete seriamente el derecho a la intimidad personal del usuario del terminal cuya restricción, a los fines de una investigación criminal, que aparece regulada en los artículos 588 sexies a, a 588 sexies c de la Ley Procesal, estableciendo el primero de tales preceptos la necesidad de una

motivación individualizada, bien sea en el auto que autoriza la entrada y registro en el domicilio, cuando sea previsible el hallazgo en el mismo de dispositivos de tales características (el más común, un teléfono móvil), o en su caso a través de una resolución posterior.

En ambos supuestos, ha de ajustarse la resolución a lo dispuesto en el artículo 588 bis a LECrim en cuanto a la justificación de una medida que, como decimos, restringe el derecho a la intimidad del usuario del dispositivo, así como a lo dispuesto en su artículo 588 bis c en lo que se refiere al contenido necesario de la resolución.

SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 1ª, 238 /2021, DE 23 DE SEPTIEMBRE, ROLLO 782/2021

Delito de maltrato injustificado de un animal del artículo 337 del Código Penal. Tenencia ilícita de armas. La cuestión nuclear no es si el sacrificio del animal está o no justificado, sino en la forma en la que se materializa ese sacrificio.

No concurre en la muerte de una vaca que estaba malherida en una pata y se la mata de un disparo. No existe analogía con el sacrificio de animales domésticos o de compañía a los que se da muerte sin motivo aparente. Con ello no se vulneran las normas internacionales referidas al sacrificio de animales cuyo destino es la producción de terneros destinados precisamente al sacrificio de los mismos para el consumo humano, que recogen una serie de directrices sobre el sacrificio de animales como son la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE), a través del capítulo del Código Sanitario para los Animales Terrestres dedicado al bienestar animal. La cuestión no se centra, en nuestra opinión, en si el sacrificio de la vaca estaba o no justificado, sino en si la forma en la que se materializó ese sacrificio estaba o no justificada.

SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 1ª, 218 /2021, DE 30 DE JULIO, ROLLO 701/2021

Delito de incendio imprudente. Concepto de montes. Solo se sanciona penalmente el delito de incendio cometido por la imprudencia grave. Criterios para calificar los grados de imprudencia.

Para completar el concepto de monte contamos con la orientación que proporciona la vigente Ley de Montes, Ley 43/2003, de 21 de noviembre, que fue actualizada por última vez por la Ley 21/2015, de 20 de julio. Estructura de los delitos imprudentes. La imprudencia que exige el delito de incendio tiene que ser grave. Para definir los diversos grados de culpa, no debe atenderse al resultado producido, ni valorar la presencia o ausencia de infracciones administrativas, sino que ha de lograrse exclusivamente uniendo el alcance cualitativo de la culpa para conocer su real dimensión.

SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 1ª, 231 /2021, DE 17 DE SEPTIEMBRE, ROLLO 823/2021

Cuantía de la pena de multa. Incomunicación entre los testigos que han de declarar.

La cuantía de la multa debe estar razonada en relación con la capacidad económica del condenado, pero cuando esta se desconoce o no constan especiales emolumentos, una cantidad de 6 euros diarios se presupone acomodada a economías, incluso, precarias.

La razón de la incomunicación entre los testigos que van a declarar en un juicio se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro, pero esta forma de proceder no es condición de la validez de la declaración ni, consecuentemente, impide su valoración, sino que sus efectos se han de determinar en cada caso en función de la posibilidad de que la declaración haya sido verdaderamente influida o condicionada y haya afectado a aspectos relevantes para el fallo. La unión familiar entre

los declarantes es una circunstancia que minimiza el eventual influjo de esa posibilidad de comunicación cuando esa comunicación es diaria y previa a las sesiones del juicio.

AUTO AP CÁCERES, SECCIÓN 1ª, 218/2021, DE 26 DE OCTUBRE, ROLLO 885/2021

Ámbito subjetivo del delito de violencia doméstica. El CP no exige la convivencia entre hermanos para que la calificación jurídica sea la correspondiente a este tipo de delitos.

Ni en la redacción inicial ni en las sucesivas modificaciones del tipo de malos tratos habituales, a cuya enumeración se remite el tipo de maltrato que no causen lesión, es exigido el requisito de la convivencia para integrar la condición de sujeto pasivo, para el cónyuge (plenamente clarificado desde la LO 14/1999) o persona ligada por análoga relación de afectividad, ni para los hijos propios o del cónyuge o conviviente, que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro.

Mientras, se exige en los demás casos; con una salvedad, en relación a los: i) descendientes (salvo los sujetos a potestad, tutela, curatela o guarda de hecho, pues cuentan con previsión específica individualizada); ii) ascendientes; y iii) hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente (parentesco no contemplado en las anteriores redacciones), que nada se indica expresamente sobre la exigencia de la convivencia. Lo que confiere una mayor antijuridicidad a esa acción es el hecho de golpear a un pariente cercano, más que el hecho de golpear a una persona con la que se convive.

SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 1ª, 307 /2021, DE 2 DE DICIEMBRE, ROLLO 1115/2021

Exención del deber de declarar de determinados parientes cuando existe, una relación familiar de las enumeradas en el art 416 LECrim. Nueva redacción e interpretación de este precepto dada por la LO 8/2021 de 4 de junio.

Las diligencias se inician por denuncia de la persona agraviada que comparece en el cuartel a interponer la denuncia. Es cierto que antes de ello no se le informa de su derecho a no declarar al ser el denunciado descendiente directo de ella, pero sí se hace esa advertencia cuando antes de prestar declaración judicial en instrucción, indicando con toda claridad la que sí desea declarar, así como seguir adelante con su denuncia, explicando las razones que le inducen a ello, en particular, los problemas que manifiesta tener con su familiar.

Conforme a una interpretación literal del nuevo precepto, que claramente distingue entre el supuesto de víctima personada como acusación particular (apartado 4º del art. 416.1) y testigo que haya declarado durante el procedimiento después de haber sido informado de su derecho a no hacerlo (apartado 5º del art. 416.1) no concede el derecho de dispensa al testigo que haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo.

AUTO AP CÁCERES, SECCIÓN 1ª, 972/2021, DE 3 DE DICIEMBRE, ROLLO 1113/2021

Competencia del Juzgado de guardia que no tiene atribuida la competencia de los delitos de violencia contra la mujer. Límite temporal. Nueva redacción de las medidas civiles que pueden acordarse en una orden de protección dada por LO 8/2021.

Su intervención es excepcional fuera de las horas de audiencia al no existir en el partido judicial correspondiente Juzgado de Violencia sobre la Mujer de carácter exclusivo y que realice funciones de guardia. Terminada esa

extraordinaria intervención carece de competencia alguna para tramitar cualquier diligencia.

El artículo 544 ter, núm. 7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformado por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia no impide, en caso de violencia doméstica o de género, la fijación de un régimen de visitas en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.

El plazo de treinta días a que se refiere el último párrafo del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la vigencia temporal de las medidas civiles acordadas en una orden de protección es un plazo de caducidad en el que se computan los días inhábiles.

2. AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 1ª, 13/2021, DE 14 DE JULIO

Delito contra la salud pública. Tráfico de drogas. Competencia territorial. Concepto de coautoría y complicidad en el delito de tráfico de drogas.

Intervención de un transporte de drogas desde Portugal. Investigación iniciada en Portugal e interceptada la droga en España. Competencia de los Tribunales españoles y dentro de estas las del lugar de intervención de la droga. Validez de las diligencias de prueba realizadas en Portugal. Formas de incorporación al procedimiento bajo los principios de inmediación y contradicción en el juicio oral. Declaración de los agentes de policía portuguesa que hicieron las vigilancias y seguimientos en Portugal. Coautoría de quienes participan como lanzaderas para asegurarse que no existe vigilancia policial en las carreteras españolas. Concepto de delito provocado. En la doctrina del TEDH. Delito de integración en grupo criminal. Diferencias con el delito de pertenencia a organización criminal. Agravación penológica para los dirigentes de grupo criminal. Tentativa y

desistimiento en los delitos de tráfico de drogas. Diferencias entre coautoría y complicidad.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 1ª, 50/2021, DE 23 DE NOVIEMBRE, SUMARIO ORDINARIO NÚM. 2/2019

Delito continuado de agresión sexual con la concurrencia de las agravantes de parentesco y de discriminación por razón de género. Consideración de intimidación que cualifica el abuso sexual en agresión sexual.

Declaración de la víctima como prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia corroborada por otras pruebas o datos que le aportan credibilidad. El extremo relativo a la tardanza en denunciar los hechos no puede ser considerado para restarle veracidad a la versión de la víctima por las especiales características que concurren en este tipo de delitos cuando existe una relación de pareja de varios años de duración, ni la convivencia de algunos días con posterioridad al introducirse con ello un sesgo de género prohibido legalmente. Diferencias entre los delitos de agresión y abuso sexual. Concepto de intimidación que anula cualquier posibilidad de concurrencia de un consentimiento libremente prestado. Agravantes de parentesco y de discriminación por razón de género. Compatibilidad entre ambas al responder a presupuestos distintos y proteger bienes diferenciados que suponen una mayor antijuridicidad y por consiguiente mayor penalidad.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 1ª, 42/2021, DE 5 DE OCTUBRE, PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚM. 269/2019

Delito de trata de seres humanos con fines de explotación sexual e inducción a la prostitución. Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Declaraciones policiales que carecen de la consideración de prueba que puedan ser traídas al plenario.

No tienen la consideración de prueba a los efectos de su incorporación al plenario, y por consiguiente para ser valoradas y ponderadas por el Tribunal de enjuiciamiento, las declaraciones prestadas ante la policía. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS y reiterada jurisprudencia en este sentido. Estas declaraciones no pueden ser utilizadas, ni para ser contrarrestarlas con otras judiciales practicadas en la fase de instrucción, ni las realizadas en el plenario, tampoco pueden ser incorporadas a través del testimonio de los policías que las recibieron al ser, a estos efectos, testigos de referencia. No se ha practicada prueba preconstituída bajo los parámetros legales. Requisitos y elementos de los delitos de trata de seres humanos, y de favorecimiento a la inmigración ilegal. La dificultad probatoria de algunos tipos penales no puede implicar rebaja alguna de los estándares probatorios exigibles para desvirtuar la presunción de inocencia.

AUTO AP BADAJOZ, SECCIÓN 1ª, 269/2021, DE 11 DE MAYO, ROLLO NÚM. 156/2021

Delitos de maltrato de obra y contra la integridad moral. Bien jurídico protegido. Elementos configuradores del tipo. Fase procesal de instrucción y finalidad de la misma.

El delito contra la integridad moral, o delito de torturas es un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral y que no implican una afección mayor, y por el lado inferior, esa nota de gravedad constituye el límite respecto de las vejaciones injustas.

La gravedad de los hechos puede derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo. Por trato degradante habrá de entenderse aquél que pueda crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral. En la fase de instrucción el juez instructor pondera la

conurrencia de indicios, el pleno convencimiento sobre los hechos acaecidos que integran o no el delito queda reservado a la fase del juicio oral.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª (CON SEDE EN MÉRIDA), 68/2021, DE 26 DE ABRIL, PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL DEL JURADO NÚM. 1/2020

Delito de asesinato, delito de tenencia ilícita de armas y delito de encubrimiento. Dolo de acabar con la vida de la víctima que califica los hechos como homicidio. Concurrencia de la agravante específica de alevosía que conlleva la calificación de los hechos como delito de asesinato.

Distintos supuestos legales de alevosía. Concepto de alevosía súbita o inopinada o sorpresiva. El delito de tenencia ilícita de armas es una infracción de pura actividad, formal -no exige la producción de lesión o daño-, y es permanente, su consumación pervive mientras se mantiene la posesión sobre el arma. Como elemento subjetivo solo exige el conocimiento del autor de que el arma está disponible y es apta para disparar. Requisitos del delito de encubrimiento. No concurre la exención de este delito por la existencia de parentesco. Competencia y facultades del Tribunal de Jurado y de la magistrada-presidenta del mismo.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª (CON SEDE EN MÉRIDA), 53/2021, DE 1 DE MARZO, PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL DEL JURADO NÚM. 4/2020

Delito de malversación de caudales públicos en su modalidad de apropiación cometido por autoridad o funcionario público. Derecho aplicable. Elementos del delito. Atenuante de reparación del daño.

La valoración de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado es potestad exclusiva del Jurado. Requisitos y elementos configuradores del delito. Derecho transitorio. Fecha de comisión de los hechos que al ser continuados ha de hacerse en función de la ley vigente cuando se cometió el

último de ellos. La LO 1/2015 que modificó el CP en relación con estos delitos constituyó un nuevo modelo en el que se transforma la malversación en una modalidad agravada de los delitos de administración desleal y apropiación indebida a los que se remite de modo expreso el nuevo art 432 CP, cuando tengan por objeto el patrimonio público.

Para consumir el delito no es preciso que se demuestre que tales fondos han sido aplicados a usos propios, es suficiente con extraer dichos caudales, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª (CON SEDE EN MÉRIDA), 88 /2021, DE 21 DE MAYO, ROLLO 122/2021

Delito de robo. Pruebas a valorar para desvirtuar la presunción de inocencia. Momento procesal de incorporación de pruebas para que no produzcan indefensión.

Una prueba de identificación de huellas que se incorpora al juicio oral durante la declaración de un testigo no puede ser tenida en consideración como prueba de cargo. Aunque hubiera tenido entrada en el juzgado de enjuiciamiento y unida las actuaciones el día hábil antes del juicio, mediante providencia, ni consta que a las partes se le diera copia de la misma, ni que se dictara una resolución judicial fundada para su incorporación. Tampoco al inicio de las sesiones del juicio se solicitó su aportación por el MF.

El traslado que de esa prueba se dio a la defensa durante la prueba testifical y cuando ya había precluido el trámite de interrogatorio a los acusados causa indefensión a la defensa. Ningún automatismo puede concurrir, aunque se haya identificado la huella dactilar de un acusado en el lugar del robo para detraer de ello su autoría. Posibles explicaciones plausibles para justificar ese hallazgo.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª (CON SEDE EN MÉRIDA), 76/2021, DE 13 DE MAYO, ROLLO 9/2020

Delito continuado de prevaricación administrativa y delito continuado de malversación de caudales públicos. Delito de infidelidad en la custodia de documentos y delito contable, absolución. Circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Responsabilidad civil.

El efecto delimitador del auto de transformación del procedimiento abreviado se circunscribe a los hechos reflejados y a las personas imputadas que se señalan en dicho auto, lo que vincula a todas las partes, lo que no sucede con la calificación jurídica. El Consorcio “Patronato del Festival de Teatro Clásico en el Teatro Romano de Mérida” es una entidad de derecho público creada para la gestión del referido Festival de Teatro, siendo el régimen jurídico por el que se rige los Estatutos de su creación. Determinación de la ley más favorable para calificar y penar los hechos. Modificaciones de los delitos. Elementos del delito de prevaricación. Concepto de funcionario público.

El concepto incluye a los empleados de concesionarios de servicios públicos, y gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública. Naturaleza pluriofensiva del delito de malversación de caudales públicos. El bien jurídico protegido no es solo el patrimonio público, sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de los Entes Públicos, junto con la confianza de los ciudadanos en el manejo de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen. Momento interruptivo de la prescripción de los delitos. Delito de infidelidad en la custodia de documentos. No acreditación de los elementos y requisitos necesarios para su consumación.

SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª (CON SEDE EN MÉRIDA), 150 /2021,
DE 11 DE OCTUBRE, ROLLO 336/2021

Delito de maltrato de obra de violencia doméstica o intrafamiliar. Exención del deber de declarar entre parientes. Modificación del art 416 LECrim por la LO 8/2021.

La reforma del art 416 LECrim viene a recoger la última jurisprudencia del TS sobre la exención del deber de declarar entre parientes, desarrollando las distintas situaciones en que puede encontrarse ese familiar a lo largo del procedimiento, y hasta dónde llega la posibilidad legal y donde cesa la misma. Cuando el familiar que debe declarar es la propia víctima, la confluencia de intereses que justifica la exención, decae cuando, debidamente informada de la posibilidad legal de no declarar, declina esa posibilidad y presta declaración, esa declaración, si posteriormente pretende acogerse a un derecho que ya no tiene, si se ha realizado con todas las garantías legales, puede ser traída al plenario a los efectos de ser valorada como prueba. Elementos probatorios distintos de la declaración de la víctima que pueden ser tomados en consideración a los efectos de desvirtuar el principio de presunción de inocencia.

MARÍA FÉLIX TENA ARAGÓN

Presidencia

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

mf.tena@poderjudicial.es

<https://orcid.org/0000-0002-5111-9699>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.693>

SELECCIÓN Y COMENTARIO DE RESOLUCIONES DEL ORDEN
JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA. AÑO 2021¹

*SELECTION AND COMMENTARY OF RESOLUTIONS OF THE
CONTENTIOUS-ADMINISTRATIVE JURISDICTIONAL ORDER.
SUPERIOR COURT OF JUSTICE OF EXTREMADURA. YEAR 2021*

MERCENARIO VILLALBA LAVA²

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Recibido: 19/12/2021

Aceptado: 30/12/2021

RESUMEN

Se ha llevado a cabo una selección de las resoluciones judiciales más representativas y relevantes dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura durante el año natural 2021. Dichas resoluciones corresponden al orden jurisdiccional Contencioso-

1 La selección de estas sentencias se ha llevado a cabo por el Magistrado de lo Contencioso-Administrativo, Mercenario Villalba Lava, que agradece la colaboración que le han prestado los magistrados Daniel Ruiz Ballesteros (Presidente), Raimundo Prado Bernabeu y Carmen Bravo Díaz.

2 Mercenario Villalba Lava es Doctor Europeo en Derecho por la Universidad de Murcia. Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo. Magistrado de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Ha sido Magistrado en Juzgados y Tribunales en la Instrucción y Enjuiciamiento de delitos y en Primera y Segunda Instancia en asuntos civiles y contencioso-administrativos. Ha ejercido como Profesor Tutor en la UNED y como Profesor Asociado en las Universidades de Extremadura y Murcia; asimismo, ha sido Profesor en las Escuelas de Práctica Jurídica de los Colegios de Abogados de Badajoz y Murcia. Es autor de múltiples publicaciones sobre Derecho administrativo, tributario y orgánico judicial; asimismo, cuenta con diversos trabajos científicos sobre Derecho civil, especialmente en materia de consumidores.

Administrativo. Estas sentencias seleccionadas han sido objeto de comentario, dentro del contexto jurídico que las ha generado, por un destacado magistrado especializado en dicho orden jurisdiccional.

Palabras clave: Resoluciones judiciales, orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, Audiencia, comentarios jurídicos.

ABSTRACT

A selection of the most representative and relevant judicial resolutions issued by the Superior Court of Justice of Extremadura during the calendar year 2021 has been carried out. These resolutions correspond to the Contentious-Administrative jurisdictional order. These selected sentences have been commented, within the legal context that has generated them, by a prominent magistrate specialized in said jurisdictional order.

Keywords: Judicial resolutions, Contentious-Administrative jurisdictional order, Court, legal comments.

STSJ DE EXTREMADURA (APELACIÓN) Nº 3/2021 DE 18 DE ENERO. ROLLO 166/2020

Función Pública

La Sala considera que no es discriminatoria la incorporación de los funcionarios interinos el 9 de septiembre, a diferencia de los funcionarios de carrera, que por su propio vínculo y circunstancias están ligados de forma permanente. La Administración ha acreditado que esa diferencia de criterio es objetiva y basada en motivos razonables, ya que durante los días comprendidos entre el 1 y el 9 de septiembre no deben desempeñar una función determinante y urgente, a excepción de los que realizan exámenes extraordinarios.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 14/2021 DE 16 DE ENERO. RECURSO 73/2019

Impuesto sobre sucesiones. reducción de la base imponible por adquisición de participaciones sociales. falta de justificación para separar la comprobación del hecho imponible en un procedimiento de comprobación limitada y en otro de inspección.

El hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y la reducción interesada deberían haberse tramitado mediante el procedimiento iniciado mediante declaración.

Se trata del procedimiento previsto para los supuestos en que la normativa reguladora del tributo permite que el hecho imponible se comunique mediante declaración.

Sin embargo, en lugar de incoar el procedimiento iniciado mediante declaración, se decide incoar procedimientos de comprobación limitada y admitir provisionalmente la reducción de la base imponible por transmisión de participaciones sociales, para, posteriormente, incoar un procedimiento de inspección. Por otro lado, si incoados procedimientos de comprobación limitada, la Administración consideraba que existía un obstáculo legal al examen de la documentación contable, lo que debió hacer desde el principio era incoar un procedimiento de inspección.

Lo que no era posible era reconocer provisionalmente la reducción y desgajar sin fundamento el objeto de la comprobación tributaria cuando los contribuyentes habían solicitado la reducción por transmisión de participaciones sociales, aportaron toda la documentación y la Administración disponía de todos los hechos para comprobar la aplicación de la reducción, dando lugar a que la liquidación del tributo se separase artificialmente en dos procedimientos tributarios.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 16/2021 DE 26 DE ENERO. RECURSO 379/2

Impuesto sobre sucesiones. solicitud dentro del período voluntario de aplicación de una reducción de la base imponible. no se puede optar después de notificada la liquidación por una bonificación de la cuota incompatible con la reducción.

La parte actora solicitó la aplicación de la reducción de la base imponible y la Administración Tributaria liquidó el Impuesto sobre Sucesiones en los términos solicitados.

Después de liquidado el tributo, la parte solicita una bonificación de la cuota que es incompatible con la reducción interesada.

La incompatibilidad establecida en la norma legal es suficientemente clara y no induce a error y la modificación de la norma no afecta a la solicitud realizada en su día por la obligada tributaria.

La opción por la reducción de la base imponible o la bonificación de la cuota tenía que realizarse dentro del período voluntario de declaración, sin que sea posible la rectificación que se hace cuando ya se ha dictado y notificado la Liquidación Provisional. No se trata de un error involuntario o invencible sino de una manifestación expresa, clara y vinculante tanto para la obligada tributaria como para la Administración que de forma correcta procedió a liquidar el tributo conforme a lo solicitado.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 100 DE 10 DE MARZO. RECURSO 300/2020

Impugnación liquidaciones impuesto sucesiones en relación con la bonificación del artículo 6.bis de la ley 1/2015, de 10 de febrero, de medidas tributarias, administrativas y financieras en la comunidad autónoma de Extremadura; la valoración realizada sobre las fincas rústicas inventariadas; la aplicación de la reducción contenida en la disposición adicional cuarta de la ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias, y valoración del ajuar doméstico conforme a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se estima parcialmente en la medida en la que se confirma el hecho de que procede retrotraer las actuaciones para dictar nueva liquidación que justifique, en su caso, la no aplicación de la bonificación del artículo 6.bis Ley 1/2015 de 10 de febrero, pero sólo a efectos de motivarlo con los datos ya obrantes en el expediente. También se confirma la valoración de los bienes realizada por la Administración al emplear el método de precios medios de mercado y afectar sólo a cuatro de los catorce inmuebles valorados.

Se entiende procedente la aplicación de la reducción DA 4ª Ley 19/1995 de 4 de julio al existir un arrendamiento previo al fallecimiento, sin que hayan sido los herederos los que hayan arrendado, pero estando obligados a respetar el contrato suscrito por el causante.

También se acuerda excluir del concepto de ajuar doméstico el dinero, títulos, los activos inmobiliarios u otros bienes incorporales, sin necesidad de que se practique prueba alguna al respecto, en vista a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 122 DE 8 DE ABRIL. RECURSO 570/2019

IVA intracomunitario.

Sobre la base de lo que han señalado las STS de 7 de marzo de 2011, recurso 2552/2007, 28 de enero de 2010 (casación 3654/04, FFJJ 2º y 6º) y 12 de noviembre de 2010 (casación 553/06, FJ 3º), podemos señalar que según relata la exposición de motivos de la Ley 37/1992, la creación del mercado interior en la Unión Europea, con efectos desde el 1 de enero de 1993, supuso la abolición de las fronteras fiscales y la supresión de los controles en frontera por lo que la creación del mercado interior debería haber traído consigo, en el IVA, la desaparición de la distinción entre las operaciones realizadas en un Estado miembro y las realizadas con otros Estados miembros, de tal forma que, en ambos casos, el gravamen se produjera en el Estado miembro en el que se realizasen, esto es, en el Estado de origen, con repercusión e ingreso allí, de las cuotas devengadas por el transmitente.

El disfrute de la exención examinada requiere demostrar la existencia de un transporte de los bienes desde el territorio español al de otro Estado miembro.

El artículo 13.2 del Real Decreto 1624/1992 no dispone una lista cerrada de medios de prueba susceptibles de acreditar la realidad y la existencia del transporte, sino que acoge «cualquier medio de prueba admitido en derecho». Siendo así, se ha de concluir que dicho precepto, como tampoco el artículo 25 de la Ley 37/1992, no es contrario a la Sexta Directiva, según se infiere la jurisprudencia comunitaria.

La sentencia *Teleos y otros*, dictada el 27 de septiembre de 2007, en la se abordó un caso similar al presente donde se trataba de acreditar si los bienes allí objeto de entrega y de transporte desde el Reino Unido a otros Estados miembros (Francia y España) habían salido realmente del país expedidor, interpretó los artículos 28 bis, apartado 3, párrafo primero, y 28 quater, parte A, letra a), párrafo primero, de la Sexta Directiva, en el sentido de que «la adquisición intracomunitaria de un bien únicamente se efectúa y la exención de la entrega intracomunitaria únicamente es aplicable cuando se haya transmitido al adquirente, el poder de disponer del bien en calidad de propietario y el proveedor demuestre que dicho bien ha sido expedido o transportado a otro Estado miembro y que a resultas de lo anterior ha abandonado físicamente el territorio del Estado de entrega» (punto 1º de la parte dispositiva).

Por su parte, la sentencia de 27 de septiembre de 2007, *Twoh International* (asunto C-184/05), dejó claro que corresponde al proveedor de los bienes aportar las pruebas de que se cumplen las condiciones de exención (apartado 26).

La sentencia *Collée* recuerda que las medidas que les cabe a los Estados miembros adoptar al amparo del artículo 22.8 de la Sexta Directiva para garantizar la correcta recaudación del tributo y prevenir el fraude fiscal no pueden cuestionar su neutralidad, pieza fundamental del sistema común del impuesto sobre el valor añadido (apartado 26).

La sentencia de 7 de diciembre de 2010 (asunto C-285/09), tras reiterar (i) la sujeción de los Estados miembros a los mencionados principios de seguridad

jurídica y de proporcionalidad, principio este último que les exige no ir más allá de lo necesario para lograr los objetivos de recaudar correctamente el impuesto y evitar el fraude (apartado 45) y (ii) que corresponde al proveedor de los bienes aportar las pruebas de que se cumplen las condiciones establecidas para la aplicación de la exención, incluso las impuestas por la normativa interna para su aplicación correcta y simple y evitar todo fraude fiscal o abusos eventuales (apartado 46), precisa que los principios de neutralidad fiscal, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima no pueden invocarse válidamente por un sujeto pasivo que participa deliberadamente en un fraude fiscal y que ha puesto en peligro el funcionamiento del sistema común del impuesto sobre el valor añadido (apartado 54).

En relación con el de proporcionalidad, razona que no se opone a que se obligue a un proveedor que participa en el fraude a pagar a posteriori el tributo por la entrega intracomunitaria que realizó, siempre que su implicación en el fraude sea un factor determinante (apartado 53). Esta última conclusión es su corolario, el punto 2º de la parte dispositiva de la sentencia Teleos y otros.

De la expuesta jurisprudencia se deduce que la adquisición intracomunitaria de un bien se efectúa y la exención de la entrega opera cuando se transmite al adquirente el poder de disposición en calidad de propietario y el proveedor demuestra que dicho bien ha sido expedido o transportado a otro Estado miembro, abandonando físicamente el territorio de la entrega.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 181/2021 DE 26 DE ABRIL. RECURSO 558/2020

Contratación administrativa por concurso de “dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de la obra de reforma y mejoras de un centro residencial.

Se desestima el recurso en cuanto que el contrato de Dirección Facultativa y Coordinación de Seguridad y Salud de la Obra de Reforma y Mejoras de un centro residencial, no puede considerarse incluido dentro de la categoría de

contratos con prestaciones intelectuales y, pese a que exista una labor innovativa e intelectual en la que participen arquitectos, no constituyen el elemento esencial del mismo.

En caso contrario, cualquier contrato en el que participe un arquitecto o haya participado con carácter previo a su ejecución, daría lugar a entender que es una prestación intelectual y que deben cumplirse los criterios de adjudicación propios de este tipo de contrato.

STSJ DE EXTREMADURA N^o 194/2021 DE 5 DE MAYO. RECURSO 382/2020

IRPF. El traspaso gratuito de un bien privativo de manera gratuita a favor de una sociedad civil no produce una ganancia patrimonial para el contribuyente.

La Sala para resolver se basa en la STS 295/2021 de 3 Mar. 2021, Rec. 3983/2019 en la que a efectos de lo que interesa reseña: "la aportación gratuita de bienes privativos a la sociedad de gananciales, en modo alguno constituye una donación al otro cónyuge, sino que la destinataria del acto de disposición, la beneficiaria de la aportación, es la sociedad de gananciales, esto es, el patrimonio separado que es la comunidad de gananciales. Ha de rechazarse, pues, que la aportación se haga a favor de persona física alguna; la aportación de un bien privativo realizada a favor del otro cónyuge constituye un negocio jurídico completamente distinto del que nos ocupa. No es, por tanto, un negocio entre los cónyuges; el bien aportado no llega a formar parte del patrimonio privativo del otro cónyuge -sin perjuicio del resultado de la liquidación de la sociedad de gananciales, y el posible beneficio indirecto fruto de la aportación-; es erróneo, por tanto, entender que el bien privativo aportado a la sociedad de gananciales pasa a ser copropiedad de ambos cónyuges (...).

Desde la perspectiva del Derecho civil, la aportación gratuita de un bien privativo a la sociedad de gananciales, es un negocio atípico del Derecho de Familia que da lugar a un desplazamiento patrimonial y correlativa adquisición, y cuyo rasgo característico y definidor, en lo que ahora interesa, es su gratuidad...De lo

dicho anteriormente se desprende que la aportación a título gratuito por un cónyuge de un bien privativo a su sociedad de gananciales no se encuentra sujeta al ITPAJD, ni puede ser sometida a gravamen por el Impuesto sobre Donaciones la sociedad de gananciales, como patrimonio separado, en tanto que sólo puede serlo las personas físicas y aquellas instituciones o entes que especialmente se prevea legalmente, sin que exista norma al efecto respecto de las sociedades de gananciales, y sin que quepa confundir la operación que nos ocupa, en la que el beneficiario es la sociedad de gananciales, con la aportación a título gratuito por un cónyuge de un bien privativo a favor del otro cónyuge". Es de resaltar, las siguientes matizaciones...

"Por ello, cuando, se produce una aportación de un bien a favor de la sociedad de gananciales, no se produce la copropiedad del bien entre los cónyuges sobre una cuota determinada, no existe un proindiviso, sino que ambos cónyuges son titulares del total (...) Ha de rechazarse, pues, que la aportación se haga a favor de persona física alguna; la aportación de un bien privativo realizada a favor del otro cónyuge constituye un negocio jurídico completamente distinto del que nos ocupa".

STSJ DE EXTREMADURA N^o 199/2021 DE 5 DE MAYO. RECURSO 503/2020

Otorgamiento de calificación urbanística para la construcción de vivienda familiar aislada.

La Sala desestima el recurso interpuesto contra resolución Autonómica que no otorgó calificación urbanística para la construcción de vivienda familiar aislada.

La recurrente, la vista del artículo 17.3.b.4 de la LESOTEX entiende que el riesgo de formación de núcleo de población se asocia a un criterio objetivo, como es la existencia de tres edificaciones de uso residencial en parcelas colindantes, resultando que de todas las construcciones mencionadas en las resoluciones impugnadas sólo son colindantes las parcelas NUM009 y NUM003, y en la

primera de ellas la construcción es ilegal. El resto no pueden tomarse en consideración pues no son colindantes.

En un espacio de poca extensión de terreno existen ocho unidades rústicas que contienen construcciones (todas ellas según los datos catastrales son de clase urbana con uso residencial), que o son colindantes físicas con las unidades donde se pretende levantar la construcción para la que se solicita la calificación urbanística o son colindantes en forma sucesiva con las anteriores o son colindantes a través de camino público o son colindantes sucesivas con colindante a través de camino público.

En definitiva, el Tribunal asume los argumentos de la resolución impugnada que destaca que " la posición relativa entre ellas, su proximidad y alineación a ambos lados de cada camino, por lo que, si se autorizara la vivienda proyectada, se conformaría una estructura parcelaria que podría conllevar la demanda potencial de los servicios o infraestructuras colectivas necesarias para la actividad de explotación rústica o de carácter espáticamente urbano" y "la posición relativa de la vivienda proyectada junto con las existentes según datos catastrales, todas ellas cercanas y situadas alineadas a ambos lados de cada camino implica objetivamente que existe una posible demanda potencial de servicios de carácter urbano

STSJ DE EXTREMADURA Nº 229/2021 DE 20 DE MAYO. RECURSO 343/2020

Catastro inmobiliario. cuestiones civiles que no guardan relación con la actuación del catastro inmobiliario que no es el órgano competente para dirimir la disputa sobre propiedad existente entre el ayuntamiento y la sociedad actora.

La discusión de la parte demandante no versa realmente sobre las competencias y actuación del Catastro Inmobiliario sino sobre una cuestión de propiedad que la parte actora pretende solventar a través del Catastro.

Tanto el Acuerdo que desestima la alteración catastral como la Resolución del TEAR de Extremadura exponen de manera motivada, que se trata de una cuestión civil de propiedad, sin que el Catastro sea el órgano administrativo competente para resolver la titularidad de la finca doblemente inmatriculada en el Registro de la Propiedad a nombre del Ayuntamiento y que es la misma que considera de su propiedad la sociedad demandante.

La fundamentación jurídica de la demanda se centra en la teoría del título y el modo para la adquisición del derecho de propiedad y en la preferencia y protección registral, pero se trata de cuestiones que no pueden ser resueltas por el Catastro, sino que la parte actora deberá acudir a los Juzgados y Tribunales civiles a fin de ejercitar una acción declarativa de dominio.

STSJ DE EXTREMADURA N° 237/202 DE 24 DE MAYO. RECURSO 369/2020

Se declara terminado el procedimiento por pérdida de objeto procesal en relación con el recurso interpuesto frente a la resolución por la que se establecen medidas de salud pública aplicables a Extremadura en ejecución de Orden del Ministerio de Sanidad.

Como recuerda el ATS de 28-5-07 (rec 47/06), la STS 13-5-14 (rec 153/12), la LJCA no contempla de forma expresa la pérdida sobrevenida como causa de terminación del proceso contencioso- administrativo, pero una jurisprudencia reiterada venía aplicándola ya antes de la aprobación de esta Ley y se ha seguido aplicando, pacíficamente, después de su entrada en vigor.

Su pertinencia y operatividad se ha reforzado más aún al recogerse el supuesto en el art. 22 de la LEC, pero la desaparición del objeto del proceso como causa de su terminación y archivo cuenta con una larga e ininterrumpida tradición jurisprudencial, anterior en el tiempo a la nueva LEC, que se ha desarrollado y matizado en una jurisprudencia posterior.

Debe destacarse que ni el art. 22 de la LEC ni la jurisprudencia impiden que la pérdida de objeto del recurso sea planteada de oficio a las partes por el Tribunal y que en el caso que nos ocupa plantea directamente la parte.

La STC 102/09 de 27-4-09, (rec 2389/07) descarta que este modo de terminación del proceso no pueda ser aplicado en el ámbito del proceso contencioso-administrativo por el hecho de que no exista una previsión específica en la Ley Jurisdiccional.

La STS núm 1061/17, Sala 3ª, sec 5ª, 15-6-17 (rec. 821/2015) recuerda que la pérdida sobrevenida no puede identificarse con la satisfacción extraprocesal. En dicha sentencia, siguiendo el criterio mantenido en sentencias anteriores, de fechas 29-1-13 (rec 2789/10) , 7-10-13 (rec 247/11) se afirma que el artículo 22 de la LEC aplicable con carácter supletorio al proceso contencioso administrativo según la disposición final primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio no identifica la carencia sobrevenida de objeto con la satisfacción extraprocesal de las pretensiones ejercitadas, sino que ambas son manifestaciones diferentes de que el proceso ha perdido su interés al objeto de obtener la tutela judicial pretendida, que no sólo deriva de haberse obtenido extraprocesalmente la satisfacción de dicho interés sino de "cualquier otra causa (...).

La STS 22-3-13 trata sobre la pérdida sobrevenida de objeto en los casos de derogación o declaración de nulidad de una disposición general y más recientemente en las SSTS núm 2739/16, Sala 3ª, sec 4ª, 22-12-16 (rec 899/14) y 1253/17, Sala 3ª, sec 5ª, 13-7-17, (rec 2049/16) se afirma que la jurisprudencia también ha incluido excepciones en los casos en que las normas reglamentarias objeto de recurso directo, pese a su derogación, mantienen una cierta ultraactividad posterior que se extienda hasta el momento de la sentencia y se afirma que la declaración de pérdida de objeto del procedimiento no es una consecuencia automática de la derogación de la norma reglamentaria objeto del recurso y en la Sentencia de 9-12-04, recaída en el rec casación 7893/99 se razonó que la pérdida de vigencia de las disposiciones generales, con posterioridad a su impugnación no determina necesariamente la desaparición sobrevenida del objeto del proceso (...).

La pérdida sobrevenida de vigencia de los preceptos reglamentarios impugnados ha de ser tenida en cuenta, en cada caso, para apreciar si la misma conlleva la exclusión de toda aplicabilidad de aquéllos, pues si así fuera, habría que reconocer que desapareció, al acabar su vigencia, el objeto del proceso en el que se impugna directamente un reglamento que, por sus notas de abstracción y objetividad, no puede hallar su sentido en la eventual remoción de las situaciones jurídicas creadas en aplicación de la disposición reglamentaria, acaso ilegal o inconstitucional (Cfr. art. 73 LJCA , 40 LOTC y STC 199/1987). Por ello carece de sentido pronunciarse cuando el propio Ejecutivo expulsa la norma del ordenamiento jurídico de modo total, sin ultraactividad (Cfr. SSTC 160/1987)

En este sentido la STS 12-12-03 (rec. cas. 4615/99) señala que es, en definitiva, doctrina de esta Sala que aunque la declaración de una disposición general, por ser de pleno ,derecho produzca efectos 'ex tunc' y no 'ex nunc', es decir que los mismos no se producen a partir de la declaración sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas se encuentra atemperada por el artículo 120 LPA y ahora por el artículo 73 LJCA,

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en STC 102/2009, la causa legal de terminación anticipada de un proceso por pérdida sobrevenida de su objeto, de conformidad a lo establecido en el artículo 22, se conecta con la pérdida del interés legítimo en obtener la tutela judicial en relación a la pretensión ejercitada, y precisamente por ello su sentido es evitar la continuación del proceso (...).

En el caso se debía tener presente, que según sostiene la parte recurrente, nos encontramos ante una disposición que entendemos así es de acuerdo con el carácter abstracto y general de sus mandatos, que fue derogada tácitamente e incluso y prácticamente a la fecha de interposición del recurso y la parte no solicita ningún otro pronunciamiento que el de la nulidad, no se reclama responsabilidad patrimonial por el Estado legislador; no se pide tampoco la nulidad de actos anudados a sanciones impugnadas, cuestiones de las que ya nos hemos

ocupado ni se adivina ninguna especie de ultraactividad, todo lo cual nos conduce a considerar que debe reconocerse una pérdida del objeto del proceso.

En el presente caso y a la vista de la situación en las que nos encontramos, con los autos vistos para sentencia la pérdida, la falta de objeto del proceso se declarará por sentencia, en mayor garantía.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 270/2021 DE 10 DE JUNIO. RECURSO 13/2021

Infracción en materia de aguas.

Ejecución de obras en el cauce de la laguna Cenagosa de las lagunas del Ruidera y la ocupación de dominio público hidráulico sin autorización.

La caseta y la instalación tienen una antigüedad superior a quince años. No existe prueba que permita imputar la ejecución de la obra a la parte recurrente, pudiendo haberse ejecutado la obra con anterioridad a la adquisición de la propiedad en el año 2003.

Anulada la sanción, se revoca la responsabilidad civil contenida en la Resolución sancionadora, pues la CHG ha utilizado un procedimiento sancionador para regularizar una situación no imputable a la parte demandante. La retirada debe acordarse en un procedimiento de recuperación de la posesión del dominio público hidráulico y realizarse por los medios de la propia CHG, sin trasladar la responsabilidad de no vigilar y mantener el dominio público hidráulico en condiciones de legalidad a las personas que no han ejecutado las obras.

STSJ DE EXTREMADURA (APELACIÓN) Nº 127/2021 DE 22 DE JUNIO. ROLLO 108/21

Sanción de un colegio profesional

Se recurre la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que estima el recurso contencioso-administrativo planteado contra la Resolución de

la Junta del Colegio Oficial de Psicólogos de Extremadura, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución, por la que se acuerda el sobreseimiento del expediente sancionador.

Se consideró en Sentencia que había quedado acreditado que la profesional trató a un menor sin el consentimiento de ambos progenitores, lo que constituye una infracción grave, por la que debió ser sancionado.

En apelación se desestimó como causa de inadmisión la cuantía del procedimiento en atención al plazo en que se extendía la sanción, en atención a los ingresos y también se descartó la inadmisión por falta de legitimación del padre del menor al haberle dado traslado de las actuaciones en vía administrativa, ser la primera vez que se manifestaba esta circunstancia y por tener interés directo.

En cuanto al fondo, se estimó parcialmente el recurso porque la Sentencia de instancia entendió infringidos dos preceptos, pero el procedimiento sancionador solo se siguió por uno de ellos y por otro que no fue apreciado por la juzgadora, por lo que se confirmó la Sentencia solo en relación con el precepto al que se refería el procedimiento sancionador.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 354 DE 15 DE JULIO. RECURSO 351/2020

Impugnación del Decreto Autonómico 277/2015.

El recurso se plantea contra diversos apartados del artículo 15, el apartado 4 del art. 18 (que desaparece en el suplico de la demanda de forma consciente según se dice en la citada demanda) y el art. 18 bis del Decreto Autonómico 277/2015.

El art. 12 del Decreto-ley 12/2020, de 19 de junio, de medidas extraordinarias y urgentes para la reactivación de la actividad económica y social en la Comunidad Autónoma de Extremadura en el proceso hacia la "Nueva Normalidad" acuerda la modificación del Decreto 277/2015, de 11 de septiembre, por el que se regulan, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, los servicios de transporte público interurbano en automóviles de turismo, y se fijan

determinadas obligaciones relacionadas con los servicios de transporte público interurbano en autobús.

Es decir que en una norma que reviste formalmente el rango de un Decreto-Ley se modifica una norma reglamentaria, razonando la Sala que del examen de lo expuesto, tanto de forma implícita como explícita, se deduce el carácter meramente reglamentario de lo impugnado, ya que así se dice expresamente pero es que de los razonamientos que se utilizan para la cobertura de la legítima aplicación del Decreto-Ley en la Exposición de Motivos, también se deduce la categoría reglamentaria de lo impugnado, ya que no se pretende acudir en este aspecto al paraguas del Decreto-ley, que además carecería de sentido para aprobar un reglamento y aunque realmente no se plantea la cuestión, tal actuación sería inconstitucional.

Si se diera el paraguas formal para evitar su control judicial de una norma que realmente tiene naturaleza reglamentaria como nos señalan las STC 203/2013 ó 134/2019 respecto de las leyes singulares con las que en esta cuestión incidiría en identidad de razón, al privar de esta manera legislativa e indirecta la impugnación en sede ordinaria de una norma jurídica a la que se le da la cobertura argumentativa y formal con un aparente rango inadecuado para eliminar el control de los Tribunales ordinarios de justicia.

Por ello entra en el fondo de la cuestión planteada y en este sentido la Administración justifica las normas en el artículo 19 de la Ley 16/2003 de 29 de mayo de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que considera especial, posterior y básica a tenor de su disposición final primera, a la de Ordenación de Transportes Terrestres, por cuanto que define el transporte sanitario como el que desplaza a enfermos por causas clínicas y cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte.

Asimismo, hay una delegación a las Administraciones sanitarias competentes para establecer normas reglamentarias para este tipo de transportes, no existiendo ni una sola resolución que prohíba este transporte complementario sino tan solo exigencias o requisitos de autorización, inspección y dotación de medios adecuados al tipo de transporte que se efectúe y el vehículo con licencia VT debe

estar acondicionado para transportar personas que no requieran un acondicionamiento especial, por lo que se entiende que están acondicionadas al efecto y sobre la base del art. 133 del ROTT, la Exposición de Motivos de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y de esta Ley, (en este mismo sentido téngase presente la STC 118/1996) desestima el recurso contencioso-administrativo presentado.

La Junta de Extremadura no regula el transporte sanitario en las resoluciones impugnadas sino que regula el transporte complementario al sanitario y precisamente sobre la base de no reunir las características para ser considerado transporte sanitario, de ahí que carezca de sentido el examen del Real Decreto 836/2012 ni de la Orden PRE/1435/2013, ya que ,precisamente ahora se regulan los de pacientes que no precisan de estos requisitos y sin que en nada se enerve lo expuesto sobre la base de lo que disponen los arts.3, 4 ó 5 de la LOTT, que como se ha señalado contiene una regulación flexible.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 426/2021 DE 30 DE SEPTIEMBRE. RECURSO 57/2021

Impuesto sobre la renta de las personas físicas. Deducción por reinversión de la vivienda habitual.

Se estima el recurso administrativo interpuesto y se anula la resolución del TEARE impugnada, ya que siguiendo la jurisprudencia y la literalidad de las normas en el plazo de 2 años se ha producido la reinversión de la cantidad obtenida por la venta de la primera vivienda, que no depende de una escritura pública sino del hecho de la entrega de dinero y la acreditación de la amortización del préstamo. Este extremo no se pone en tela de juicio por parte de la Administración y se ha acreditado en el proceso, merced al informe solicitado por la Sala y emitido por el Banco el 16 de junio de 2021, que se encuentra, además, en coherencia con la versión que defiende la parte, extremos que no ha sido puesta en tela de juicio por la Administración.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 438/2021 DE 5 DE OCTUBRE. RECURSO
124/2021

Acceso a la Función Pública.

La Sala resuelve teniendo presente que es doctrina jurisprudencial que las pericias realizadas por órganos de la Administración ajenas a los intereses en juego, por cuanto se realizan con todas las formalidades legales y garantía procedimentales por su competencia, imparcialidad y objetividad, han de gozar de todo crédito cercano al valor de una presunción *iuris tantum*, siempre que a través de otras pericias o medios de prueba no se demuestre el error en que aquello pudieran haber incurrido - STS de 25 Dic. 1993 -- y en el mismo sentido se atribuye valor prevalente a los dictámenes de los peritos de la Administración - sentencias de 17 y 21 Jun. 1983 --, todo ello sin perjuicio de la soberanía del Tribunal para apreciar la prueba pericial.

Nuestro Tribunal ha señalado que en cuanto que presunción "*iuris tantum*", nada impide que prevalezca frente a esos acuerdos el resultado de la prueba pericial practicada en el proceso, porque, como recuerda la STS de 8 de octubre de 1.997, "ningún dictamen pericial puede superar en garantía al emitido en un procedimiento contencioso- administrativo en virtud de los principios de publicidad, contradicción o intermediación que rigen en el proceso judicial". La motivación de cualquier resolución administrativa constituye el cauce esencial para la expresión de la voluntad de la Administración que a su vez constituye garantía básica del administrado que así puede impugnar, en su caso, el acto administrativo con plenitud de posibilidades críticas del mismo, porque el papel representado por la motivación del acto es que no prive al interesado del conocimiento de los datos fácticos y jurídicos necesarios para articular su defensa. El déficit de motivación productor de la anulabilidad del acto, radica en definitiva en la producción de indefensión en el administrado". La motivación es el medio que posibilita el control jurisdiccional de la actuación administrativa.

"Como quiera que los Jueces y Tribunales han de controlar la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la

justifican - artículo, 106.1 Constitución, la Administración viene obligada a motivar las resoluciones que dicte en el ejercicio de sus facultades, con una base fáctica suficientemente acreditada y aplicando la normativa jurídica adecuada al caso cuestionado, sin presuponer, a través de unos juicios de valor sin base fáctica alguna, unas conclusiones no suficientemente fundadas en los oportunos informes que preceptivamente ha de obtener de los órganos competentes para emitirlos, los cuales, a su vez, para que sean jurídicamente válidos a los efectos que aquí importan, han de fundarse en razones de hecho y de derecho que los justifiquen"(STS. 25 de enero de 1992).

STSJ DE EXTREMADURA Nº 449/2021 DE 8 DE OCTUBRE. RECURSO 231/2021

Se impugna la resolución de la Dirección General de Políticas Agrarias Comunitarias por la que se inadmite a trámite la oferta de participación de la licitación para la concesión de ayudas al almacenamiento privado de aceite de oliva.

Sobre la base de la primacía del Derecho en la Unión Europea se aborda la normativa de este Derecho que establece directamente los plazos de licitación en esta materia de contratación. También, sobre la base del principio Comunitario de mayor concurrencia, considera que la oferta de la recurrente debió ser admitida a trámite y teniendo en cuenta Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas impone a la Administración Autonómica la condena al abono del beneficio industrial.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 489/2021 DE 2 DE NOVIEMBRE. RECURSO 288/2021

Reclamación de las cantidades de la paga extra correspondiente a la sustitución en vertical en el cuerpo de gestión procesal y administrativa durante los años 2018, 2019 y las cantidades que se generasen en el futuro mientras siguiera realizando dicha sustitución.

Se reclama el abono en las pagas extraordinarias del llamado complemento "desempeño conjunto" que sí se cobra durante el resto del año. Se desestima la pretensión al no estar contemplado legalmente el pago del mismo en las pagas extraordinarias, constando en su regulación que se abonará mensualmente en vez de en catorce pagas.

Además, ya consta en las pagas extraordinarias el abono de otro complemento que pretende compensar la diferencia entre el salario de una tramitadora y el de una gestora, que es el puesto que realmente se desempeña.

STSJ DE EXTREMADURA Nº 520/2021 DE 30 DE NOVIEMBRE. RECURSO 231/2021

Impuesto sobre la renta de las personas físicas. Determinación del concepto de rentas irregulares.

En esta sentencia se analiza el contenido del artículo 32 de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y destaca que para la reducción prevista en las declaraciones anuales de este impuesto de rentas irregulares, en principio, debe tenerse en cuenta el período de generación de la renta. Tal y como se establece en su párrafo tercero hay que tener en cuenta también la actividad desarrollada por el sujeto pasivo sobre la base de su obtención o no de forma periódica de esta renta objeto en atención a la naturaleza de su actividad, lo que obedece a la finalidad del precepto a la vista del carácter progresivo del IRPF, ya que el tratamiento de las rentas irregulares como si fueran regulares vulneraría el artículo 31 de la Constitución Española, pero tampoco pueden ser objeto de beneficio para quienes obtienen de forma regular estas rentas.

STSJ DE EXTREMADURA (APELACIÓN) Nº 237/2021 DE 22 DE DICIEMBRE.
ROLLO 219/2021

Extranjería.

La Sala, tras analizar la sentencia TJUE (Sala Sexta) de 8 de octubre de 2020 en sus razonamientos 32 y siguientes, el artículo 57 de la Ley de Extranjería y la STS 366/ 21 de 17 de marzo y a la vista, además, del contenido del artículo 4 de la Directiva 2008/115 CE de 16 de diciembre, que establece que la citada Directiva se entenderá, sin perjuicio del Derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica.

Tales disposiciones han de ser compatibles con la presente Directiva, el principio de proporcionalidad y que existía una resolución administrativa firme que acordaba la salida del territorio español incumplida. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia considera conforme a Derecho la resolución administrativa y confirma la sentencia de instancia.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA CON RELACIÓN A LA COMUNIDAD DE EXTREMADURA

STS 316/2021 DE 8 DE MARZO. RECURSO 3254/2019

Titulación universitaria para participar en pruebas de acceso a puestos de titulados superiores por promoción interna para plazas de ingeniero agrónomo. Art. 76 del EBEP.

El TS confirma la doctrina fijada en las sentencias de 21 de febrero y 25 de septiembre de 2019 en las que tras el examen de la legislación europea no es suficiente el título de Grado.

La normativa examinada, en esencia, para resolver la cuestión es la que determina un criterio uniforme para toda la UE respecto la titulación

universitaria necesaria para el ejercicio de la profesión de Ingeniería o Arquitectura, prevista en el Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013. En ella se modifica la Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) núm. 1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior, donde se requiere 300 créditos europeos como mínimo y la presentación de un trabajo fin de Máster o equivalente, sin que se sea suficiente el Grado para acceder a la condición de funcionario en puestos de Ingenieros, por la invocación del artículo 76 del EBEP.

STS 361/2021 DE 15 DE MARZO. RECURSO 526/2020

Motivación en el acuerdo de derivación de responsabilidad de las dilaciones del procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria.

De acuerdo con el principio de buena administración es exigible que las dilaciones del procedimiento por causa no imputable a la Administración Tributaria consten expresamente motivadas en el acuerdo de derivación de responsabilidad.

La exigencia de motivación no se satisface cuando las dilaciones se justifican en vía revisora por el órgano económico administrativo, ya que corresponde hacerla al órgano que dicta la resolución que finaliza el procedimiento e impone el gravamen al obligado tributario.

STS 434/2021 DE 24 DE MARZO. RECURSO 8415/2019

Imputación rendimientos de trabajo irpf al ejercicio en el que se perciben ayudas reinserción laboral.

Las ayudas percibidas al amparo del Real Decreto 196/2010, de 26 febrero, por el que se establecen medidas para facilitar la reinserción laboral así como el

establecimiento de ayudas especiales a los trabajadores afectados por los expedientes de regulación de empleo 76/2000, de 8 de marzo de 2001 y 25/2001, de 31 de julio de 2001y, en particular, las cuantías adicionales concedidas para financiar la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social por la pérdida del nivel de cotización sufrida por los trabajadores como consecuencia de la pérdida de empleo, deben imputarse como rendimientos del trabajo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas al ejercicio en el que se perciben.

STS 469/2021 DE 6 DE ABRIL. RECURSO 5139/2019

Contratación pública. aprobación de liquidación de un contrato administrativo por el contratista. Efectos sobre los intereses de demora derivados de pago tardío de certificaciones previas. mantenimiento del derecho de cobro por ser una obligación ex lege.

El TS analiza si es posible, una vez extinguido el contrato, reclamar los intereses de demora por retraso en el pago de las certificaciones de obra ordinarias, cuando, el contrato ha sido liquidado a satisfacción de ambas partes, habiéndose producido la devolución de las garantías, bajo las previsiones de los artículos 82, 200.4 y 218.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

La Sala reitera la doctrina recogida en las sentencias de 1 de octubre de 2019 (recurso de casación núm. 1554/2017) y de 27 de febrero de 2020 (recurso de casación núm. 2943/2018), por la Sección 4ª, estimando en esos casos, la reclamación de intereses de demora por el pago tardío de certificaciones de obra, derivados de la revisión de precios.

En el supuesto enjuiciado concluye, que la aprobación de la liquidación definitiva del contrato sin expresar salvedad al respecto no impide la reclamación de las cantidades debidas en concepto de intereses por demora en el pago del importe por revisión de precios del liquidado en certificaciones de obra, dentro del plazo previsto por el artículo 25 de la Ley General Presupuestaria.

STS 757/2021 DE 31 DE MAYO. RECURSO 6218/2019

Eficacia de certificados expedidos por instituciones privadas, para acreditar los distintos niveles de competencia lingüística exigidos en las convocatorias de procesos selectivos en la Administración pública española, y si pueden valorarse como méritos.

La Sala comienza el examen de la cuestión con referencia al pronunciamiento ya recaído en la STS de 22 de febrero de 2016 (recurso de casación nº 439/2015), sobre la eficacia de certificado de la Universidad de Cambridge presentado en un proceso selectivo en cuyas bases se aludía únicamente a la Escuela Oficial de Idiomas, donde se fija como doctrina que en virtud del principio de razonabilidad en la interpretación de las bases de una convocatoria para la provisión de plazas en el sector público, los criterios de interpretación que establece el artículo 3 del Código Civil, en especial el principio de equidad, que impide exigir el cumplimiento de un requisito imposible visto el ordenamiento jurídico vigente, e impone que debe atenderse a la finalidad de la norma y a un espíritu, justifica que la realidad a valorar, es del conocimiento del idioma que se invoca como mérito, sin olvidar el hecho de que la propia Administración demandada haya admitido como bastante el certificado aportado por la actora.

Esta doctrina se reitera en la STS de 14 de octubre de 2020 (recurso de casación núm. 1453/2018), respecto el título IELTS emitido en ese caso por el British Council, por lo que se estima el recurso contra la doctrina de la sentencia recurrida donde se afirmaba que sólo eran puntuables las certificaciones sobre el nivel de idioma emitidos por las Escuelas Oficiales de Idiomas.

STS 871/2021 DE 17 DE JUNIO. RECURSO 1123/2020

Trata sobre la posible nulidad de liquidaciones firmes emitidas en concepto de canon de regulación del agua, no accediendo a la devolución de ingresos indebidos solicitada.

Se razona en la sentencia, que en el ámbito tributario, el procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho se regula en el art. 217 de la LGT, que a diferencia del de revocación puede no sólo iniciarse de oficio, sino también instarse a iniciativa del interesado contra actos -aparte de las resoluciones de los órganos económico administrativos- que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, y sólo y exclusivamente en alguno de los supuestos que de forma tasada se recoge en su apartado 1.

En la línea que apuntamos se ha pronunciado numerosísimas veces este Tribunal. Valga como referencia, por su proximidad temporal, la sentencia de 18 de mayo de 2020, rec. cas. 2596/2019, en la que se dijo que: "La acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto tributario firme, sino solo aquellas que constituyan un supuesto tasado de nulidad plena, previsto en el artículo 217 de la Ley General Tributaria, de manera que -dada la previa inacción del interesado, que no utilizó en su momento el cauce adecuado para atacar aquel acto con cuantos motivos de invalidez hubiera tenido por conveniente- 'la revisión de oficio no es remedio para pretender la invalidez de actos anulables, sino solo para revisar actos nulos de pleno derecho' (sentencia de 14 de abril de 2010, dictada en el recurso de casación núm. 3533/2007)".

El art. 217 de la LGT reconoce que los interesados están facultados para instar la acción, se le reconoce, pues, una verdadera y propia acción de nulidad; lo que da lugar, *prima facie*, a que se inicie el procedimiento, que bien puede terminar con su inadmisión de concurrir alguno de los supuestos que se contempla en su apartado 3, o bien continuar el procedimiento hasta su terminación, que cuando se ha iniciado a instancia del interesado puede producirse por silencio negativo o por resolución expresa acogiendo o no la nulidad instada.

Recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo en numerosos asuntos en los que se invocaba la nulidad radical de liquidaciones referidas al IIVTNU, así sentencias de 18 de mayo de 2020, rec. cas. 1665/2019; de 20 de mayo de 2021, rec. cas. 126/2019; de 26 de mayo de 2021, rec. cas. 5450/2019;

o de 27 de mayo de 2021, rec. cas. 5864/2019, entre otras; ya en la primera de las citadas se recordaba que:

"En relación con la revisión de los actos tributarios firmes y las potestades del órgano judicial para acordarla, a tenor de la decisión que haya sido adoptada al respecto por la Administración, hemos sentado una doctrina reiterada que puede resumirse en los siguientes términos:

1. El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno Derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos (los expresados, en relación con los actos tributarios, en el apartado 1 del artículo 217 de la Ley General Tributaria), expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante su firmeza, incurren en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 122/2016).

2. Tal procedimiento sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera radical, lo que obliga a analizar la concurrencia de aquellos motivos tasados "con talante restrictivo" (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 6165/2011).

3. La acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto tributario firme, sino solo aquellas que constituyan un supuesto tasado de nulidad plena, previsto en el artículo 217 de la Ley General Tributaria, de manera que -dada la previa inacción del interesado, que no utilizó en su momento el cauce adecuado para atacar aquel acto con cuantos motivos de invalidez hubiera tenido por conveniente- "la revisión de oficio no es remedio para pretender la invalidez de actos anulables, sino solo para revisar actos nulos de pleno derecho" (sentencia de 14 de abril de 2010, dictada en el recurso de casación núm. 3533/2007)".

STS 983/2021 DE 7 DE JULIO. RECURSO 187/2020

Función pública. Abono por el estado de la indemnización por lesiones causadas al recurrente por un tercero en el transcurso de una intervención policial.

No ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra sentencia que reconoció el derecho del policía demandante a recibir del Estado la indemnización a cuyo pago fue condenada una tercera persona como autor de las lesiones sufridas por el recurrente durante el transcurso de una intervención policial, en concepto de responsabilidad civil, según sentencia del Juzgado de lo penal, y que posteriormente fue declarado insolvente por el mismo Juzgado.

Se reitera doctrina del TS por la que, en las circunstancias del caso, las lesiones y perjuicios sufridos por los agentes de policía como consecuencia de acciones ilícitas de las personas sobre las que ejercen, sin dolo o negligencia por su parte, las funciones que son propias de su cargo deben ser resarcidos por la Administración, mediante el principio del resarcimiento o de indemnidad, principio general que rige para los empleados públicos. Y, en las circunstancias del caso, la cantidad reconocida con carácter firme en vía penal como resarcimiento es la que debe ser satisfecha como indemnidad.

STS 1195/2021 DE 1 DE OCTUBRE. RECURSO 2374/2020

La sentencia trata sobre la interpretación del art. 30 LJCA señalando que el transcurso del plazo señalado en el precepto y el fijado en el 46.3 LJCA cuando se mantiene la ocupación ilegal y se lleva a cabo un nuevo requerimiento contra dicha ocupación determina una interpretación específica. Momento del nuevo cómputo de los plazos para la interposición del nuevo recurso.

La Sala estima el recurso y se ordena la retroacción de las actuaciones al momento anterior al de decretarse la inadmisión por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo a fin de que siga el curso del procedimiento ordinario.

En atención a las consideraciones expuestas en la sentencia, se da respuesta a la cuestión de interés casacional planteada en los siguientes términos: ante una actuación de la Administración aparentemente realizada en vía de hecho, consistente en la ocupación ilegal de una propiedad privada, el interesado podrá reiterar sus requerimientos de cese en dicha ocupación mientras ésta persista, con la consecuencia de que, con cada requerimiento inatendido por la Administración, se abrirá una nueva posibilidad de interponer el correspondiente recurso contencioso administrativo, comenzando a computarse de nuevo el plazo para ello.

Considera que la sentencia impugnada no se ajusta a la doctrina que se establece por la Sala de casación. En este caso no se ha acreditado convenientemente que la situación de ocupación hubiera cesado cuando se interpuso el recurso contencioso-administrativo. Por ello, se considera desproporcionada y excesivamente rigorista la inadmisión del recurso.

MERCENARIO VILLALBA LAVA
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
mercevallalba2009@hotmail.es
<https://orcid.org/0000-0002-0073-1490>



SELECCIÓN Y COMENTARIO DE RESOLUCIONES DEL ORDEN
JURISDICCIONAL SOCIAL. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE EXTREMADURA. AÑO 2021

*SELECTION AND COMMENTARY OF RESOLUTIONS OF THE
SOCIAL JURISDICTIONAL ORDER. SUPERIOR COURT OF
JUSTICE OF EXTREMADURA. YEAR 2021*

ALICIA CANO MURILLO¹

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Recibido: 19/12/2021

Aceptado: 30/12/2021

RESUMEN

Se ha llevado a cabo una selección de las resoluciones judiciales más representativas y relevantes dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura durante el año natural 2021. Dichas resoluciones corresponden al orden jurisdiccional Social. Estas sentencias seleccionadas han sido objeto de comentario, dentro del contexto jurídico que las ha generado, por una destacada magistrada especializada en dicho orden jurisdiccional.

Palabras clave: Resoluciones judiciales, orden jurisdiccional Social-Laboral, Tribunal Superior, Extremadura, comentarios jurídicos.

1 Alicia Cano Murillo es Licenciada en Derecho por la Universidad de Extremadura. Tras su oposición, ejerció como Juez de Primera Instancia e Instrucción en diversos juzgados de Extremadura. Accedió como Magistrada al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas, recibiendo expresa felicitación oficial al incorporarse al Juzgado de lo Social de Badajoz. Desde el año 2000, es Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Ha sido distinguida con la Cruz de 1ª Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort.

ABSTRACT

A selection of the most representative and relevant judicial resolutions issued by the Superior Court of Justice of Extremadura during the calendar year 2021 has been carried out. Said resolutions correspond to the Social jurisdictional order. These selected judgments have been the subject of comment, within the legal context that generated them, by a prominent magistrate specialized in said jurisdictional order.

Keywords: Judicial resolutions, Social-Labor jurisdictional order, Superior Court, Extremadura, legal comments.

STSJ DE EXTREMADURA NÚMERO 592/2021, DE 6 DE OCTUBRE DE 2021

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. Convenio Colectivo para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Caducidad de la acción.

Procesalmente se tramita por los cauces del procedimiento de conflicto colectivo, conforme al artículo 153.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y artículo 41.4 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.

La cuestión que suscita el Sindicato accionante en el presente procedimiento versa sobre si las comunicaciones cursadas a los trabajadores, con fecha 1 de marzo de 2021 y efectos de 16 de marzo de 2021, que prestan servicios para la empresa COEXAM, S.L. en los Puntos de Atención Continuada (PAC) distribuidos en las localidades de la provincia de Cáceres, en un total de 139. Éstos ostentaban la categoría profesional de Conductor (T.T.S.), constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, por afectar a la reorganización de los turnos de trabajo de todos los empleados en los PAC y conllevar que algunos pasen a desempeñar un turno rotatorio, algunos con movilidad geográfica y otros no, sin seguir el procedimiento previsto en el artículo 41 del ET, habiéndose decidido de forma unilateral por la empleadora.

Tiene por consecuencia, según la parte demandante, la realización de un exceso de jornada proscrito por el artículo 34 del ET y 40 del II Convenio Colectivo para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Por lo que interesa que, considerando inexistente el Acuerdo de la empleadora con el Comité de Empresa de Ambulancias Tenorio e Hijos, S.L.U., empresa a la que ha sucedido en la prestación de servicios, en la provincia de Cáceres, COEXAM, S.L., por no estar legitimado para negociar con la empleadora, acordemos dejar sin efecto las modificaciones sustanciales comunicadas a los trabajadores el 1 de marzo de 2021, reponiéndolos en sus anteriores condiciones de trabajo.

La Sala, tras rechazar la excepción de inadecuación del proceso de conflicto colectivo, estima caducada la acción ejercitada, plazo de caducidad que es de veinte días hábiles a computar desde la comunicación de la decisión que se impugna (artículo 138.1 de la LRJS), por los argumentos expuestos en el fundamento de derecho tercero, en tanto en cuanto, primeramente, se ejercitó la acción ante los Juzgados de lo Social de Cáceres, en fecha 29 de marzo de 2021, siendo turnada al número 2 de dicha ciudad, el que dictó auto, en fecha 25 de junio de 2021, declarando la falta de competencia de dicho Juzgado para conocer de la demanda formulada por USO. frente a COEXAM, S.L. y UTE AMBU-COEX, competencia funcional atribuida a esta Sala de lo Social del TSJ de Extremadura.

Dicho auto fue notificado al demandante el propio 25 de junio y a la parte demandada el 28 de junio de 2021, no presentando ante esta Sala la demanda origen del presente procedimiento hasta el 14 de julio de 2021, auto frente al que cabía interponer recurso de reposición en el plazo de tres días desde la notificación, conforme al artículo 6.3 en relación con el artículo 187.1, ambos de la LRJS y, teniendo en consideración el apartado 3 del citado artículo 6, que establece que cuando la acción esté sometida a plazo de caducidad, se entenderá suspendida desde la presentación de la demanda hasta que el auto que declare la falta de competencia, funcional en este caso, sea firme.

Dicho auto adquirió firmeza el 2 de julio de 2021 (artículo 45.1 de la LRJS), después de las quince horas del día siguiente hábil al de su vencimiento. No obstante, la demanda ante esta Sala se deduce el día 14 de julio de 2021, octavo día desde la firmeza del auto, habiendo transcurrido ya diecisiete días hábiles computados desde la notificación de la comunicación que se impugna hasta la presentación de la demanda en el Juzgado de lo Social referida, razón por la que la acción habría caducado.

Todo ello, teniendo en consideración que los plazos de caducidad no se interrumpen, sino que se suspenden en los supuestos previstos legalmente, de forma que para su cómputo debemos tener en cuenta, en este caso, los días hábiles transcurridos desde la notificación de la decisión empresarial impugnada hasta la presentación de la demanda ante el órgano incompetente funcionalmente, y desde la firmeza del auto que declara la incompetencia hasta la presentación de la demanda ante esta Sala.

STS DE EXTREMADURA NÚMERO 791/2021, DE 23 DE DICIEMBRE, RECURSO DE SUPPLICACIÓN 720/2021: IMPUGNACIÓN DE SANCIÓN POR FALTA GRAVE

El trabajador acciona frente a la decisión empresarial consistente en la imposición de una sanción por falta muy grave.

El Juzgador de instancia declara nula la sanción, por aplicación del artículo 115.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, al entender que ha quedado acreditada la infracción de derechos fundamentales en su imposición, en concreto el acoso laboral sufrido por el accionante y la vulneración de la garantía de indemnidad. Recurre la empleadora frente a dicha decisión invocando, esencialmente, que no concurren los requisitos previstos jurisprudencialmente para apreciar la existencia de acoso laboral por cuanto que, en todo caso, la actuación imputada a la empresa no sería continuada en el tiempo, tratándose de hechos aislados.

La Sala razona, desestimando el recurso interpuesto, que la sentencia de instancia no considera que hayan quedado plenamente acreditados los hechos que integran la figura jurídica del acoso laboral. Simplemente, viene a aplicar, aun sin citarla, la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia cuestionada y el artículo 96.1 de la LRJS en relación con el artículo 181.1 y artículo 184, ambos de la propia Ley de Ritos. A saber, el juzgador entiende que existen indicios suficientes de vulneración de derechos fundamentales, en los términos que expone, sin que la empresa haya acreditado una justificación razonable y objetiva para la imposición de la sanción impugnada. Preceptos éstos que la parte recurrente no invoca.

Pero, además, el juez de instancia también aprecia que se ha vulnerado la garantía de indemnidad, que fue invocada por el trabajador en su demanda (artículo 24.1 de la CE), considerando que la sanción constituye una represalia de la empleadora por haberle comunicado el trabajador los hechos que, según su entender, constituían una situación de *mobbing*, cuestión que la parte recurrente no ataca.

STSJ DE EXTREMADURA NÚMERO 761/2021, DE 13 DE DICIEMBRE, RECURSO DE SUPPLICACIÓN 682/2021

Accidente de trabajo. Indemnización de daños y perjuicios. Requisitos para que nazca la acción. Exigencia de infracción de medidas de seguridad, resultado dañoso y relación de causalidad. Del propio modo, aunque más atenuada, se exige la concurrencia de culpa.

La Sala confirma la sentencia de instancia que desestima la demanda del trabajador, repartidor de comida a domicilio. El siniestro sufrido por el empleado tiene por única causa la acción de un tercero, que arrolló al demandante al saltarse una señal de ceda el paso, tercero ajeno a la relación laboral que ha indemnizado, su compañía aseguradora, al trabajador por los daños sufridos en el accidente referido.

En definitiva, aun cuando hubieran mediado vulneraciones en materia de seguridad, no concurriría culpa en grado alguno ni el nexo causal entre dichas infracciones y el resultado dañoso, pues éste únicamente es achacable a la actuación del mentado conductor.

STSJ DE EXTREMADURA NÚMERO 556/2021, DE 22 DE SEPTIEMBRE, RECURSO DE SUPPLICACIÓN 438/2021

Tutela de derechos fundamentales. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Cuestión procesal: Se impugna una decisión empresarial en la que se modifica la jornada laboral de la trabajadora, impetrando la demandante la tutela de derechos fundamentales. Ha de tramitarse por los cauces previstos en los artículos 138 y siguientes de la LRJS, conforme al artículo 184 de la LRJS, con las singularidades previstas en el este último precepto.

En cuanto al fondo planteado, la Sala desestima el recurso interpuesto por la trabajadora por entender ajustada a derecho la sentencia recurrida que razona que la demandante, auxiliar de ayuda a domicilio, inició proceso de incapacidad temporal en fecha 26 de marzo de 2018, por padecer un carcinoma ductal infiltrante en mama derecha, intervenido quirúrgicamente, siendo sometida a quimioterapia y radioterapia, cursándose el alta médica definitiva el 15 de junio de 2020.

Se incorpora a la empresa el 10 de julio de 2020. No obstante, la empleadora le abonó el salario a partir del 16 de junio. Solicitada por la trabajadora adaptación de su puesto de trabajo a sus limitaciones, el servicio de prevención de la empresa aprecia restricciones para elevar el brazo derecho por encima del hombro y cargar con pesos superiores a 5 kg. Con sustento en las declaraciones testificales, expone la sentencia recurrida, en el fundamento de derecho tercero, con valor de hecho probado, que hasta el mes de septiembre de 2020 la demandante atendió a dos usuarios, acordes con su aptitud, y el 1 de septiembre se le

asignó un usuario fijo, al que podía atender por no implicar la realización de las tareas que le estaban contraindicadas.

Sin embargo, la demandada le siguió abonando las retribuciones completas pese a realizar una jornada de 24 horas mensuales. Es ya en diciembre cuando la empresa le comunica la modificación de su jornada laboral para acomodarla a la realmente realizada, considerando probado (hecho segundo) que la empresa carece de usuarios cuyas necesidades ocupen más de 24 horas de acuerdo con las limitaciones que pesan sobre ella en atención a sus dolencias. El órgano de instancia motiva fácticamente su decisión en la prueba documental y las declaraciones testificales, en el fundamento de derecho tercero de su resolución, analizando toda la prueba practicada.

STSJ EXTREMADURA NÚMERO 439/2021, DE 7 DE JULIO, REC. 362/2021.
CONTRATACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Doctrina del TS y TJUE. Evolución jurisprudencial. Cambio de criterio. Contrato de interinidad por vacante.

En este supuesto, respecto de trabajadores temporales de la Junta de Extremadura, la Sala cambia el criterio por aplicación de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2021, Rec. 649/2021, en la que, previo análisis de los razonamientos de la STJUE de 21 de junio de 2021, viene a considerar que con arreglo al artículo 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada incorporado como Anexo a la Directiva 1999/70/CE el Alto Tribunal, estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos para la cobertura de plazas vacantes ocupadas por personal temporal con contrato de interinidad por vacante no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad. Si así sucediera, estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga y la consecuencia es la calificación del contrato como fraudulento y considerar al personal interino que ocupaba la plaza vacante como indefinido no fijo

STSJ DE EXTREMADURA NÚMERO 398/2021, DE 22 DE JULIO DE 2021, RECURSO DE SUPPLICACIÓN 398/2021

Contratación en el ámbito de la Administración Pública. Superación de proceso selectivo: no lo constituye la inclusión en la bolsa de trabajo como consecuencia de la no superación de aquél y el llamamiento del trabajador para la suscripción de contrato temporal. O la superación de procesos selectivos para contratación temporal.

En el supuesto enjuiciado a la parte demandante le fue reconocida la condición de trabajador indefinido no fijo, pretendiendo se le declare trabajador fijo, por entender que la sanción adecuada a la actuación fraudulenta de la Administración es la fijeza. Aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, desestimamos el recurso interpuesto, pues, como posteriormente se ha pronunciado el Alto Tribunal, por ejemplo, en sentencia de 2 de diciembre de 2021: “Asimismo, el nivel de exigencia de los principios de mérito y capacidad está condicionado por la naturaleza temporal o fija del puesto de trabajo objeto del proceso de selección. Aun cuando no sea aplicable por razones temporales, resulta ilustrativo el art. 11.3 del ET, que contiene dos menciones:

1) En la primera exige que la selección del personal laboral se realice mediante un procedimiento público sujeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Dichos principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad permiten que cualquier ciudadano pueda acceder al empleo público y redundan en la mejora del servicio público.

2) La segunda se refiere específicamente al personal temporal, mencionando el principio de celeridad por razones de necesidad y urgencia.

Esa norma revela la existencia de diferencias esenciales entre el acceso al empleo público fijo y el acceso al empleo temporal. La celeridad, necesidad y urgencia que caracterizan la cobertura temporal del empleo público, condicionan los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los aspirantes. La sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del TS de fecha 23 de septiembre de 2002, recurso 2738/1998, explica que "las exigencias de los principios

constitucionales de igualdad, mérito y capacidad [...] no pueden proyectarse con el mismo nivel de intensidad sobre el personal interino, cuya selección, como dice el precitado Auto de 12 de diciembre de 1999, "lógicamente exige menos rigor en la selección", habida cuenta de que a través de la misma se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, susceptibles de una cobertura previamente planificada".

STSJ DE EXTREMADURA NÚMERO 500/2021, DE 29 DE JULIO DE 2021,
RECURSO DE SUPPLICACIÓN NÚMERO 415/2021

Contratación en el ámbito de la Administración Pública. Superación de proceso selectivo sin obtener plaza. Doctrina del TS y TJUE.

En el supuesto concreto examinado por la Sala, estima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora frente a la Junta de Extremadura, por entender que mediante Orden de 22 de diciembre de 2006, publicada en el DOE de 29 de diciembre de 2006, se convocaron pruebas selectivas para el acceso a puestos vacantes de personal funcionario del Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y, tal y como se declara probado en el ordinal cuarto de la sentencia recurrida, y así lo admite la recurrida, la demandante aprobó los dos ejercicios y no obtuvo plaza. A saber, la demandante estaba ya prestando servicios para la demandada, desde el 1 de enero de 2006, mediante contrato para obra o servicio que resultó fraudulento, reconociéndole la condición de indefinida no fija por la sentencia ya mencionada.

Pero, tal y como admite la recurrente, la plaza que ocupaba la actora fue inexistente durante el lapsus que media hasta el Decreto 194/2018, por el que se modifica la relación de puestos de trabajo y se crean diferentes puestos, asignándose uno a la demandante el 1 de enero de 2019 (hechos octavo y noveno). Por ello, no puede acogerse la tesis de la recurrida pues, de haber obrado conforme al principio de legalidad, creando y dotando presupuestariamente la plaza que ocupaba la trabajadora, hubiera dado ocasión a que se hubiera cubierto, a saber, que los aprobados en el mentado concurso hubieran obtenido plaza, incluida la

demandante. Este criterio se ve avalado por la reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2021, RCU 3245/2019.

STSJ DE EXTREMADURA NÚMERO 509/2021, DE 7 DE SEPTIEMBRE, RECURSO DE SUPPLICACIÓN 435/2021

Despido Disciplinario. Faltas de asistencia al trabajo.

El juez de instancia consideró procedente la decisión de la empleadora de extinguir el contrato de trabajo, por motivos disciplinarios. En concreto, por faltas de asistencia al trabajo, no justificadas, que estima probadas la juzgadora, desde el 11 de noviembre de 2020, fecha en la que tenía que reincorporarse tras salir del ERTE total por Covid-19 con fecha 10 de noviembre de 2020, hasta el día 27 de noviembre de 2020, fecha en la que se incorporó al trabajo, asistiendo el 28 y 29 de noviembre de 2020, y volviendo a faltar los días 30 de noviembre y 1 de diciembre de 2020.

Recurrió la trabajadora interesando la modificación de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida pretendiendo que valoremos nuevamente la prueba practicada, lo que nos veda la propia naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación. Doctrina del Tribunal Supremo. Desestimamos el recurso interpuesto teniendo en cuenta que el motivo dedicado a la revisión jurídica sustantiva se sustenta en la malograda revisión fáctica de la sentencia de instancia.

STSJ DE EXTREMADURA NÚMERO 98/2021, DE 25 DE FEBRERO, RECURSO DE SUPPLICACIÓN 558/2021

Pensión de Jubilación. Complemento de maternidad solicitado por varón. Doctrina comunitaria.

La Sala confirma la sentencia de instancia que estima la demanda deducida por el beneficiario de pensión de jubilación con cargo a la Seguridad Social por

entender que, en aplicación de la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019, tiene derecho al denominado complemento de maternidad que se regulaba en el artículo 60.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y que estaba previsto, inicialmente, para su aplicación exclusiva a la mujer que haya tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la seguridad social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

Entendemos que desde la entrada en vigor del TR de la LGSS, 2 de enero de 2016 hasta la modificación de su artículo 60.1 por obra del art. 1.1 del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico que, incluso, varía el *nomen* del precepto, “Complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”.

Hemos de aplicar, por disposición del artículo 4bis de la LOPJ, la jurisprudencia comunitaria, tal y como alega la parte recurrida, siendo que el TJUE, en sentencia de 19-12-2019, ha resuelto que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, en concreto al precepto aludido, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de las ya descritas en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional. Mientras, los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión, calificando el citado Tribunal tal situación como una discriminación directa por razón de sexo y por tanto proscrita por la mentada Directiva.

STSJ DE EXTREMADURA NÚMERO 98/2021, DE 25 DE FEBRERO, RECURSO DE SUPPLICACIÓN 755/2021

Pensión de Jubilación. Complemento de maternidad solicitado por varón. Doctrina comunitaria. Efectos económicos desde la solicitud de la pensión reconocida.

La Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social por entender, analizando distintas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, teniendo en cuenta que sobre la materia no se ha pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que los efectos económicos del complemento litigioso no han de ser de los tres meses anteriores a la solicitud o, subsidiariamente, desde la fecha de la publicación en el DOUE de la STJUE de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-450/2018), sino desde la solicitud de la pensión de jubilación.

Se ha de tener en cuenta que la vulneración del derecho fundamental del actor se ha producido desde la primera resolución dictada por el INSS al reconocer la prestación de jubilación sin el complemento al que tenía derecho, vulnerando así su derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado en este caso por razón de sexo. Por ello, para restablecerle en la integridad de su derecho y reponerle en la situación al momento anterior a producirse la vulneración del mismo, ha de reconocerse que la fecha de efectos a partir de la cual ha de procederse al pago del complemento que le corresponde será la de la fecha de efectos reconocida inicialmente para el abono de la prestación de jubilación contributiva reconocida.

STSJ DE EXTREMADURA NÚMERO 362/2021, DE 3 DE JUNIO, RECURSO DE SUPPLICACIÓN 305/2021

Enfermedad profesional. Responsabilidad compartida del Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Mutua aseguradora de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en trabajador afiliado al Régimen Especial de

Trabajadores Autónomos. Criterios de imputación de la responsabilidad en una situación de concurrencia de gestoras en el tiempo.

Se suscita ante esta Sala la determinación de la responsabilidad en el pago de prestaciones derivadas de enfermedad profesional cuando a lo largo de su vida laboral el beneficiario ha estado expuesto al riesgo que determina la dolencia y asegurado en distintas entidades. En estos supuestos, mantiene el Tribunal Supremo, Sentencia de 10 de julio de 2017, rec. 1.652/16, que la enfermedad profesional, a diferencia de lo que sucede con el accidente de trabajo, si bien se exterioriza en un momento determinado, se ha venido desarrollando a lo largo del tiempo, de forma silente e insidiosa, por la exposición del trabajador a determinadas sustancias, elementos o condiciones de trabajo, lo que impide que pueda establecerse que la entidad responsable es la aseguradora del momento en el que se manifiesta la enfermedad.

Hay que atender al tiempo en el que se generó el riesgo no a cuando se constata la enfermedad profesional o cuando se reconoce la prestación. En el caso de trabajadores por cuenta propia, hasta el 31 de diciembre de 2003, pues el RD 1273/2003, de 10 de octubre, entró en vigor el 1 de enero de 2004, se asumía la cobertura de la enfermedad profesional de los trabajadores autónomos como sí de una contingencia común se tratase, por el INSS, como sucesor del Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo.

Pero, a partir de dicha data era responsabilidad del trabajador dado de alta en el RETA el cubrir la protección de incapacidad por enfermedad profesional o accidente laboral, mediante mejora voluntaria. Y no es hasta la entrada en vigor del RD 28/2018, de 28 de diciembre, cuando se hace obligatorio el aseguramiento de la contingencia debatida para los trabajadores autónomos, siendo que en el supuesto examinado el trabajador no concierta la cobertura con la Mutua codemandada hasta el 1 de junio de 2019, causando baja por enfermedad profesional el 1 de agosto de 2019.

La solución, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo, para el reparto de responsabilidades, es computar los periodos en alta hasta el al 31 de diciembre de 2003, pues en el mismo la contingencia la asumía el INSS como enfermedad

común, como hemos visto, y, desde que el aseguramiento para el RETA se hizo obligatorio, 1 de enero de 2019 al 31 de mayo de 2019, en que el trabajador tenía obligación de concertar la cobertura de la contingencia con la Mutua y no lo hizo. Y, por parte de la Mutua, desde el 1 de junio de 2019 al 7 de octubre de 2019, fecha en la que se emite dictamen propuesta por el EVI, que desemboca en el reconocimiento de la incapacidad permanente total. A saber, para el reparto de responsabilidades y determinar el tanto por ciento de la prestación reconocida de la que deben responder ambas Entidades, en el total no se incluye el periodo en el que la protección por enfermedad profesional no era obligatoria, sino que constituía una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social.

STSJ DE EXTREMADURA NÚMERO 267/2021, DE 27 DE ABRIL, RECURSO DE SUPPLICACIÓN 178/2021

Incapacidad temporal. Determinación de la contingencia de la que deriva. Secretario del sector de Seguridad privada en la Federación de Movilidad, Servicios y Consumo de la Unión General de Trabajadores de Extremadura.

Se plantea en este recurso si la situación de baja laboral causada por el trabajador, vigilante de seguridad, deriva de la contingencia de accidente de trabajo, con motivo de sentir un dolor en la rodilla subiendo las escaleras para acceder a un Juzgado de Primera Instancia, en el que se ejercitaba acción civil de protección del honor al amparo de la LO 1/1982, y en el que resultó demandado el trabajador por la empresa, a consecuencia de una serie de reivindicaciones y manifestaciones relativas al sector de Seguridad Privada en Extremadura en las que participó activamente. O si, por el contrario, deriva de enfermedad común.

El demandante reúne la condición de Secretario del sector de seguridad privada en la Federación de Movilidad, Servicios y Consumo de UGT y delegado de personal de la empresa codemandada, disponiendo el artículo 156.2.b) del TRLGSS, que tendrán la consideración de accidentes de trabajo “Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos

electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos”.

Entiende esta Sala, confirmando el criterio del Juzgador de instancia, que el demandante no acudió al Juzgado, teniendo en cuenta que no es liberado sindical, haciendo uso de su crédito sindical (asimilable al tiempo de trabajo), vinculado a su cargo de delegado de personal en la empresa codemandada, ex artículo 68 del ET, o de delegado sindical en la mentada empresa, ex artículo 83 del Convenio Colectivo de empresa. Lo hizo en su condición de cargo del Sindicato UGT, sin que dicha actuación tenga relación con el cargo representativo de los trabajadores que prestan servicios en la citada empresa, sino como representante del mentado sindicato, que impide apreciar que exista conexión alguna con el trabajo y su actividad sindical para su empleadora codemandada. El trabajador fue demandado por la empresa por considerar que, en representación sindicato, había orquestado una campaña de desprestigio contra dicha empresa, por lo que hemos de concluir que su asistencia a juicio carece de relación alguna con su actividad representativa en la empresa.

ALICIA CANO MURILLO

Sala de lo Social

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

a.cano@poderjudicial.es

<https://orcid.org/0000-0003-0638-5311>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.737>

**RESUMEN DEL AUTO 67/2019 DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL
Nº1 DE BADAJOZ: PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN
PREJUDICIAL COMUNITARIA EUROPEA SOBRE
CLÁUSULAS ABUSIVAS**

*SUMMARY OF ORDER 67/2019 OF THE COMMERCIAL COURT NO.
1 OF BADAJOZ: APPROACH OF A EUROPEAN COMMUNITY
PRELIMINARY QUESTION ON ABUSIVE CLAUSES*

MERCENARIO VILLALBA LAVA¹

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Recibido: 15/10/2021 Aceptado: 22/12/2021

Una asociación de consumidores y usuarios reclamó ante el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Badajoz la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula que impone indiscriminadamente el abono de todos los gastos de formalización y cancelación del préstamo con garantía hipotecaria que suscribió con la entidad financiera demandada al prestatario. Y esta reclamación la fundamentó en aplicación de las normativas española y europea de defensa de los consumidores y usuarios, entre otras.

¹ Magistrado de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

El Juzgado resolvió plantear la cuestión prejudicial comunitaria de la citada cláusula respecto de sus condiciones generales de la contratación, junto a la devolución de lo indebidamente pagado por la aplicación de dichas cláusulas y como consecuencia inherente de la declaración de nulidad amparada en el artículo 1.303 del Código Civil y en el principio de no vinculación al consumidor de las cláusulas abusivas establecido en el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 13/93/CEE.

En este sentido, los efectos solicitados son la devolución de aquellas cantidades abonadas en virtud de dichas cláusulas, y en concreto las derivadas de la intervención del Notario, inscripción en el Registro de la Propiedad, tasación del inmueble, Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, Gestoría y comisión de apertura.

En estas circunstancias y a la vista de la legislación y jurisprudencia que se menciona, el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz ha planteado una cuestión prejudicial Comunitaria de las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula que atribuye la totalidad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria, al prestatario puede ser moderada en cuanto a sus efectos restitutorios tras su declaración de nulidad por abusiva.

2) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario, deben distribuirse por mitad entre prestamista y prestatario los gastos de notaría y gestoría, puede considerarse una moderación judicial de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva y por tanto resulta contraria al principio de no vinculación contenido en el art. 6.1 de la Directiva 93/13.

3) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, una jurisprudencia nacional que establece que tras la declaración de nulidad de

la cláusula que atribuye la integridad de los gastos de formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria al prestatario deben imponerse igualmente al prestatario el abono de los gastos de tasación del inmueble y el impuesto que grava la constitución de hipoteca derivados de la formalización del préstamo. Consiste en una quiebra del principio de no vinculación al consumidor de una cláusula abusiva declarada nula y, si resulta contraria al art. 3.2 de la Directiva 93/13, la atribución al prestatario de la carga de probar que no se le permitió aportar su propia tasación del inmueble.

4) Se cuestiona si a la vista del artículo 6.1 en relación con el artículo 7.1, de la Directiva 93/13, si una jurisprudencia nacional que excluye parcialmente el efecto restitutorio de la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de la formalización, novación o cancelación de un préstamo con garantía hipotecaria, serían contrarios al efecto disuasorio frente al empresario consagrado en el art. 7.1 de la Directiva 93/13.

5) Se cuestiona si a la vista del principio de no moderación de las cláusulas declaradas nulas establecido en la jurisprudencia del TJUE, y a la vista del principio de no vinculación del artículo 6 de la Directiva, puede resultar contraria una jurisprudencia nacional que modera los efectos restitutorios tras la declaración de nulidad de una cláusula que atribuye al prestatario todos los gastos de formalización, novación o cancelación, amparándose en el interés del prestatario.

El Juzgado de lo Mercantil de Badajoz ha planteado una cuestión prejudicial Comunitaria, indicando que la restitución de cantidades es sólo una pretensión accesoria inherente a la anterior cláusula, fundamentándose en la doctrina y jurisprudencia emanada de los siguientes órganos judiciales, tanto a nivel Comunitario como a nivel interno:

SENTENCIA TJUE - 6 OCTUBRE 2009 C-40/08 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO BILBAO). Abusividad de cláusulas financieras y principio de no vinculación.

SENTENCIA TJUE - 3 JUNIO 2010 C-484/08 (ORIGEN ESPAÑA - TRIBUNAL SUPREMO). Los estados pueden legislar protegiendo a los consumidores por encima de lo establecido en la directiva. La normativa española otorga protección efectiva más elevada llegando a controlar el precio.

SENTENCIA TJUE - 16 NOVIEMBRE 2010 C-76/10 (ORIGEN ESLOVAQUIA). Control de oficio.

SENTENCIA TJUE - 15 MARZO 2012 C-453/10 (ORIGEN ESLOVAQUIA) Subsistencia contrato con cláusulas abusivas tras declaración de nulidad.

SENTENCIA TJUE - 26 ABRIL 2012 C-472/10 (ORIGEN HUNGRÍA). No vinculación de cláusulas abusivas. Efectos futuros de repercusión de gastos al consumidor tras declaración de nulidad de la cláusula por abusiva.

SENTENCIA TJUE - 14 JUNIO 2012 C-618/10 (ORIGEN ESPAÑA - AP BARCELONA). Principio no vinculación.

SENTENCIA TJUE - 21 FEBRERO 2013 C-472/11 (ORIGEN HUNGRÍA). Control de oficio de todas las cláusulas del contrato, no solo de las controvertidas. Principio de contradicción.

SENTENCIA TJUE - 14 MARZO 2013 C-415/11 (ORIGEN ESPAÑA - J. MERCANTIL BARCELONA). Suspensión ejecución por el juzgado que está conociendo nulidad cláusula. La lista de la Directiva es indicativa y no exhaustiva.

SENTENCIA TJUE - 21 MARZO 2013 C-92/11 (ORIGEN ALEMANIA). Principio no vinculación. Efecto disuasorio.

SENTENCIA TJUE - 30 MAYO 2013 C488/11 (ORIGEN PAÍSES BAJOS). Prohibición de la moderación de la cláusula declarada nula.

SENTENCIA TJUE - 16 ENERO 2014 C226/12 (ORIGEN ESPAÑA - AP OVIEDO). Desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

SENTENCIA TJUE - 30 ABRIL 2014 C-26/13 (ORIGEN HUNGRÍA). Préstamo hipotecario multidivisa con garantía hipotecaria. Objeto principal del contrato. Definición de retribución. Interpretación de las consecuencias de una cláusula.

SENTENCIA TJUE - 17 JULIO 2014 C-169/14 (ORIGEN ESPAÑA - AP CASTELLON). Suspensión ejecución por cláusulas abusivas.

SENTENCIA 21 ENERO 2015 C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO INSTANCIA MARCHENA SEVILLA). Ejecuciones hipotecarias. Efecto de nulidad de cláusula abusiva y principio de no vinculación.

SENTENCIA 26 FEBRERO 2018 C-143/13 (ORIGEN RUMANIA). Comisión por riesgo equivalente a la Comisión de Apertura. Permite apreciar abusividad. No elemento esencial del contrato, sino retribución accesoria. Posibilidad de control de transparencia y contenido con arreglo al derecho nacional.

SENTENCIA TJUE - 3 SEPTIEMBRE 2015 C-110/14 (ORIGEN RUMANIA) Protección al consumidor. Extensión del concepto de consumidor.

SENTENCIA TJUE - 29 OCTUBRE 2015 C-8/14 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO DE INSTANCIA MARTORELL). Ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas y efectos.

SENTENCIA TJUE - 18 FEBRERO 2016 C-49/14 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO DE INSTANCIA CARTAGENA). Abusividad cláusulas y efectos.

SENTENCIA TJUE - 14 ABRIL 2016 C-381/14, C-385/14 (ORIGEN ESPAÑA - J. MERCANTIL BARCELONA). Acción colectiva cesación cláusula suelo. Nulidad y efectos.

SENTENCIA TJUE - 21 ABRIL 2016 C-377/14 (ORIGEN REPÚBLICA CHECA). Control de oficio cláusulas abusivas en procedimiento. No vinculación.

SENTENCIA TJUE - 28 JULIO 2016 C-168/15 (ORIGEN ESLOVAQUIA) Responsabilidad de un estado por los daños causados por la violación de un Derecho de la Unión. Resolución de un contrato y posterior reclamación frente al órgano judicial.

SENTENCIA TJUE - 21 DICIEMBRE 2016 C154/15, C-307/15, C308/15 (ORIGEN ESPAÑA - J. MERCANTIL GRANADA - AP ALICANTE). Principio de no moderación de las cláusulas. Principio de no vinculación. Efecto disuasorio.

SENTENCIA TJUE - 26 ENERO 2017 C-421/14 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO DE INSTANCIA SANTANDER). Vs Banco Primus. Vencimiento anticipado. Cosa Juzgada. No integración de la cláusula vencimiento anticipado.

SENTENCIA TJUE - 20 SEPTIEMBRE 2017 C-186/2016 (ORIGEN RUMANIA). Hipoteca multidivisa. Elemento esencial de contrato. Apreciación de abusividad, no aplicación del artículo 4.2. de la Directiva.

SENTENCIA TJUE - 7 DICIEMBRE 2017 C-598/15 (ORIGEN ESPAÑA - JUZGADO INSTANCIA JEREZ DE LA FRONTERA). Nulidad cláusulas en procedimiento ejecución extrajudicial hipotecario.

SENTENCIA TJUE - 31 MAYO 2018 C483/16 (ORIGEN HUNGRÍA). Hipoteca multidivisa. Elemento esencial de contrato. Apreciación de Abusividad, no aplicación del artículo 4.2. de la Directiva.

SENTENCIA 7 AGOSTO 2018 C-96/16, C-94/17 (ORIGEN ESPAÑA - JPI BARCELONA - TS). No cesión de créditos sin que esté previsto en contrato y sin conocimiento de la cesión. Desproporcionado el interés de demora. No vinculación interés de demora, aplicación del remuneratorio.

SENTENCIA 20 SEPTIEMBRE 2018 C-51/17 (ORIGEN HUNGRÍA). No se puede realizar un acuerdo para subsanar una nulidad.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO PLENO 705/2015 - 23 DE DICIEMBRE DE 2015. Nulidad por abusiva de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO PLENO 848/2018 - 15 MARZO DE 2018. Nulidad por abusiva de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario. Efectos parciales al excluir del reintegro el impuesto que grava la hipoteca.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 1505/2018 - 16 DE OCTUBRE DE 2018, STS 1523/2018 - 22 DE OCTUBRE DE 2018, STS 1523/2018 - 23 DE OCTUBRE DE 2018. Efectos restitutorios totales, incluida la devolución del impuesto que grava la hipoteca, tras la declaración de nulidad de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 1669, 1670, 1671/2018 - 27 DE NOVIEMBRE DE 2018. Efectos restitutorios parciales al excluir la devolución del impuesto que grava la hipoteca, tras la declaración de nulidad de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 44/2019 - 23 ENERO DE 2019. Efectos restitutorios parciales al excluir la devolución del impuesto y la tasación, y gastos de cancelación, establecer reparto de gastos de notaría y gestoría por mitad, tras la declaración de nulidad de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario. No nulidad de la cláusula de comisión de apertura, por superación automática del control de transparencia, y prohibición por aplicación del art. 4.2. de la Directiva.

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO 46, 47, 48, 49/2019 - 23 ENERO DE 2019. Efectos restitutorios parciales al excluir la devolución del impuesto y la tasación, y gastos de cancelación, establecer reparto de gastos de notaría y gestoría por mitad, tras la declaración de nulidad de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 608/2017 - 15 DE NOVIEMBRE DE 2017. Nulidad y efectos hipoteca multidivisa. Elemento esencial del contrato. Declaración de abusividad.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 449-2017 - 4 DE JULIO DE 2017. Principio de no vinculación y efecto disuasorio derivada de la declaración de

nulidad de una cláusula abusiva en contrato de préstamo hipotecario. La condena en costas forma parte del efecto disuasorio al empresario.

MERCENARIO VILLALBA LAVA
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
mercevallalba2009@hotmail.es
<https://orcid.org/0000-0002-0073-1490>

LEGISLACIÓN



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.747>

LEY DE DEFENSA, ASISTENCIA JURÍDICA Y COMPARECENCIA EN
JUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA DE EXTREMADURA

*LAW OF DEFENSE, LEGAL ASSISTANCE AND APPEARANCE IN
TRIAL OF THE ADMINISTRATION OF THE AUTONOMOUS
COMMUNITY OF EXTREMADURA*

ANTONIO ALONSO CLEMENTE¹

Junta de Extremadura

FELIPE A. JOVER LORENTE²

Junta de Extremadura

Recibido: 09/120/2021 Aceptado: 30/12/2021

RESUMEN

La ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, aborda una nueva reordenación los Servicios Jurídicos de la Junta de Extremadura, en la que destaca

1 Antonio Alonso Clemente es Letrado–Jefe de Área de los Servicios Contenciosos de la Junta de Extremadura. Profesor Asociado de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Ex-letrado del Consejo Consultivo de Extremadura.

2 Felipe A. Jover Lorente es Letrado de la Junta de Extremadura. Profesor Asociado de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Ex-letrado del Consejo Consultivo de Extremadura.

la sistematización de las especialidades procesales, la regulación de la transacción intrajudicial y la creación del cuerpo de letrados.

Palabras clave: Servicios jurídicos, defensa y representación, prerrogativas procesales, cuerpo de letrados, disposición de la acción, función pública, función consultiva.

ABSTRACT

Law 2/2021, of May 21, on defense, legal assistance and appearance in court of the administration of the Autonomous Community of Extremadura, addresses a new reorganization of the Legal Services of the Junta de Extremadura, in which the systematization of the procedural specialties, the regulation of the intrajudicial transaction and the creation of the body of lawyers.

Keywords: Legal services, defense and representation, procedural prerogatives, body of lawyers, disposition of the action, public function, advisory function.

Sumario: 1. Introducción. 2. Reseña histórica. 2.1. Derecho estatal. 2.2. Derecho autonómico. 3. Estructura y contenido de la norma. 4. Representación y defensa en juicio de la Administración. 3.1. Especialidades procesales. 3.2. Ejercicio de la acción. 5. Organización y funcionamiento. 6. Comisión Jurídica de Extremadura.

1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura³, reorganizando con bastante intensidad los Servicios Jurídicos de la Junta de Extremadura nos impone adelantar un análisis retrospectivo de las normas de esta Comunidad Autónoma que sean antecedentes de la que ahora nos ocupamos y eso supone hacer una somera exposición de las

3 Ley 2/2021, de 21 de mayo, de defensa, asistencia jurídica y comparecencia en juicio de la administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura: Boletín Oficial del Estado 155, de 21 de junio de 2021; publicada también en el Diario Oficial de Extremadura número 99, de 26 de mayo de 2021.

normas legales y reglamentarias emanadas por órganos o instituciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

De otro lado, el conocido espíritu emulador de las normas autonómicas de otras emanadas ya sea de instituciones centrales ya sea de otras comunidades autónomas nos lleva a hacer un análisis, ciertamente breve, de la regulación estatal en la materia.

Y en esta exposición hemos de señalar como clave de partida que es frecuente que las normas sectoriales de derecho público, fundamentalmente las estatales pero también las autonómicas, junto con la regulación material del sector concernido se adelantan aspectos corporativos o funcionariales de los cuerpos que van a desarrollar tales funciones, y también, diseños de estructuras administrativas.

Ello supone, en este caso concreto, atender a los dos grupos o núcleos reguladores que se contienen tanto en la norma estatal como en la norma autonómica que comentamos. De un lado se desarrollan aspectos procesales referidos a la representación legal de la comunidad autónoma y de otros aspectos organizativos internos del servicio jurídico de la Junta de Extremadura, y esta apelación nos conduce, de un modo natural, a focalizar las competencias que tiene asumidas la Comunidad Autónoma de Extremadura y si las mismas la avalan para afrontar una regulación como la que se pretende.

No consideramos impertinente tal cautela, pues como insiste la exposición de motivos de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, la competencia para dictar normas procesales es exclusiva de las esferas centrales del Estado por mor del artículo 148.1.6^a de la Constitución española; afirmación que es como poco un tanto ligera pues el Estatuto de Autonomía de Extremadura⁴, en su artículo 9.1.5, como casi todos los estatutos permite a las respectivas comunidades autónomas dictar normas

4 Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura: Boletín Oficial del Estado núm. 25, de 29 de enero de 2011.

procesales derivadas del derecho propio como bien pudiera ser el caso aunque elucubrar sobre tal dilema no es objeto de estudio en esta parte.

2. RESEÑA HISTÓRICA

2.1. DERECHO ESTATAL

Hemos de hacer una revisión de la regulación de la representación y defensa procesal del Estado en la que es decisivo reparar en la normativa reguladora del Cuerpo de Abogados del Estado.

Sin perjuicio de normas anteriores el referido Cuerpo se crea junto con la Dirección General de lo Contencioso del Estado por el Real Decreto de 10 de marzo de 1881, refrendando la firma del monarca el ministro del ramo de Hacienda don Juan Francisco Camacho, siendo multitud las normas que han afectado tanto al Cuerpo como a la defensa jurídica y representación de la administración estatal. En todo caso, hemos de reseñar el Real Decreto-Ley de 21 de enero de 1925, ejecutado por el real decreto 18 de junio de 1925, que aprobó el Reglamento orgánico, -modificado por los de 8 de enero de 1929; 2 de febrero de 1934, 3 de septiembre de 1941, 27 de julio de 1943 (que aprueba el Texto refundido del Reglamento de la Dirección General Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado, regulando la actuación de éstos), y los decretos de 14 de noviembre de 1947 (que modifica los arts. 135 a 147 de su Reglamento orgánico; texto refundido de 27 de julio de 1943: Tribunales de Honor), de 11 de junio de 1948 (modifica los artículos. 93 a 99, 102 y 103 del Reglamento orgánico 27 de julio de 1943: oposiciones), de 25 de abril de 1958 (modificó los artículos. 92 a 101 de su Reglamento: oposiciones Abogados del Estado), la Orden 12 de noviembre de 1958 que organizó la Dirección General de lo Contencioso, los Decretos de 18 de octubre de 1962 (modifica art. 98 de su Reglamento; incompatibilidades en oposiciones), de 24 de junio de 1965 (que, de nuevo modifica los arts. 92 al 101 del Reglamento de 25 de abril de 1958: oposiciones), de 9 de agosto de 1974 (modificó el artículo 104 de su Reglamento Orgánico: destino de los de nuevo ingreso), otro de 9 de agosto de 1974, el núm. 2548/1974 (que derogó los artículos.

13 a 19 de Decreto 25 de enero de 1968, reorganizando la Dirección General de lo Contencioso del Estado), el Real Decreto de 1 de junio de 1979 (modificó el artículo 83 del Decreto 27 de julio de 1943: defensa de funcionarios públicos ante la Jurisdicción Penal), el Real Decreto 161/1981, de 5 de febrero, que creó el Servicio de Asuntos Constitucionales y la Comisión de Vigilancia y Coordinación, el de 27 de agosto de 1982, (derogó el Decreto 9 de agosto de 1974 sobre reorganización de la Dirección General de lo Contencioso del Estado).

Otras muchas normas fueron emitidas regulando materias concretas, que incidían en las atribuciones de los integrantes del Cuerpo, o establecían su plantilla, como la Ley de 23 de diciembre de 1948 o las de 23 de diciembre de 1959, 24 de diciembre de 1962, 22 de diciembre de 1972, los Reales Decretos núm. 1425/1980 de 11 de julio, (creó la Abogacía del Estado en el Tribunal Constitucional), y núm. 1654/1980, creando el Servicio de lo Contencioso del Estado en el Extranjero.

Interesa detenernos en el Reglamento orgánico de 1925 cuyo contenido es dual, pues de un lado regula las particularidades del Estado como parte procesal en las distintas jurisdicciones, y por otra atiende a la regulación del cuerpo funcional de Abogados del Estado (esencialmente el título III), así como a la estructura y funciones del centro directivo, la ya mencionada Dirección General de lo Contencioso del Estado.

Una nueva etapa del Cuerpo y de la Dirección General correspondiente se inicia con la Disposición adicional 9.^a.1 de la ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, por la que se crea, entre otros el Cuerpo Superior de Letrados del Estado (que luego recobró la denominación tradicional de Abogados del Estado,, en el que se integran los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos de Abogados del Estado, Técnico de Letrados del Ministerio de Justicia, Letrados de la Dirección General de Registros y Notariado y Letrados del Consejo de Estado. Tal disposición fue desarrollada por el Real Decreto 849/1985 de 5 de junio, y declarada inconstitucional en lo que se refiere a la integración del Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado por la STC 99/1987, de 11 de junio.

Lo cierto es que la cuestión de la representación y defensa de la Administración del Estado, por decirlo de una manera jurídicamente lasa, ha subido de rango pues la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente alude a ella y a la de las administraciones territoriales en el artículo 551 (antes era el artículo 447) que se encuadra dentro del Libro VII relativo al Ministerio Fiscal, la Fiscalía Europea y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia. En concreto su título IV, en el que además del cambio de numeración del artículo que acabamos de reseñar la representación y defensa que ejercen los abogados del Estado no para en la defensa de su Administración sino que ha ido ampliando su esfera subjetiva de actuación incluyendo, además, a los órganos constitucionales cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado; a los organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal. El precepto alude, específicamente, a la representación y defensa de las comunidades autónomas y las de los entes locales atribuyéndosela a los letrados de sus propios servicios jurídicos.

El precepto orgánico, en su actual redacción, remite a la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas que es nuestro siguiente punto de parada, y que ha sido desarrollado por el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

En fin, la ley mantiene normativa anterior sobre la contraposición de intereses, sobre la disposición de la acción procesal, de modo para que el Abogado del Estado pueda válidamente desistir de acciones o recursos, apartarse de querrelas, o allanarse a las pretensiones de la parte contraria, precisará autorización expresa de la Abogacía General del Estado. Igualmente se mantiene el principio que exige que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal se entiendan y practiquen directamente con el Abogado del Estado en la sede oficial de la respectiva Abogacía del Estado, sancionado de nulidad todos estos actos procesales que no se practiquen de esa manera.

El Estado, naturalmente, está exento de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes. Y en cuanto a las costas procesales, ya sea por sus conceptos o sus importes, se registrarán por las normas generales, incluyéndose las de representación procesal que cumplen al Abogado del Estado. Para su exacción se seguirá, una vez sean firmes, el procedimiento general de recaudación, en fase voluntaria o en apremio.

Se prevé, específicamente, que el abogado del Estado puede pedir la suspensión del curso de un proceso civil por un máximo de un mes para recabar los antecedentes para la defensa de la Administración, también lo puede interesar, aunque por otros motivos diferentes, en vía contencioso administrativa en aplicación del artículo 54.2 de la ley de tal jurisdicción especializada, estableciéndose que el juez deberá acordarla necesariamente. Por último, se insiste en el fuero territorial para el conocimiento y resolución de los procesos civiles siendo, en todo caso, competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla, norma que se proclama de aplicación a cualquier otra sobre competencia.

De gran interés, perfectamente entendible, es la Disposición adicional cuarta, por la que casi todas estas especialidades procesales dictadas, como hemos dicho al amparo de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.6.a de la Constitución, legislación procesal, serán de aplicación a las Comunidades Autónomas y entidades públicas dependientes de ellas con la particularidad que el fuero capitalino se extiende también a los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en la capital de la Comunidad Autónoma.

Si bien reparamos, todas estas normas ya estaban en el Real Decreto ley de enero de 1925, y en los reglamentos orgánicos de 1925 y 1943. En efecto, la primera de esas normas remarca que el fuero territorial del Estado en asuntos civiles son los juzgados de las capitales de provincia, o en los que exista Audiencia, lo que había sido establecido por el artículo 57 de la ley de 14 de Octubre de 1882, adicional a la Orgánica del Poder judicial. Y en dicho Real Decreto Ley también se especifica la atribución de la defensa y representación procesal del Estado al Cuerpo facultativo de Abogados del Estado, a los que se exige contar con

autorización previa para entablar acciones y recursos, o para allanarse y desistir de los emprendidos, etc.

2. 2. DERECHO AUTONÓMICO

La primera regulación con la que nos encontramos es un Decreto de Estructura Orgánica, el Decreto 79/1983, de 2 de diciembre, en el que ya se establece una alusión explícita al Gabinete Jurídico de la Junta de Extremadura como órgano integrado en la entonces denominada Consejería de Presidencia y Trabajo. Tal Decreto se desarrolló mediante la Orden de 3 de diciembre del mismo mes, aunque publicada el día 28 siguiente y que no contiene la más mínima alusión a tal órgano.

En realidad, será el Decreto 69/1984, de 19 de septiembre, publicado el 27 del mismo mes y año el que como su nombre indica regula el citado centro jurídico. Regulación parca pues sólo tiene tres artículos, atendiendo, correspondientemente, a atribuirle la representación procesal ordinaria de la Junta de Extremadura, aplicando las normas vigentes para la Administración del Estado, por ello la relación jurídica procesal en los litigios en que fuere parte la Junta de Extremadura desde que practicare la pertinente notificación al Gabinete Jurídico, en “...el local que al efecto se señale y que estará en la ciudad donde resida la Audiencia Territorial o, en su caso, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma”.

En segundo lugar, se atribuye al Gabinete Jurídico el asesoramiento jurídico de los distintos órganos integrantes de la Junta de Extremadura. Y en tercer lugar atiende al personal de este estableciendo su recluta entre funcionarios transferidos o adscritos a la Comunidad Autónoma siempre que para su puesto de origen le haya sido exigido el título de Licenciado en Derecho, entre abogados en ejercicio en Extremadura mediante relación administrativa o laboral y posibilitando las adscripciones de funcionarios con título de Licenciado en Derecho que presten sus servicios en los otros órganos de la Junta de Extremadura.

Algunas de estas ideas conceptuales perviven en la actualidad.

No mucho más extensa es la Ley 8/1985, de 26 de noviembre, de Comparecencia en Juicio de la Junta de Extremadura, que, con apenas 6 artículos, pretende justificar su encaje constitucional, según declara en su preámbulo, en el artículo 50 del Estatuto de 1983, conforme al cual la Comunidad Autónoma venía investida de los mismo privilegios y prerrogativas que el Estado, y específicamente la de estar exenta de prestar fianzas y cauciones en cualquier jurisdicción.

Aunque breve no es intrascendente la regulación que introduce, y además en la forma que lo introduce por remisión general a la normativa estatal en la materia, cierto que con las debidas adaptaciones orgánicas. Así declara que el ejercicio de acciones en vía jurisdiccional por la Junta de Extremadura corresponde a su Presidente, por lo que será necesaria su autorización para allanarse a las demandas contra la Junta de Extremadura, y también para desistir de las acciones o recursos que en su nombre se entablen, atribuyendo con carácter general la representación y defensa de la Junta de Extremadura y la de su Administración Institucional, en juicio y fuera de él, al Gabinete Jurídico de la Consejería de la Presidencia y Trabajo de la Junta de Extremadura, ejerciéndola a través de los Letrados que en cada momento lo integren o se habiliten expresamente para ello.

Pero, además, procesalmente aplica a la Junta de Extremadura las reglas de competencia territorial atribuidas al Estado, lo que supone que sólo los jueces y tribunales de las capitales de provincia o de aquellas otras ciudades en la que exista audiencia son competentes para conocer sus litigios en que sea parte la Junta, que al igual que el Estado actuará sin necesidad de valerse de Procurador, pudiendo utilizar papel de oficio y estando exenta del pago de tasas Judiciales, prerrogativas que en el ámbito estatal ya se recogían en la regulación de 1925, si no antes.

Normas que no siendo en modo alguno intrascendentes nadie objetó nunca de inconstitucionalidad.

Cinco años después, el Decreto 46/1989, de 6 de junio, vuelve a organización y asignar funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Extremadura, con

un mayor contenido regulatorio, pues se extiende por 26 artículos y varias disposiciones complementarias. Como el Decreto anterior, el Gabinete Jurídico que se reclama de la Junta está adscrito a la Consejería de Presidencia y Trabajo (bien en verdad en todo ese periodo temporal no se habían transferido competencias la materia laboral) recalándose la vinculación directa al titular del departamento.

No hay novedades de calado en la regulación de los aspectos personales del Gabinete que no sean el establecimiento de un rígido sistema de dedicación exclusiva, que por otra parte permite la docencia en centros educativos, y el reforzamiento de las retribuciones, además de destacar que en ejercicio de sus funciones los letrados sólo se encuentran vinculados a criterios jurídicos objetivos.

Sí existen importantes innovaciones tanto en el ámbito subjetivo de actuación del Gabinete que ya podrá asesorar y defender no sólo a la administración general de la Comunidad Autónoma, y a su administración institucional, sino también a las empresas públicas dependientes de la misma. E igualmente en los aspectos sustantivos se refuerza el papel del Gabinete, al que se le califica de órgano superior, en las funciones consultivas, pudiendo establecer criterios generales de interpretación jurídica para toda la Junta. La norma establece una serie de supuestos en los que es preceptivo el informe previo del Gabinete jurídico, si bien como es normal califica tal informe como no vinculante.

Se incluyen, igualmente, otras funciones como la calificación y registro de poderes, el bastanteo de avales y la legitimación de las firmas de autoridades y funcionarios que deban surtir efectos ante organizaciones internacionales.

También en el ámbito contencioso existen innovaciones importantes regulándose *ex novo* el modo de actuar de los letrados para emprender acciones judiciales, o para plantear reconveniones, estableciéndose la obligación de estos de oponerse a las demandas y recurso que se planteen frente a la Administración, así como la obligación de deducir los recursos ordinarios frente a resoluciones desfavorables. Con todo, quizás lo más llamativo es que se habilita al Gabinete para asistir a los altos cargos, funcionarios o trabajadores de la Junta en aquellos procedimientos en que se encuentren implicados como consecuencia de actos u

omisiones en el ejercicio de sus funciones siempre que estos se hayan efectuado con respeto de las disposiciones vigentes o en cumplimiento de órdenes de la autoridad competente y no haya colisión de intereses.

Las aguas regulatorias transcurren mansamente durante dos décadas en las que únicamente afrontan nuevas funciones con ocasión de la entrada en vigor del Decreto 59/1991, de 23 de julio, por el que se regula la tramitación administrativa en la ejecución de resoluciones judiciales, en las que el Gabinete Jurídico tiene un papel extraordinariamente relevante. E, igualmente, con la aprobación del Decreto 28/2001, de 20 de febrero, por el que se aprueban medidas de asistencia a las mujeres de Extremadura víctimas de la violencia cuyo artículo 3 que habilita al Gabinete Jurídico a personarse en las causas penales abiertas originadas por hechos calificados de malos tratos, si bien en tal cometido no sólo pueden intervenir los letrados institucionales sino también profesionales colegiados en ejercicio, en la forma establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Decreto 46/1989. La solución dada por este segundo Decreto ha sido estudiada entre nosotros por Serrano Hoyo⁵.

La sucesiva publicación del Decreto 136/2007, de 2 de julio que traslada la adscripción orgánica del Gabinete Jurídico a la Vicepresidencia Primera y Portavocía, y el Decreto 213/2008, de 24 de octubre, alterando la denominación tradicional de Gabinete Jurídico por la de Dirección General de los Servicios Jurídicos impone acometer una nueva regulación de tal órgano que se acomete por el Decreto 99/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura que en 46 artículos y un buen número de disposiciones complementarias de todo tipo contiene una regulación extensa y detallada, de las características de tal órgano, pretendiendo según se explicita tres objetivos.

5 Gregorio Serrano Hoyo, "Acerca de la acusación popular por parte de la Delegación del Gobierno para la violencia de género y de la Administración Autonómica en procesos por delitos de violencia de género", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, Nº 28 (2010), 163-183.

El primero persigue sistematizar de forma global la organización y funcionamiento de los Servicios Jurídicos, adecuando su actuación a los principios de legalidad, objetividad, diligencia, profesionalidad, imparcialidad y defensa de los derechos e intereses del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y de sus Organismos Públicos. El segundo objetivo consiste en reforzar los principios de inmediación y especialización en las tareas de asesoramiento jurídico, por lo que se encomienda una parte de la función consultiva a funcionarios del Cuerpo de Titulados Superiores con Licenciatura en Derecho, los cuales dependerán orgánicamente de las consejerías y funcionalmente de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, al objeto de garantizar la unidad de doctrina y la coordinación necesarias en el asesoramiento en Derecho a los distintos órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, especialmente informando asuntos sustancialmente idénticos a otros ya informados por los Servicios Jurídicos competencia que se atribuye al letrado general. Por último, el Decreto aborda una reorganización interna de los Servicios optimizando los recursos humanos disponibles.

Consecuencia de ello, el artículo 1 del reglamento contiene una definición amplia de los llamados servicios jurídicos, que comprende la Dirección General de los Servicios Jurídicos y las Asesorías Jurídicas de las Consejerías y, en su caso, las de los Organismos Públicos a ellas adscritos, y siguiendo su vis expansiva apuntada en el Decreto 46/1989 la dirección general extiende su competencia su competencia a la representación y defensa en juicio de las entidades y empresas públicas, sociedades mercantiles autonómicas participadas mayoritariamente por la Administración autonómica, así como de las fundaciones y de los consorcios en los que participe la Comunidad Autónoma, mediante la suscripción del oportuno convenio en el que se determinará la compensación económica a abonar a la Hacienda autonómica.

El Reglamento avanza en la estructuración del centro calificado como directivo a efectos administrativos, con un letrado general o director de los servicios jurídicos, tres áreas funcionales, la de lo contencioso, la de lo consultivo, y la de asistencia jurídica, está última creada recientemente por Decreto 7/2021, de 10 de febrero, por el que se modifica el Decreto 87/2019, de 2 de agosto, por el que se

establece la estructura orgánica básica de la Administración autonómica. Prevé, igualmente, la existencia de una junta de letrados configurada, sobre el papel, como un órgano colegiado de apoyo al Director General de los Servicios Jurídicos, cuya composición y competencias concretas depende de él.

En cuanto a los letrados se mantiene el régimen de dedicación exclusiva, con las mismas salvedades anteriores, pero se crean dos figuras funcionales nuevas las de los letrados delegados en Consejerías que son funcionarios integrados en la dirección general pero que desempeñan sus funciones en una consejería concreta y los letrados habilitados que son funcionarios de las Consejerías que con el título en derecho desempeñan además de sus funciones las propias de la dirección general.

La reglamentación es detallista en la delimitación de las funciones y cometidos de las Asesorías jurídicas departamentales de las propias de la Abogacía General, que siguiendo la normativa anterior distingue entre informes preceptivos y facultativos pero añade un nuevo tipo el informe discrepante que se genera cuando un Letrado sostuviera, en asunto que le hubiera sido consultado, un criterio discrepante con el mantenido por otro Letrado en relación con asuntos de análoga naturaleza, controversia que se resolverá por el Director General de los Servicios Jurídicos.

Y entre la miscelánea de funciones no contenciosas se regula la asistencia a mesas de contratación y otros órganos colegiados, las diligencias de bastantes, que en caso de denegarse podrá ser recurrido, y, en fin, la representación y defensa en procedimientos no judiciales, entre ellos toda clase de recursos administrativos, económico-administrativos, reclamaciones y requerimientos no judiciales en que la Comunidad Autónoma sea recurrente.

En materia contenciosa se mantienen las premisas anteriores con algunas precisiones, tanto en el ejercicio de acciones, allanamientos, transacciones y desistimientos. Se mantiene como en la obligación de los letrados de oponerse a las demandas contrarias, a interponer los recursos ordinarios contra las sentencias que les sean desfavorables, salvo que, a su juicio, fueran conformes a Derecho, en cuyo caso, previa propuesta razonada, deberán obtener

autorización del titular de la Consejería correspondiente para no formular que se entenderá otorgada por el transcurso del plazo de tres días desde el traslado de la propuesta razonada sin haberse recibido contestación expresa. En cambio, y esto es novedoso en nuestra regulación, los recursos extraordinarios sólo se interpondrán si por la Dirección General de los Servicios Jurídicos o el Jefe del Área Contenciosa se estima procedente o se inste por el órgano competente en la materia.

Se mantienen las tradicionales prerrogativas funcionales o si se quiere especialidades procesales que con carácter general se remiten a la regulación estatal de modo que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal se entenderán directamente con la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la sede oficial del respectivo centro directivo pudiéndose habilitar a empleados públicos concretos para la presentación de escritos y recepción de notificaciones ante toda clase de órganos jurisdiccionales, debiendo acreditarse debidamente. Se reitera la exención de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes.

Parca regulación atiende a la ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales pues a ello se dedica un solo artículo en contraposición con el Decreto 59/1991, ya referenciado, que salvo los artículos 4 y 5 expresamente derogados, continúa vigente.

Por el contrario, se acomete una regulación amplia de las tasaciones de costas por remisión a las normas vigentes en los Ilustres Colegios de Abogados de Cáceres y Badajoz, o del Colegio correspondiente si la actuación se hubiese en otra Comunidad Autónoma, incluyendo los importes correspondientes a las funciones de procuraduría. Pasivamente cuidarán los letrados de la corrección de las costas que le giren impugnado por indebidas o por excesivas las impertinentes.

Como ya hiciera la normativa anterior el Reglamento de 2009 atiende también, aunque con mayor detalle a la defensa y representación de altos cargos y empleados públicos de la Junta de Extremadura en procedimientos judiciales

por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos o puestos. Para ello se precisa que el interesado lo solicite que se vise por la Consejería u Organismo en que preste sus servicios, o del Consejo de Gobierno, si se tratara de alguno de sus miembros. Se prohíbe tal representación y defensa si existe conflicto de intereses con la Administración ni cuando se apreciare dolo, culpa o negligencia grave, o incumplimiento de orden de autoridad competente, ni si el interesado ha designado a su costa, su propia defensa letrada.

Y en fin esta defensa es compatible con la actuación del mismo letrado en defensa de los intereses generales que representa la administración.

De la exposición que antecede observamos que escasa regulación se contiene referente a el estatuto de los letrados pero en el Decreto 99/2009 aprobatorio del Reglamento introduce algunas en la disposición adicional primera que, sin perjuicio del nombramiento de funcionarios interinos, los puestos de Letrado vacantes podrán ser desempeñados provisionalmente, en comisión de servicios, por funcionarios de carrera del Cuerpo de Titulados Superiores que, con independencia de la especialidad, hayan accedido con el título de Licenciado en Derecho, pero que tal adscripción en ningún caso supondrá la adquisición de derechos de integración orgánica.

No hay otra innovación hasta la publicación del Decreto 260/2011, de 14 de octubre, por el que se modifica el Decreto 99/2009, de 8 de mayo, modificación por otra parte muy puntual pues se limita a alterar parcialmente el del artículo 24 del Decreto 99/2009, de 8 de mayo, estableciendo, como novedad, el informe preceptivo de las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles y laborales contra la Administración, y de las propuestas de resolución que, en expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración, hayan de ser resueltas por el Consejo de Gobierno.

Y en esto llegó la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura, que efectivamente suprime el citado órgano previsto en el artículo 45 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, y atribuye gran parte de sus competencias tanto consultivas como de tribunal de recursos contractuales a la

Comisión Jurídica de Extremadura como órgano asesor integrado en la Abogacía General.

No es cuestión de detenernos si la referida Comisión cumple con los parámetros constitucionales de independencia que reclaman para el ejercicio de sus funciones los altos cuerpos consultivos ni tampoco si una ley autonómica puede afectar a la existencia de una institución con relevancia estatutaria, lo cierto es que tal supresión supuso la necesidad de regular el funcionamiento de la referida Comisión que se articuló como un nuevo título, el IV, al reglamento aprobado por el Decreto 99/2009 que se vehículo por el Decreto 3/2016, de 12 de enero, por el que se modifica el Decreto 99/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura y el Decreto 261/2015, de 7 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, y que en gran parte está vigente en lo que no contradiga las disposiciones de la ley 2/2021, citada, y a la espera de su desarrollo reglamentario (disposición derogatoria, ap. 3)

Con todo, la Ley 19/2015, citada estableció dos precisiones sobre el personal del extinto Consejo, la primera la integración de este en la función pública de la Junta de Extremadura, la segunda la creación del Cuerpo de Administración Especial del Grupo A1 en la función pública de la Junta de Extremadura de modo que los letrados de aquel Consejo se integraban en el nuevo Cuerpo adscribiéndose a la Abogacía General de la Junta de Extremadura.

Precisamente, el artículo 12 de la ley 2/2021 establece la creación del Cuerpo Superior de Letrados de la Junta de Extremadura como cuerpo Especial del Grupo A, Subgrupo 1, a la vez que se suprime el Cuerpo de Administración Especial del grupo A, subgrupo 1, creado por la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, y la especialidad de Letrados del Cuerpo de Titulados Superiores grupo A, subgrupo 1, de la Junta de Extremadura, integrándose el personal funcionario de la especialidad y del cuerpo especial en el nuevo cuerpo.

3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA NORMA

Expuestos los antecedentes de la Ley 2/2021 toca ahora analizar la motivación y sistemática de la norma.

La afirmación de la exposición de motivos de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, acerca del importante incremento de la litigiosidad en que se ve involucrado el Estado, debido a la proclamación constitucional del sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho⁶ y de universalidad del control jurisdiccional de la actividad administrativa⁷ y al avance de la conciencia ciudadana sobre los instrumentos jurídicos de tutela de los derechos y libertades, es plenamente trasladable a las Comunidades Autónomas. Y así se refleja en la exposición de motivos de la Ley 2/2021.

Queda constatada, en definitiva, una creciente necesidad de dotar a la Administración de los recursos humanos y procesales adecuados para hacer valer sus derechos y para defender el interés general cuya tutela tiene encomendada. Recursos que coadyuvan también a garantizar el pleno sometimiento de la Administración pública al Derecho, sin perder la eficacia en su actuación.

Se erige así la Abogacía en garante de la tutela eficaz de los intereses públicos y, cuando esa actuación es cuestionada ante los tribunales, en defensora de los derechos de la Junta de Extremadura ante otros poderes y en las relaciones con los ciudadanos.

De manera que, más allá de la vinculación a la competencia para la creación, organización, régimen jurídico y funcionamiento de sus instituciones, así como la organización de su propia Administración, el servicio jurídico autonómico -la

6 Artículo 103 de la Constitución: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

7 Artículo 106 de la Constitución: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

regulación de la Abogacía General de la Junta de Extremadura- entronca con la realización de principios constitucionales esenciales⁸.

La relevancia de estas funciones requiere el establecimiento de especialidades que garanticen su cumplimiento y la regulación del Cuerpo al que deben pertenecer los letrados de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a quienes se encomiendan tanto las funciones de asesoría jurídica como las de representación y defensa en juicio de la Junta de Extremadura y sus organismos públicos dependientes, bajo la dirección y coordinación jurídicas del Letrado General.

Aunque no todas estas ideas han sido explicitadas en la exposición de motivos de la norma, lo cierto que es están presentes en sus preceptos, como trataremos de ir desgranando en estas notas.

El anclaje competencial para el dictado de la norma se residencia en el artículo 9.1.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, que atribuye a ésta la competencia exclusiva para la creación, organización, régimen jurídico y funcionamiento de sus instituciones, así como la organización de su propia Administración. Pero también encuentra sostén competencial en el artículo 10.1.1 del Estatuto, que reconoce competencia en materia de “*Régimen jurídico de sus Administraciones públicas...*”, como se pone de manifiesto en el Proyecto de Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, de su Cuerpo de Letrados y de la Comisión Jurídica de Extremadura, de inminente aprobación.

En concreto, para establecer esta organización en relación con la previsión del artículo 551.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que atribuye, con carácter ordinario, a los letrados de la administración autonómica la defensa y representación en juicio.

8 “...la configuración de los instrumentos normativos, institucionales y personales susceptibles de garantizar que la sujeción de la actuación estatal al Derecho se vea correspondida con una eficaz tutela de sus intereses cuando tal actuación es cuestionada ante los Tribunales, se convierte en requisito ineludible para el correcto funcionamiento de toda Administración pública que pretenda responder a los requerimientos jurídicos y sociales de nuestra época” (Exposición de motivos de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre).

Hay también otros ámbitos normativos afectados por la norma, como son función pública, contratación, Comisión Jurídica, etc. todo ello en la medida en que dicha regulación es necesaria para configurar adecuadamente las funciones que debe ejercer la Abogacía General.

La motivación concreta de su promulgación gira en torno a “una necesidad imperiosa de adaptación del funcionamiento de la Abogacía General a los nuevos parámetros de agilidad procesal y comunicaciones telemáticas introducidas por las últimas reformas legislativas, ...”, de una parte.

Por otro, se declara la necesidad de mejorar la estructura y funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura para llevar a un estadio óptimo de eficacia las labores de asesoramiento jurídico y de representación y defensa en juicio de aquélla. Y ello, como garantía del sometimiento de la actuación de la Administración al derecho y de la adecuada defensa jurisdiccional de ésta.

En línea con esta última idea, se conforma el Cuerpo Superior de Letrados de la Comunidad Autónoma, cuyo origen es el Cuerpo de Letrados del Consejo Consultivo de Extremadura, que se integraron en la Abogacía General como Cuerpo de Administración Especial del Grupo A1 mediante Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura.

La estructura de la norma se articula en torno a dos títulos⁹, cuyas rúbricas parecen apuntar a los dos grandes ámbitos competenciales de la Abogacía General: “De la asistencia jurídica a la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura” y “Normas específicas sobre la representación y defensa en juicio de la Junta de Extremadura”. Pero, en realidad, en el Título I se recogen diversas normas generales para ambos ámbitos de actuación (contencioso y consultivo).

El último título integra un precepto dedicado al Cuerpo de Letrados, que, desde el punto de vista sistemático, bien pudiera haberse separado en una

9 Desde el punto de vista de la técnica normativa, dado el escaso número de artículos y la poca complicada estructuración del contenido, hubiera bastado quizá con agruparlos en capítulos.

división -capítulo- distinto, pues no regula un contenido propio de la función contenciosa, sino común a ambas áreas¹⁰.

En el Título I se agrupan los cuatro primeros artículos. Contienen normas que regulan cuestiones generales de las funciones que tiene asignada la Abogacía. Por una parte, bajo una rúbrica que entendemos poco acertada (potestad de la Junta de Extremadura ante la Justicia) se atribuye a aquélla la representación y defensa del interés general, invocando la aplicación supletoria de la legislación reguladora de los Servicios Jurídicos del Estado.

Se definen en sus aspectos esenciales las dos principales funciones que tiene encomendadas la Abogacía; la representación y defensa en juicio de la Administración de la Junta de Extremadura (vale decir función contenciosa) y el asesoramiento jurídico (función consultiva). Y se añade alguna puntualización interesante con relación a una función novedosa: la mediación en el seno de la Administración.

Dentro de este bloque se atribuye la dirección de la Abogacía General de la Junta de Extremadura al Letrado General. Así mismo, se establecen determinadas obligaciones en relación con la transparencia y buen gobierno de la Abogacía en el ejercicio de sus funciones.

El Título segundo reúne los preceptos que regulan las particularidades relativas a la representación y defensa en juicio de la Junta de Extremadura. En concreto, las condiciones para el ejercicio de acciones y para la disposición de la acción procesal, que introduce una novedad sobre la que necesariamente habremos de detenernos más adelante, para la defensa del personal al servicio de la Administración, de una parte. De otra, las prerrogativas procesales de la Administración, en su actuación ante los órganos jurisdiccionales, respecto a actos de comunicación procesal, fuero territorial de la Junta de Extremadura en procesos civiles y costas.

10 No existe en la norma referencia alguna al área de asistencia letrada, que fue creada con posterioridad a su entrada en vigor. Sí será regulada en el citado Proyecto de reglamento.

Como mecanismo imprescindible para el desarrollo de esta función contenciosa, se positiviza el deber específico de colaboración que todos órganos y autoridades de la Administración de la Comunidad de Extremadura están obligados a prestar a los letrados de la Abogacía General para la mejor defensa en juicio de los intereses de la Administración. Y, para instrumentar esa colaboración, se otorga preferencia a las comunicaciones electrónicas.

Se dedica un artículo de este título, ya lo hemos apuntado, a la regulación del Cuerpo Superior de Letrados de la Junta de Extremadura, el procedimiento de ingreso y el sistema de provisión de puestos singularizados.

Cuenta, de otro lado, con dos disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. Destaca, por su extensión e importancia, la Disposición adicional primera, dedicada a la Comisión Jurídica, órgano que ya había sido integrado en la Abogacía General por la Ley 19/2015. En esta disposición se regula el régimen jurídico básico de este órgano, lo que incluye la delimitación de competencias y su estructura.

La segunda disposición adicional regula el régimen de asistencia en sede judicial a otros entes públicos distintos de los enunciados en el artículo primero.

Las dos disposiciones transitorias contienen normas en materia de función pública, respecto de los nombramientos de funcionarios interinos y funcionarios adscritos, y respecto del acceso al cuerpo de letrados.

La Disposición derogatoria única afecta expresamente a la Ley 8/1985, de 26 de noviembre, de Comparecencia en Juicio y a la Disposición adicional primera de la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura (en lo atinente a la Comisión Jurídica de Extremadura). Se mantiene vigente, de manera coherente, el Decreto 99/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Abogacía General de la Junta de Extremadura en lo que no contradiga esta ley.

En la Disposición final primera, bajo la rúbrica *Habilitación normativa y desarrollo reglamentario* se contienen tres reglas jurídicas que bien

pudiéramos considerar innecesarias y, respecto de dos de ellas, incongruentes con la intitulación. Se autoriza al Consejo de Gobierno para dictar normas reglamentarias de desarrollo, algo para lo que éste no necesita habilitación normativa, pues el artículo 32.1.a] del Estatuto de Autonomía atribuye al Gobierno de Extremadura aquella potestad.

Sí tiene interés, aunque no encuentre acomodo sistemático adecuado en una disposición sobre habilitación normativa, la previsión de aplicación supletoria de la legislación del Estado relativa a sus servicios jurídicos. Supletoriedad que la Ley 52/1997, ya citada, no extiende a todo su contenido, como más adelante veremos.

Tampoco necesita habilitación la persona titular de la Consejería a la que se encuentre adscrita la Abogacía para dictar actos administrativos necesarios para la aplicación de la ley (no solo del artículo 12 como reza el apartado segundo). Ni se trata tampoco de una habilitación normativa, pues la convocatoria de procesos selectivos no tiene naturaleza de disposición general.

Y no casa tampoco con la rúbrica el apartado tercero de esta disposición, en tanto que se refiere a la publicidad de la relación de letrados habilitados para intervenir ante los juzgados y tribunales en representación y defensa de la Junta de Extremadura, así como los sistemas de acreditación y de notificación.

Se trata, en definitiva, de una norma con rango de ley que trata de integrar todos los aspectos que atañen al servicio jurídico que tiene encomendado la defensa en juicio de la Administración y el alto asesoramiento jurídico de la misma. Para ello articula normas organizativas básicas a fin de posibilitar la prestación de esa asistencia, que completará con el necesario reglamento de desarrollo de esta Ley. Entre otras, la creación del Cuerpo al que deben pertenecer los letrados de la Junta de Extremadura, a los que se encomiendan las funciones de asesoramiento en derecho y la representación y defensa de la institución.

4. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA EN JUICIO DE LA ADMINISTRACIÓN

4.1. ESPECIALIDADES PROCESALES

La primera prevención que adopta la ley es la remisión a la legislación reguladora de la asistencia jurídica al Estado en relación con las prerrogativas con las que comparecen en juicio. Aunque no era necesaria esta mención, puesto que la propia Ley 52/1997 prevé la aplicación supletoria de los artículos 11, 12, 13.1, 14 y 15 a las Comunidades Autónomas (Disposición adicional 4^a)¹¹, se refuerza con ello la interpretación de que es intención del legislador que la posición de los letrados de la Comunidad Autónoma de Extremadura ante los órganos judiciales sea igual que la de los servicios jurídicos del Estado.

También deriva esta consecuencia de lo dispuesto en el artículo 38.1.g] de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura:

“En el ejercicio de sus competencias, la Administración de la Comunidad Autónoma dispondrá de las mismas potestades y facultades que la del Estado. Entre otras, comprenderá:

[...] g) La comparecencia en juicio en los mismos términos que la Administración del Estado.”

Y, si comparamos los preceptos citados de la Ley 52/1997 con los artículos 5.3, 8, 9 y 10 de la Ley 2/2021 que analizamos, comprobaremos que la coincidencia es casi exacta¹².

11 Dice así la Disposición adicional 4^a:

1. Los artículos 11, 12, 13.1, 14 y 15 se dictan al amparo de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.6.a de la Constitución, en materia de legislación procesal.

2. Las reglas contenidas en dichos artículos serán de aplicación a las Comunidades Autónomas y entidades públicas dependientes de ellas.

3. En cuanto a lo dispuesto en el artículo 15, cuando sean parte en el procedimiento las Comunidades Autónomas y entidades de Derecho público dependientes de las mismas, serán también competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en la capital de la Comunidad Autónoma en el caso de que la misma no sea capital de provincia.”

12 No se recoge con la misma amplitud la posibilidad de utilizar la vía de apremio administrativo en la recaudación de las costas a que fuere condenada la parte -particulares- que actúe en el proceso en contra de la Junta de Extremadura, que en la ley extremeña se circunscribe a la jurisdicción

De entrada, la igualdad de las partes en un proceso judicial se revela como un principio esencial, como concreción en este ámbito del principio de igualdad¹³, que conlleva la igualdad de armas para defender sus posiciones¹⁴ y está íntimamente vinculado al principio de contradicción¹⁵.

No significa este principio, empero, que las partes sean iguales ni que en todo momento exista una identidad total entre sus facultades¹⁶. Porque, en realidad, el Tribunal Constitucional ha vinculado el principio referido con el artículo 24 de la Constitución, de manera que el debate ha de girar sobre la concesión a las partes de iguales oportunidades de defender sus intereses. Así lo ha sostenido, por ejemplo, en Sentencia 125/1995, de 24 de julio (ponente Tomás S. Vives Antón), FJ 2º, con la siguiente argumentación¹⁷:

“(...) el art. 14 C.E. ampara en efecto la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley, pero no se extiende directamente a la igualdad de las partes dentro del proceso. La necesidad de que ambas partes concurren al proceso en régimen de igualdad, con igualdad de armas y medios procesales y con posibilidad de contradicción, constituye una garantía que integra el propio art. 24 C.E., en cuanto que, interpretado a la luz del art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del art. 14 del Pacto de Nueva York, del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del propio art. 14 C.E., reconoce el derecho a un proceso informado por el principio de igualdad entre las partes (SSTC 4/1982, 114/1989, 180/1991, entre otras)”.

contencioso-administrativa. Nada se opondrá, en nuestra opinión, a que el desarrollo reglamentario de la Ley 2/2021 incluya en esta previsión para el resto de las jurisdicciones, en la medida en que la aplicación supletoria de la Ley 52/1997 permite tal posibilidad de aplicación del procedimiento de apremio en cualquier orden jurisdiccional.

13 Javier Espinal Manzanares, “Las especialidades procesales de la Administración”, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N.º. Extra 1, (2005), 152.

14 Andrés De la Oliva Santos, Miguel Ángel Fernández y Miguel Ángel Fernández López, *Derecho procesal civil*, (Centro de Estudios Ramón Areces, 1996).

15 Vicente Gimeno Sendra et al., *Derecho Procesal Administrativo*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 1993), 183. También se da por sobreentendida esta vinculación en las Sentencias del Tribunal Constitucional 191/1987, de 1 de diciembre, 72/1982, de 7 de junio y 93/1984, de 16 de octubre; entre otras.

16 Lucía Casado Casado, “La igualdad de armas en el proceso contencioso-administrativo: ¿realidad efectiva o desiderátum?”, *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º. 55 (2020).

17 En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en Sentencias 155/1988, de 22 de julio; 245/1988, de 19 de noviembre y 226/1988, de 28 de noviembre.

Por ello, es posible que existan situaciones de desigualdad procesal, siempre que exista una justificación suficiente, en relación con la finalidad y efectos de la medida en cuestión¹⁸. Resulta clarificadora la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1994, de 5 de mayo:

“centrada así la cuestión, conviene recordar que, según este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar, el principio de igualdad, que vincula al legislador, no impide que éste establezca diferencias de trato, siempre que encuentren una justificación objetiva y razonable, valorada en atención a las finalidades que se persiguen por la ley y a la adecuación de medios a fines entre aquéllas y éstas”.

Y añade el Tribunal Constitucional que estos “privilegios procesales” no han de resultar desproporcionados o suponer un sacrificio excesivo para la otra parte¹⁹.

Fuera de estos límites, la diferencia de trato en el proceso está prohibida en aplicación del artículo 24 de la Constitución. De ahí que las normas que contemplan especialidades procesales, prerrogativas si así se prefiere, para la Administración dedican cierta atención a la motivación de las razones que llevan a su reconocimiento.

En palabras del propio legislador autonómico, la justificación de estas prerrogativas se encuentra en el interés general que los letrados de la Comunidad Autónoma de Extremadura defienden:

“La Junta de Extremadura y sus organismos públicos dependientes comparecen en juicio en el ejercicio de sus competencias de defensa del interés general en los mismos términos que la Administración del Estado, atendiendo a lo dispuesto en la normativa reguladora de la asistencia jurídica al Estado, y gozando de iguales facultades procesales, en virtud de lo prevenido en el artículo 38.g) y f) del Estatuto de Autonomía” (artículo primero).

18 Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio (ponente Gloria Begué Cantón), FJ 3º.

19 Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1994, de 17 de marzo.

Ciertamente, la eficacia en la tutela de los intereses públicos y su relevancia o importancia suele señalarse como motivación de esas especialidades. Esa es la primera de las justificaciones que la Ley del Servicio Jurídico del Estado ofrece en su exposición de motivos:

“La relevancia constitucional y la importancia de los fines e intereses a que sirve la Administración pública, la complejidad organizativa y estructural que, en función de aquellos fines, asume el Estado en nuestros días, así como las estrictas pautas de actuación que el ordenamiento impone a las Administraciones públicas en garantía de la correcta satisfacción de los intereses generales, determinan un peculiar «status» funcional y organizativo del Estado de cuya sustancia no participan las personas y organizaciones de índole privada.”

Ha tenido eco esta justificación en la doctrina del Tribunal Constitucional. En este sentido, razona en el Auto 324/1993, de 26 de octubre que:

“Asimismo, no hay desigualdad discriminatoria alguna en la ley porque la misma contemple situaciones de hecho que son distintas, según un criterio de diferenciación fundado en una razón objetiva, como es el carácter público de los organismos y entes contemplados en el precepto cuestionado y el interés público a que estos atienden y les ofrezca regulaciones jurídicas consecuentemente diversas; y no es una medida exenta de razonabilidad que las Comunidades Autónomas y sus entidades de derecho público litiguen donde previsiblemente tengan su sede sus servicios jurídicos, en la capital de aquélla, por el interés público en su mejor operatividad y eficacia que así se preserva; todo lo cual es una medida que tampoco parece suponer una carga excesiva o un desproporcionado sacrificio para la parte contraria en el proceso...”

También se enuncia en la Ley 52/1997 otro motivo, cual es la complejidad organizativa y estructural.

Ambos motivos, que son trasladables directamente a las Comunidades Autónomas, han sido enunciados también por la doctrina²⁰ como justificación

20 Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “La defensa en derecho de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, N° 121 (1990), 7-52.

objetiva de la previsión de una posición especial de la Administración Pública ante el proceso.

Ahora bien, la existencia de un fundamento objetivo que razonablemente justifica la consagración de determinadas especialidades que desplazan el régimen procesal común cuando la Comunidad Autónoma es parte en un proceso, no pueden suponer el desprecio de las exigencias derivadas de los principios constitucionales de igualdad y tutela judicial efectiva (artículos 14 y 24 de la Constitución). Por ello, las especialidades procesales de la Comunidad Autónoma no pueden resultar atentadoras a los mencionados principios, ni suponer cargas desproporcionadas o irrazonables para la contraparte.

La primera especialidad procesal que contempla la Ley 2/2021 (artículo 5.3) es la exención de constituir de depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantías previstos en las leyes ante los juzgados y tribunales de cualquier jurisdicción y ante los organismos públicos toda clase, en coincidencia con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 52/1997. La identidad entre ambos preceptos es prácticamente total. Desde luego ello es evidente respecto del alcance material de la prerrogativa.

En cuanto al ámbito subjetivo, la ley estatal resulta más precisa: Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos. Aunque el precepto autonómico menciona exclusivamente y de manera genérica a la Administración de la Comunidad Autónoma, debemos referir la norma también a los organismos públicos dependientes. Y también, cuando se asuma su defensa y representación, los restantes entes públicos no referidos en el artículo 1, entes consorciados, fundaciones públicas, o instituciones afines de la Administración de la Comunidad Autónoma.

En realidad, esta regulación no es más que el desarrollo de la previsión contenida en el artículo 38.d] del Estatuto de Autonomía de Extremadura:

“En el ejercicio de sus competencias, la Administración de la Comunidad Autónoma dispondrá de las mismas potestades y facultades que la del Estado. Entre

otras, comprenderá: (...) f) La exención de la obligación de prestar toda clase de cauciones o garantías ante los juzgados y tribunales de cualquier jurisdicción y ante los organismos públicos.”

El fundamento de esta especialidad se ha buscado en la solvencia de las Administraciones Públicas para hacer frente a los pronunciamientos judiciales de condena²¹. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha matizado esta interpretación:

“Por otro lado, no es de aceptación el argumento de que la solvencia de los Organismos públicos estatales hacen innecesaria la previsión legal del depósito, en la medida en que satisface la finalidad de garantizar la ejecución de la Sentencia condenatoria a que responde dicha previsión legal, pues tal finalidad no es simplemente la de garantizar la ejecución de la Sentencia, sino más propiamente la de asegurar su «inmediata» ejecución y ello solamente se obtiene con la constitución previa del depósito de la cantidad objeto de la condena,...²²”

También se ha encontrado justificación para esta medida en el régimen presupuestario a que está sometida la Administración, que impide disponer de dinero en los breves plazos previstos en las leyes procesales²³.

Sea como fuere, la validez de dicha previsión legal ha sido declarada expresamente por el Tribunal Constitucional:

la inclusión o la exclusión del Estado entre los destinatarios de determinadas cargas procesales, como son las consignaciones o los ingresos previos a la sustanciación de los recursos interpuestos, es una medida constitucionalmente legítima, pero constitucionalmente neutra». Por ello, «si el legislador establece la exoneración, nada en principio parece oponerse a tal decisión, y lo mismo ha de decirse si lo incluye entre los destinatarios de la carga”²⁴.

21 Alejandra Boto Álvarez, “La exención de garantías procesales como privilegio de la Administración: El nuevo depósito para recurrir en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 37 (2010), 243. En el mismo sentido Espinal Manzanares, Javier. “Las especialidades procesales...”, 159.

22 Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1989, de 5 de junio.

23 Boto Álvarez, Alejandra. “La exención de garantías procesales...”, 243.

24 Sentencia del Tribunal Constitucional -Sala 1ª- de 12 de abril de 1988; ponente Díaz Eimil.

En este mismo sentido, el Alto Tribunal ha sostenido en sentencia 64/1988, de 22 de abril, fundamento jurídico segundo, que

“la inclusión o la exclusión del Estado entre los destinatarios de determinadas cargas procesales, como son las consignaciones o los ingresos previos a la sustanciación de los recursos interpuestos, es una medida constitucionalmente legítima, pero constitucionalmente neutra”²⁵.

Si bien tiene también establecido que la exoneración de esta carga requiere un precepto legal que expresamente la establezca²⁶.

En segundo lugar, el artículo 8 de la Ley 2/2021 dispone que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal se entenderán directamente con los letrados de la Junta de Extremadura en las sedes oficiales y cuentas de correo electrónico acreditadas a tal efecto de la Abogacía General en todos los procesos en que sea parte la Junta de Extremadura y sus organismos públicos dependientes –coincide aquí el ámbito subjetivo con el definido en el artículo primero de la ley, de modo que no cabe duda de su aplicación a la Administración institucional–. Y se precisa aún más en el apartado segundo:

“Cuando los entes públicos, entes consorciados fundaciones públicas o instituciones afines de la Administración de la Comunidad Autónoma sean, en virtud del oportuno convenio, representados y defendidos por los letrados de la Junta de Extremadura se aplicará igualmente lo dispuesto en el apartado anterior”²⁷.

Dentro del concepto sedes oficiales debemos entender incluidos los buzones electrónicos de la plataforma LexNET, en tanto que el artículo 5 del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia

²⁵ En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias 3/1983, de 25 de enero, y 65/1983, 21 de julio.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1989, de 5 de junio.

²⁷ En realidad, esta previsión ha de entenderse aplicable a todas las especialidades procesales reguladas En el Título I de la Ley.

y por el que se regula el sistema LexNET, impone a los letrados de la Administración ha utilizar tal medio para la presentación de escritos procesales:

“Todos los Abogados, Procuradores, Graduados Sociales, Abogados del Estado, Letrados de las Cortes Generales, de las Asambleas Legislativas y del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, de las demás Administraciones Públicas, de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales, así como los Colegios de Procuradores y administradores concursales tienen la obligación de utilizar los sistemas electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos y documentos y para la recepción de actos de comunicación”.

La Ley 52/1997 excepciona la aplicación de esta prerrogativa en los supuestos en que las leyes procesales o las normas internas de los órganos constitucionales dispongan otra cosa. La ley extremeña no prevé excepción alguna, pero es indudable que serán de aplicación, dada la competencia estatal en materia de legislación procesal (artículo 149.1.6^a de la Constitución).

La consecuencia de apartarse de la regla sobre comunicaciones y notificaciones procesales del artículo 8 es la nulidad de la notificación, citación o comunicación procesal (apartado tercero). Guarda relación esta previsión con lo dispuesto en el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que declara que serán nulos los actos procesales cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión²⁸. Así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional:

“...es doctrina reiterada de este Tribunal [por todas valga la cita al efecto de la STC 90/2003, de 19 de mayo (RTC 2003, 90)] que, para entablar y proseguir los procesos con plena observancia del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión [art. 24.1 de la CE (RCL 1978, 2836)], resulta exigible una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal, y para ello es un instrumento capital el régimen procesal de emplazamientos, citaciones y notificaciones a las partes de los distintos actos procesales que tienen lugar en el seno

28 Vid. también el artículo 225.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

de un procedimiento judicial, habida cuenta de que sólo así cabe garantizar los indisponibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes en litigio [SSTC 26/1999, de 8 de marzo (RTC 1999, 26), F. 6; 65/2000, de 13 de marzo (RTC 2000, 65), F. 3; 145/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 145), F. 2; y 268/2000, de 13 de noviembre (RTC 2000, 268), F. 4]²⁹.

Sanción que es aplicada por los tribunales cuando las notificaciones se practican en la sede la Administración demandada y no en la sede de los respectivos servicios jurídicos de las Comunidades Autónomas. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 octubre 2015 (Sala de lo Social, Sección 1ª - ECLI:ECLI:ES:TS:2015:4994-, dictada en Recurso de casación para la unificación de doctrina 271/2014, ponente Excm. Sra. Mª Lourdes Arastey Sahún), con cita expresa del artículo 11 de la Ley 52/1997 y de la normativa de la comunidad autónoma allí demandada, declaró la nulidad de actuaciones porque las notificaciones se habían practicado en la sede de la consejería demandada y no en la sede de los servicios jurídicos:

“Pues, bien, como indica el Ministerio Fiscal en su informe, la falta de notificación y citación directa en la sede oficial de la Dirección de los Servicios Jurídico vicia los actos de comunicación efectuados por el órgano judicial de instancia, sin que quepa entender subsanado el defecto por la remisión de tales comunicaciones a la sede del SESCOAM, al no constar que en tal dirección se encuentre ubicada la sede oficial de los citados Servicios jurídicos de la Comunidad Autónoma con quienes debían entenderse todos los trámites del proceso.

El órgano de instancia debió de cuidar de la recepción correcta de tales comunicaciones, como sí hizo con la notificación de la sentencia. No constando, pues, la efectiva noticia de la citación a juicio, debe decretarse la nulidad de todo lo actuado desde el señalamiento, al haberse producido una evidente merma para el derecho de defensa de la parte ahora recurrente”³⁰.

29 Sentencia del Tribunal Constitucional 162/2004, de 4 de octubre.

30 Son numerosos los pronunciamientos de órganos jurisdiccionales menores. Por todas, podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3.ª, de 17 de abril de 2002, según la cual, «en consecuencia, conjugando uno y otro precepto, es evidente que si el mencionado

Justifica el Tribunal Supremo esta especialidad procesal para la Administración en la complejidad organizativa de ésta: "...dada la complejidad de los Organismos estatales, es punto menos que imprescindible para asegurar la efectividad de su defensa"³¹.

En la doctrina apunta también a esta justificación Gutiérrez Delgado, para quien la finalidad de la prerrogativa es evitar la dispersión de las notificaciones perjudique los derechos legítimos de la Administración³².

El precepto autonómico ofrece pues cobertura legal a la especialidad procesal a que nos estamos refiriendo con relación a la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, como exige la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (por todas STC 99/1989, de 5 de junio).

Respecto a las costas procesales, el artículo 24 de la LJCA se limita a realizar una remisión a la legislación específica del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de representación y defensa de las Administraciones públicas, más allá de lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dentro de la competencia autonómica, la Ley 2/2021 regula determinadas reglas especiales en materia de costas de manera bastante parecida a la contenida en la Ley 52/1997, si bien encontramos dos diferencias que no son de mero matiz.

El artículo 10 no contiene especialidades en cuanto a la condena en costas en los procesos en que la Administración autonómica es parte. La tasación se regirá por las normas generales sobre conceptos y cuantía. Pero es importante que reconozca expresamente la pertinencia de girar las costas por parte de la Administración en los casos en que los órganos judiciales las impongan a quien litigue frente a aquélla. Porque no han faltado -de hecho, aún aparece alguna

Consortio de Compensación está representado por el Abogado del Estado, y éste ha de ser citado en la sede oficial de la respectiva Abogacía del Estado, era en esta sede donde hubo de practicarse la diligencia referida, por lo que, de conformidad con el apartado tercero del mencionado artículo 11 de la Ley de Asistencia Jurídica del Estado, la mencionada diligencia de requerimiento de pago, embargo y citación de remate, efectuada en Málaga, que determinó la personación del citado Consorcio fuera del plazo previsto para poder oponerse a la demanda ejecutiva, y por tanto, le causó indefensión, es nula; de conformidad también con artículos 238.3 y 240.1 de la LOPJ».

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1990.

³² José Manuel Gutiérrez Delgado, "La Administración Pública en el proceso civil. Peculiaridades", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Nº 1884-1885, (2001), 20.

impugnación en este sentido- planteamientos que sostienen que la Administración no puede ser acreedora de costas procesales, dado que los letrados mantienen una relación funcional con la misma.

No obstante, el tema es pacífico en la jurisprudencia. El Tribunal Supremo ha mantenido reiteradamente la procedencia de la inclusión de la minuta formulada por los letrados públicos en la tasación de costas³³.

Pero hay un aspecto que genera cierto debate en sede judicial. Nos referimos a los gastos de representación, puesto que el artículo 2.1 de la Ley 2/2021 atribuye a los letrados de la Junta de Extremadura la doble condición de abogado y representante (procurador) de aquélla. Se discute si los letrados públicos pueden, en base a esta previsión normativa, incluir en su minuta el concepto relativo a los gastos de representación.

La LOPJ prevé que el defensor de la Administración puede asumir también su representación, con independencia del órgano judicial ante el que vaya a actuar. Aunque nada impide que pueda ser representada por procurador externo. Es decir, las especialidades procesales en favor de la Administración no significan que esté vedada la comparecencia por medio de procurador, sino que puede para prescindirse de ella³⁴.

Como consecuencia de ello, la tasación de costas del letrado de la Administración ha de incluir las partidas de representación, con independencia de que sea el letrado de la Administración o un procurador quien haya asumido la representación. Comparecer representado por procurador es un derecho procesal de toda parte litigante, así es que sus derechos arancelarios no se consideran un gasto superfluo.

A nuestro entender, abunda en esta interpretación la modificación introducida en el artículo 13 de la Ley 52/1997 a través de la Disposición final cuarta de

33 Por todas, podemos citar la Sentencia de 16 de marzo de 1994 (RJ 1994, 5223).

34 Alejandra Boto Álvarez, "La representación de la Administración tras la Ley 3/2017: apertura de mercado para la procura", *Revista Vasca de Administración Pública - Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, N^o 114 (2019), 341.

la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017. La redacción precedente establecía que la minuta de honorarios incluiría «en su caso» los gastos de representación.

Sin embargo, tras la reforma de 2017 se ha introducido la expresión «en todo caso». Además, la nueva redacción del precepto también incluye expresamente en la identificación inicial del sujeto al que hace referencia el artículo la consideración de las funciones de representación procesal: «las personas representadas y defendidas por el Abogado del Estado». Por lo que debemos entender que la minuta de los letrados de la Administración de Justicia ha de incluir siempre los conceptos e intereses correspondientes a funciones de procuraduría.

En segundo lugar, los apartados 2 y 4 remiten al régimen presupuestario correspondiente la gestión de las costas ingresadas y de las costas que ha de abonar la Administración cuando resulta condenada. El plazo establecido para este ingreso es de dos meses. La previsión es oportuna por cuanto los apartados segundo y tercero del artículo 13 de la Ley 52/1997 no son de aplicación, por razones competenciales, a las Comunidades Autónomas³⁵.

Finalmente, el apartado tercero establece que para el cobro de las costas impuestas a particulares se seguirá el procedimiento de apremio administrativo cuando no sean ingresadas en periodo voluntario. Llama poderosamente la atención que dicha previsión se circunscriba exclusivamente al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Empero, el artículo 13 de la Ley 52/1997 prevé con mayor amplitud que:

“Firme la tasación de costas, las Delegaciones de Economía y Hacienda recaudarán las cantidades correspondientes según el procedimiento de recaudación a través de entidad colaboradora regulado en el Reglamento General de Recaudación. En defecto de pago en período voluntario, se utilizará el procedimiento administrativo de apremio conforme a lo previsto en el Reglamento General de Recaudación.”

35 Apartado primero de la Disposición Adicional 4ª de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Instituciones Públicas.

Nada obsta a la aplicación del apremio administrativo en cualquier jurisdicción ante el impago en el periodo voluntario de las costas impuestas a los particulares que litigan frente a la Administración. Y nada impide, en nuestra opinión, que en el desarrollo reglamentario de la ley extremeña se prevea expresamente, dado que la norma estatal, de aplicación supletoria, ofrece cobertura legal suficiente.

También el artículo 9 de la Ley 2/2021 sigue el esquema de la legislación estatal, respecto del establecimiento de un fuero territorial específico (capital autonómica y capitales de provincia) para los procesos civiles en los que sea parte la Junta de Extremadura o sus Organismos públicos, con la excepción de los juicios universales y los posesorios. Se declara además la preferencia de esta norma sobre cualquier otra sobre competencia territorial.

El Tribunal Constitucional ha confirmado la validez de esta prerrogativa procesal. Así, en Auto núm. 324/1993, de 26 octubre, afirmó que:

“una jurisprudencia constitucional muy reiterada y que debe ya resultar notoria que la atribución por Ley de competencia para conocer de un asunto a uno u otro órgano de la jurisdicción ordinaria, no lesiona los derechos fundamentales recogidos en el art. 24 de la Constitución (STC 43/1985 [RTC 1985\43], fundamento jurídico 1.º), a diferencia de lo que, en cambio, ocurriría si se atribuyese irrazonada o irrazonablemente a una jurisdicción especial (STC 111/1984 [RTC 1984\111], fundamento jurídico 3.º); cabiendo incluso la atribución legal de la competencia a un órgano especializado o centralizado de la jurisdicción ordinaria, pero no por ello menos órgano judicial ordinario, como pueden ser la Audiencia Nacional o los Juzgados Centrales de Instrucción (STC 199/1987 [RTC 1987\199], fundamento jurídico 6.º). De manera complementaria de este razonamiento principal, resta entre los problemas con dimensión de legalidad -y no de constitucionalidad- la determinación del Juez competente mediante una interpretación razonada de las reglas procesales de competencia legalmente previstas.

Nuestra Constitución, según ha expuesto este Tribunal, no garantiza el derecho a un hipotético Juez natural o «Juez del lugar» como ocurre en otros ordenamientos, sino al «Juez ordinario predeterminado por la Ley». La garantía del

«Juez ordinario» supone entre nosotros: a) en primer lugar, una interdicción del «Juez excepcional» (avocaciones no determinadas por Ley, Jueces ex post facto, Jueces ad hoc...), así como también del «Juez especial» entendido, eso sí, como un Juez sito fuera de la jurisdicción ordinaria y no integrado en ella -con excepción de la jurisdicción militar y con las restricciones que el art. 117.5 de la Constitución impone-, pero no como un órgano judicial especializado por razón de la materia o de sus competencias y en el que por Ley se centralicen ciertas competencias; b) al tiempo, dicha garantía implica una «predeterminación legal», una cláusula que, amén de la institución de una reserva estricta de Ley (SSTC 101/1984 [RTC 1984\101], fundamento jurídico 4.º, y 93/1988 [RTC 1988\93], fundamento jurídico 4.º), entraña la necesidad de que las reglas que crean y determinan la competencia de los Tribunales llamados a conocer del caso se establezcan con las deseables dosis de generalidad o abstracción y de antelación al supuesto litigioso; y c) por otro lado, la mencionada garantía supone también que no puedan modificarse arbitrariamente los componentes y titulares del órgano, aunque, por razones derivadas de la naturaleza de las cosas, no quepa lógicamente exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano y a sus competencias que a sus titulares, pues lógicamente la Constitución no consagra el derecho a un Juez en concreto (SSTC 47/1983 [RTC 1983\47], fundamento jurídico 2.º; 23/1986 [RTC 1986\23], fundamento jurídico 3.º, etc.). No existe, como el órgano promotor de la cuestión parece creer, una consagración constitucional como derecho fundamental del Juez del lugar normalmente competente, de suerte que no sea posible para el legislador efectuar alteraciones de las reglas generales de competencia fundadas en razones objetivas.

Estos razonamientos acerca del contenido de dicha garantía constitucional no pueden intentar ser eludidos, como en el auto de remisión se hace, no invocando el derecho fundamental de relevancia para la solución de la pretendida lesión constitucional y haciéndolo, en cambio, con la tutela judicial efectiva o con la igualdad; circunstancia que ni altera la idoneidad de los razonamientos anteriores para fundar una adecuada motivación de rechazo ni impide que este Tribunal centre el verdadero problema constitucional en el derecho fundamental que estime realmente afectado por las propias alegaciones del Juez promotor de la cuestión.

Desde esta perspectiva, la regla de competencia dispuesta en el art. 71 de la LE-Civ no viola el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley por el hecho de que los Juzgados de las capitales de provincia conozcan de las reclamaciones en procesos civiles contra el Estado y sus Entidades de Derecho público, y, en concreto -dado el juicio de relevancia de la presente cuestión de inconstitucional- porque los de la capital de la Comunidad Autónoma conozcan de las reclamaciones frente a tales Comunidades o sus entes de Derecho público ; aunque ello suponga, ciertamente, una excepción fundada en razones objetivas, al principio general de la legislación procesal civil. Tan legal y, en consecuencia, adecuadas a la reseñada garantía constitucional ex art. 24.2 de la Norma Fundamental son las reglas generales de competencia territorial como este fuero territorial dispuesto en la Ley en favor de distintos órganos del Estado y otras instituciones públicas.”

Apunta Gutiérrez Delgado como razón de esta norma que las Comunidades Autónomas litiguen donde previsiblemente tengan residencia sus servicios jurídicos, por el interés público de su mejor operatividad y eficacia³⁶.

Se ha debatido si esta norma de competencia territorial resulta indisponible o no para la Administración. A título meramente ejemplificativo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria -Sección 3^a- de 23 de mayo de 2001 defiende el carácter imperativo de la regla competencial referida, mientras que la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 9^a- defiende lo contrario en Auto de 22 de julio de 2004. En el ámbito doctrinal se inclinan por la primera opción Espinel Manzanares³⁷ y Gutiérrez Delgado³⁸.

Lo que sí está claro es que la aplicación de la norma no se exceptiona por el hecho de que concurran otras personas codemandadas en el proceso civil.

Finalmente, no hay ninguna previsión en la Ley 2/2021 acerca de la prerrogativa procesal consistente en la suspensión del curso de los autos para que el letrado institucional recabe los antecedentes para la defensa de la

36 Gutiérrez Delgado, José Manuel. “La Administración Pública en el proceso civil...”, 18.

37 Espinal Manzanares, Javier. “Las especialidades procesales...”, 168.

38 Gutiérrez Delgado, José Manuel. “La Administración Pública en el proceso civil...”, 18.

Administración, contenida en el artículo 14 de la Ley 52/1997. Esta omisión no impide que sea operativa esta especialidad vía aplicación supletoria de la legislación estatal.

El Tribunal Supremo ha confirmado estamos ante una especialidad justificada y razonable, sobre la base de la complejidad de las estructuras administrativas y la correcta defensa del interés común:

“el contenido del referido artículo 55 del Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de los Abogados del Estado se integra en una de las llamadas especialidades procesales del Estado, derivada de la importancia de los fines e intereses a que sirve la Administración Pública, la complejidad organizativa y estructural que asume el Estado y las estrictas pautas de actuación que el ordenamiento impone a las Administraciones Públicas en garantía de la correcta satisfacción de los intereses generales, y tal precepto, que se ha venido aplicando ininterrumpidamente desde la aprobación del Reglamento Orgánico aludido, no estaba derogado en la fecha de la iniciación de este proceso e, incluso, el artículo 14.1 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, de 27 de noviembre de 1997 (RCL 1997, 2819), respecto a la suspensión del curso de los autos, persiste en idéntico posicionamiento y ratifica las líneas generales del mandato contenido en el mismo”³⁹.

4.2. EJERCICIO DE LA ACCIÓN

La Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁰ contempla la representación y defensa ordinarias de las Comunidades Autónomas a través de los letrados institucionales, integrantes de los servicios jurídicos propios, y que actúan con carácter institucional y no personal⁴¹.

Así lo recoge también el artículo 2 de la Ley 2/2021:

39 Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001.

40 Artículo 551.3º. Libro VII, Título IV: *De la representación y defensa del Estado y los demás entes públicos*.

41 Precisión ésta incorporada en el inciso segundo del artículo 2.1 de la Ley 2/2021.

“La representación y defensa de la Administración de la Junta de Extremadura y sus organismos públicos dependientes ante toda clase de órganos judiciales, jurisdiccionales y ante el Tribunal de Cuentas, les corresponde en exclusiva a los letrados de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, desde el momento de su nombramiento y toma de posesión y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado segundo de este artículo, que actuarán en defensa del interés público y bajo los principios jurídicos inherentes al Estado social y democrático de derecho, previstos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico”.

Se erige así la Abogacía General en el centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que sea parte la propia Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y sus organismos públicos.

Pero no excluye la posibilidad de contratar externamente estos servicios, contemplada expresamente en el artículo 2.2 de la Ley:

“Con carácter excepcional, cuando la autoprovisión no resulte viable por la carencia, insuficiencia o inadecuación de los medios de que se disponga, a propuesta motivada del titular de la consejería interesada y previo informe del Letrado General, el Presidente de la Junta de Extremadura podrá encomendar la representación, defensa en juicio o asistencia jurídica puntual y concreta a profesionales colegiados, dando cuenta precisa de las actuaciones ejercitadas a la Abogacía General con la necesaria incorporación de los expedientes finalizados a los archivos oficiales previo a la liquidación de los honorarios”.

Y se contempla además la posibilidad de que la intervención de abogados colegiados se produzca en virtud de contrato de seguro celebrado por la Administración. No es del todo infrecuente el aseguramiento de la responsabilidad patrimonial en determinados sectores (sanitario, por ejemplo) incorporando además la asistencia jurídica. En estos casos, que expresamente habilita el artículo 2.5 de la ley se requiere informe favorable de la Abogacía General antes de aprobar el expediente de licitación.

En los términos enunciados tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial como en la Ley 2/2021, la defensa y representación por letrados propios opera

en todas las jurisdicciones, incluido el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas, y en todas las instancias sin excepción.

Empero, el artículo 5 establece determinadas condiciones para el ejercicio de la función contenciosa. Con carácter general, el inicio de la vía jurisdiccional queda condicionado a la previa autorización del Presidente de la Junta de Extremadura o, cuando se trate de procesos ante el Tribunal Constitucional, del Consejo de Gobierno; excluido el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva derivado de actuaciones procesales en las que la Administración sea parte. Estos requisitos están previstos también en la Ley 1/2002, de 28 de febrero, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura⁴².

Además de dicha autorización, se contemplan dos regímenes de carácter específico en el ámbito penal. En primer lugar, señala el apartado segundo de este artículo lo siguiente:

“A fin de la depuración técnica y buen fin de las actuaciones subsiguientes, para toda denuncia o iniciativa de actuación penal que se pretenda realizar por autoridad pública o personal al servicio de la Junta de Extremadura ante la Fiscalía u órganos judiciales en defensa de los intereses y potestades de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura se deberá recabar de urgencia el informe previo de la Abogacía General de la Junta de Extremadura. Se exime de tal informe previo las denuncias que se efectúen por la comisión de delitos flagrantes, las que deban ser interpuesta por agentes de la autoridad en ejercicio de sus funciones de policía administrativa, así como las que sean directa y personalmente interpuestas por los ofendidos”.

La delimitación del supuesto de hecho objetivo que determina la aplicación de uno u otro régimen (informe previo de la Abogacía General) no es tan clara

42 Artículo 14.b] -autorización del Presidente de la Junta de Extremadura para “Ejercer las acciones que correspondan en vía jurisdiccional”-; y artículo 23.k] -autorización del Consejo de Gobierno para “la interposición de recursos de inconstitucionalidad y el planteamiento de conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional y todas aquellas otras actuaciones que le correspondan, así como per-sonarse ante el mismo”-.

como inicialmente pudiera parecer, ya que en algún caso requerirá deslindar el bien jurídico protegido por el tipo delictivo que motiva la denuncia. No ofrece dudas el caso de los delitos flagrantes. Ni tampoco las denuncias formuladas por los funcionarios que tengan el carácter de agente de la autoridad en la Junta de Extremadura y sus organismos públicos -cuando se trata de denuncias en ejercicio de sus funciones-. Ni, en principio, el de las denuncias interpuestas por los ofendidos -hemos de entender que se refiere a autoridades y funcionarios defendidos y representados por los letrados de la Abogacía General en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7-, en la medida en que tratan de proteger su esfera jurídica personal.

Sí será necesario el informe previo (no vinculante) cuando se trate de denuncias interpuestas en defensa de intereses y potestades de la Administración autonómica. A la luz de las excepciones que hemos referido con carácter previo, este inciso debe referirse a denuncias interpuestas por funcionarios y agentes que no tienen carácter de autoridad (o en casos en que no actúan sus competencias) y en la medida en que no se vean concernidos bienes jurídicos de carácter personal (en defensa de intereses de la Administración). En los casos en que se consideren lesionados bienes jurídicos vinculados a la Administración pública y otros pertenecientes a la esfera jurídica particular, el informe requerido por la norma habrá de circunscribirse a los primeros.

El último apartado del artículo 5 reconoce la posibilidad de ejercicio de la acción popular por parte de la Junta de Extremadura -segundo ámbito específico al que nos referimos- cuando así lo prevea una norma con rango legal y en los términos y condiciones previstas en la legislación procesal, además de los requisitos señalados en esta ley para el ejercicio de acciones (en referencia a los apartados precedentes). Olvida el legislador que esta norma tiene rango legal, por lo que resulta innecesaria la remisión a otra ley para contemplar la legitimación para ejercer la acción popular una vez contemplada en ésta.

El artículo 125 de la Constitución atribuye el ejercicio de la acción popular a los ciudadanos. Y el Tribunal Constitucional entiende que ese concepto

comprende no solo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas⁴³, pero no a las personas jurídicas de Derecho público. En Sentencia 129/2001, de 4 de junio, entendió que el término “ciudadanos” es un concepto “atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (...) tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública, y más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política”.

Doctrina ésta que entendemos no ha sido modificada pues, aunque las Sentencias 311/2006, de 23 de octubre, 8/2008, de 21 de enero, 18/2008, de 31 de enero, y núm. 67/2011, de 16 mayo, han admitido el ejercicio de la acción popular por parte de comunidades autónomas en relación con delitos de violencia de género, tal amparo se fundamenta en la existencia de una previsión legal específica que habilita la legitimación procesal para ejercer la acusación popular. Entiende el Tribunal Constitucional que en este supuesto una norma procesal dispone “los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado”.

Es decir, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal no habilita a las Administraciones públicas el ejercicio de la acción popular, la previsión en una norma sustantiva autonómica sí permite dicho ejercicio⁴⁴. Y así lo ha reconocido también el Tribunal Supremo, en Sentencia 149/2013, de 26 de febrero (Id Cendoj 28079120012013100163):

“En definitiva, se sostiene sencillamente que no hay habilitación legislativa general para que las personas jurídicas públicas ejerzan la acción popular, por lo que ha de ser un concreto precepto de Ley el que recoja esa opción.

7. Esta nueva doctrina constitucional ha sido acogida por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (auto de 13 de marzo de 2007 (JUR 2007, 98191)), que, al contrastar el contenido de las sentencias 129/2001 (RTC 2001, 129) y 311/2006

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1983, de 20 de julio.

⁴⁴ No está exenta de controversia la fundamentación de esta competencia autonómica para dictar normas procesales.

(RTC 2006, 311), apartándose expresamente de la posición sostenida en el auto de 20 de junio de 2003, ha realizado interesantes apreciaciones. Según esta resolución: "...se constata que la doctrina del Tribunal Constitucional ha sufrido una evolución que, sin embargo, debemos entender como inacabada. Y decimos esto porque la sentencia no sostiene con claridad que las personas jurídico públicas sean titulares de la acción popular. Esta afirmación no se contiene nítidamente en ella, sino que resuelve la cuestión acudiendo a una vía indirecta: se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la entidad pública si el órgano jurisdiccional correspondiente desoye, sin plantear la previa cuestión de inconstitucionalidad, un precepto legal que reconoce a su favor el ejercicio de la acción popular. Por eso, decíamos antes que la evolución es inacabada, y buena prueba de ello es la afirmación que esta sentencia contiene, cuando manifiesta que <<lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que sólo podríamos realizar en caso de la Ley que así lo establezca fuera recurrida ante este Tribunal>>. Es decir, la sentencia núm. 311/2006, de 23 de octubre, no niega con la rotundidad que lo hace la sentencia núm. 129.2001, de 3 de julio, que las entidades jurídico públicas puedan ejercer la acción popular, pero tampoco afirma que puedan hacerlo. Lo único que afirma es que si una entidad jurídico pública ejerce una acción popular porque así lo reconoce, un precepto legal (sobre cuya constitucionalidad el Tribunal Constitucional no se pronuncia) y el órgano jurisdiccional no tiene en cuenta este precepto, pero tampoco plantea una cuestión de inconstitucionalidad, entonces se causa indefensión a la entidad".

En esta situación, el auto del Tribunal Supremo aludido llega a las siguientes conclusiones:

1) Ante todo, siendo lo relevante conforme a la nueva doctrina constitucional la concreta regulación del derecho de acción popular, considera que el sistema general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no permite inferir que sea posible su ejercicio por entidades públicas. Y esto por dos motivos. Primero, "por razones de coherencia interna del sistema, ya que, si las entidades jurídico-públicas defienden, por definición, cuando actúan como acusación popular, intereses

públicos y generales, para esa defensa ya se cuenta, en el proceso penal, con la figura del Ministerio Fiscal". Segundo, "porque los derechos del acusado podrían verse seriamente afectados", pues "el acusado debería defenderse frente a dos entidades públicas, el Ministerio Fiscal y la persona jurídico pública, que no son ofendidas por el delito y defienden intereses similares. En definitiva, mediante el uso generalizado de la acción popular se llegaría a generar una <<acción pública alternativa>>".

2) En segundo lugar, no puede argumentarse la posibilidad de ejercicio de la acción popular "por silencio de la Ley", al no resultar de aplicación directa el artículo 125 CE. Es preciso que la Ley "regule expresamente las condiciones de ejercicio de la acción" conforme a la dinámica de un derecho de configuración legal, máxime cuando éste incide negativamente en el derecho de defensa."

En el caso de Extremadura, el artículo 82.6 de la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura, reconoce esta posibilidad:

"En los supuestos de delitos más graves cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que causen alarma social, que se dirijan contra alguna víctima extremeña, o en aquellos supuestos en que el interés público así lo requiera, con independencia de la personación de la propia víctima o sus herederos y herederas, la Junta de Extremadura podrá personarse para ejercer la acción popular, a través de sus servicios jurídicos, o por abogados contratados, y especialmente, mediante convenios con los Colegios de Abogados".

Por tanto, la personación y ejercicio de la acusación popular por los letrados de la Junta de Extremadura en los procesos por delitos relativos a la violencia sobre la mujer tiene el respaldo del Tribunal Constitucional, en la medida en que existe una previsión normativa -ahora dos- sobre el particular⁴⁵.

45 Al respecto se emitió un informe en este sentido por la Abogacía General de la Junta de Extremadura con fecha 20 de enero de 2016.

Respecto al ámbito subjetivo del artículo 2, es decir, los sujetos cuya defensa y representación ostentan los letrados de la Junta de Extremadura, los artículos 1.1, 2.1 y 5.1 se refieren a la Junta de Extremadura y sus organismos públicos. Pero la Disposición adicional segunda habilita la asunción de la defensa de los restantes entes públicos no referidos en el artículo 1, entes consorciados, fundaciones públicas, o instituciones afines de la Administración de la Comunidad Autónoma, previa suscripción de un convenio de colaboración, que a su vez requerirá informe previo favorable de la Abogacía General de la Junta de Extremadura, en el que se especificarán las condiciones jurídicas y compensaciones económicas que correspondan por la prestación del servicio⁴⁶.

Y el artículo 7 contempla la asunción de la representación y defensa del personal al servicio de la Administración Autonómica, en los términos y condiciones que luego se dirán.

Por otro lado, al igual que el ejercicio de acciones, también el desistimiento de estas, el allanamiento y la transacción están sujetos a condiciones. Con carácter general se requerirá un informe preceptivo, no vinculante⁴⁷, de la Abogacía General y, en los supuestos previstos en el artículo 17 de la Ley 5/2007, de 19 de abril, General de Hacienda Extremadura, será necesario además autorización expresa del Presidente de la Junta de Extremadura o del Consejo de Gobierno.

No obstante, determinados supuestos de transacción intrajudicial⁴⁸ quedan exceptuados del régimen de autorización del apartado primero y del régimen previsto en el artículo 17 citado. En concreto, se enuncian los siguientes:

a) Transacciones en procesos concursales, previa autorización de la consejería o consejerías titulares de los créditos afectados. La previsión de este supuesto en la Ley 2/2021 parece concordante con el régimen previsto en el artículo 17.4 de la Ley General de Hacienda, en la medida en que éste también deja

46 Disposición adicional segunda de la Ley 2/2021.

47 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: núm. 236, de 02 de octubre de 2015.

48 Así ha de entenderse dada la redacción y la sistemática del precepto. La transacción extrajudicial queda radicada en el seno de la gestión administrativa.

en manos de la consejería competente la determinación del órgano que autorizará la transacción.

“La suscripción y celebración de acuerdos y convenios previstos en la legislación concursal requiere únicamente autorización del órgano que determine el titular de la Consejería competente en materia de Hacienda”.

b] Transacciones en procesos contencioso-administrativos en los términos previstos en el artículo 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuando el acuerdo sea inferior a 50.000 euros. Cuando se den estas circunstancias será suficiente para suscribir la transacción la propuesta de gasto debidamente fiscalizada, cuando se trate de obligaciones de la Administración, lógicamente. Esta última precisión no consta en el Ley, pero se incorporará en el reglamento de desarrollo. Sin perjuicio del requisito general previsto en el último inciso para todos los supuestos excepcionados del régimen general.

No queda claro si el límite cuantitativo se refiere a la cuantía objeto del proceso o a la diferencia en que discrepan las partes respecto al objeto de aquél.

No parece haber un inconveniente importante a que este régimen de transacción se extienda a otras jurisdicciones, en la medida en que se den las mismas condiciones -fundamentalmente que la materia sea susceptible de transacción y no se supere la cuantía económica máxima del acuerdo- y se siga el procedimiento establecido⁴⁹.

c] Transacciones acordadas por compañías aseguradoras de la Administración, siempre que se encuentren dentro del límite de la cobertura del respectivo contrato. Sería necesario concretar un poco más este supuesto, en el que un tercero toma decisiones sobre el monto de la responsabilidad de la Administración, lo que conlleva reconocer la existencia de ésta. En nuestra opinión, la Administración debería reservarse un pronunciamiento previo sobre esta cuestión capital, el reconocimiento de la responsabilidad, como presupuesto necesario para

49 Así lo ha entendido también la Comisión Jurídica de Extremadura en Dictamen 100/2021, de 16 de diciembre.

que la compañía aseguradora pueda intentar un acuerdo. Quizá la vía sea el informe preceptivo del letrado director del asunto visado por el Letrado General.

Por otra parte, cuando se condiciona este supuesto a que el acuerdo se mueva dentro del límite de cobertura del contrato de seguro implica que cuando exista franquicia no podría operar directamente este mecanismo, siendo necesario activar el contemplado en el apartado b] precedente. Es decir, asumiendo la Administración directamente la negociación de la transacción. Y, además, debería limitarse a la cuantía de 50.000€ fijada para la Administración.

d] Transacciones sobre responsabilidad civil subsidiaria determinada en procesos de reforma de menores, hasta un límite de 3.000 euros. Dada la mínima cuantía permitida, basta con la conformidad del letrado director del asunto, que dará cuenta posteriormente al Letrado General.

El último inciso de este apartado segundo del artículo 6 impone un requisito común para todos estos supuestos de transacción que se apartan del régimen general, consistente en informe previo del letrado general del asunto con el visto bueno del Letrado General. Pero esta previsión introduce dos disfunciones que es necesario resolver por vía interpretativa.

En primer lugar, el apartado primero del artículo 6 requiere en todo caso informe preceptivo de la Abogacía General, mientras que el inciso que comentamos requiere únicamente visto bueno del Letrado General. Habrá que entender, para conciliar ambas previsiones, que la expresión con la que comienza el apartado segundo ('Se exceptúan de la necesaria autorización, así como de lo dispuesto en el artículo 17') se está refiriendo también al informe previo a dicha autorización. De otro modo, resultaría redundante un informe del Letrado General y otro del letrado director del asunto con el visto bueno de aquél.

En segundo lugar, el inciso final del artículo no resultará aplicable al epígrafe 2.d] del precepto, en la medida en que éste prevé un procedimiento menos riguroso para autorizar la transacción: dación de cuenta por el letrado director del asunto al Letrado General, con posterioridad a la finalización del proceso.

Una última consideración. Los supuestos transaccionales recogidos en los epígrafes 2.b y 2.c abarcan tanto los supuestos en los que la Administración ocupa una posición acreedora como aquéllos en los que ocupa una posición deudora. Sin embargo, en el supuesto del apartado 2.a siempre ocupará una posición acreedora y en el apartado 2.d siempre una posición deudora.

Esta regulación de la transacción intrajudicial, concreción de la previsión del artículo 77 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, constituye una novedad de la que no conocemos precedentes en el panorama legislativo actual. Obedece a una iniciativa que parte de la dirección de la propia Abogacía General. Tras un primer intento frustrado, finalmente ha fraguado en esta norma un reconocimiento expreso de terminación transaccional de los procesos judiciales.

Recuerda Pascual Sala⁵⁰ que “la mediación debe afrontarse no como un sistema alternativo al judicial para la resolución de controversias, sino como complemento de éste y, por tanto, integrado en la tutela judicial efectiva”. Añadimos nosotros que, avalado el acuerdo de las partes por el órgano judicial, la satisfacción en términos de justicia es mayor para aquéllas.

La habilitación general para abrir la posibilidad de transacción en el seno de los procesos contencioso-administrativos, como antes indicábamos, se encuentra en el artículo 77 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ya en la exposición de motivos se anticipa que:

“Bien es verdad que lograr una justicia ágil y de calidad no depende solamente de una reforma legal. También es cierto que el control de la legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos”.

⁵⁰ Pascual Sala Sánchez, Diario La Ley núm. 9632 (2020), <https://revistas.laley.es/content/Inicio.aspx>.

Y el artículo 113 refuerza el valor del acuerdo transaccional al prever la posibilidad de ejecución forzosa:

“1. Transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo a que se refiere el artículo 77.3, cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa.

2. Si no se hubiere fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá proceder a instar su ejecución forzosa”.

Desde el propio Ministerio de Justicia se está impulsando además la mediación como forma de resolución de conflictos. En la página 168 de la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial se ponen de manifiesto las ventajas de esta forma de solución de conflictos, a través de la descripción de sus objetivos:

“- Complementar y/o sustituir la posible resolución judicial por la que hayan acordado las partes a través de una base de propuesta canalizada por el mediador. No se trata de una justicia transaccional o de reparto equivalente de intereses, sino de alcanzar un acuerdo consensuado manteniendo un equilibrio entre las garantías de los derechos públicos y privados en juego.

Evitar los efectos nocivos de una justicia tardía o la meramente cautelar que no satisface plenamente el derecho constitucional de tutela judicial efectiva.

Reducir la proliferación de recursos innecesarios y ofrecer una fórmula menos costosa y más rápida de resolución de numerosos conflictos.

Presentar nuevas estrategias participativas para hacer frente a procesos judiciales, cuya respuesta en el marco de una sentencia, no responde a las exigencias derivadas del conflicto o a las expectativas de las partes procesales.

Introducir una alternativa a las dificultades que le son propias a la jurisdicción: la complejidad del acceso a la misma, la intervención necesaria de letrado, las dilaciones en la tramitación, el incremento de la litigiosidad y los costes y formalidades del proceso.

Transformar la relación de la administración y el ciudadano a través de la búsqueda de fórmulas flexibles que permitan que la potestad administrativa se pueda también ejercer aprovechando la comunicación entre las partes para alcanzar una mayor comprensibilidad e introducir aspectos subjetivos que suelen quedar al margen del procedimiento formal.

Facilitar una composición más amplia de los intereses en litigio habida cuenta de que la mediación resuelve situaciones de pasado y permite crear bases de acuerdo para resolver eventuales conflictos de futuro. En la Mediación, se pueden sugerir soluciones distintas a las contenidas en el objeto litigioso, lo que permite que ésta actúe sobre el conflicto para transformarlo, porque mientras el conflicto es voluble, versátil, inestable y caprichoso, el litigio es inmutable y estático: La conciliación tiene presente el litigio y el conflicto; la mediación sólo el conflicto.

Dinamizar la actividad de los Tribunales Contencioso-Administrativos, al facilitar su labor de resolver satisfactoriamente los litigios entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas, mediante el uso de fórmulas procedimentales de composición basadas en la autonomía de las partes y fundadas en la armonía social, y a la vez, un instrumento de modernización de la Administración de Justicia, en cuanto que la instauración de procedimientos sustitutivos de la vía judicial, que impliquen un coste menor, puede contribuir a reducir los tiempos de respuesta en la jurisdicción contencioso-administrativa”.

También en el ámbito de la jurisdicción civil está contemplada la posibilidad de transacción a través de la mediación, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero (artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La previsión del artículo 6.2 de la Ley 2/2021 queda, no podía ser de otro modo, comprometida al respeto de los límites previstos en el artículo 77 de la LJCA:

Que se trate de materias susceptibles de transacción.

Que no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

Que se acuerde en cualquier momento entre la formulación de la demanda y contestación y antes de que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 1100/2004, de 2 noviembre, (RJCA 2005\34) ha precisado algo más los requisitos de la transacción:

“Ahora bien tal posibilidad cierta y directa de llegar a acuerdos transaccionales está sujeta a una serie de requisitos que deben concurrir inexcusable y acumulativamente y que se derivan de la normativa reguladora de la transacción en el ámbito administrativo, así como de los principios jurídicos propios de todo acuerdo transaccional. Así deben concurrir los siguientes:

Requisitos ínsitos o presupuestos del acuerdo transaccional:

La existencia de una relación jurídica incierta o dudosa («incertidumbre razonable»).

La intención de las partes de eliminar tal incertidumbre sustituyendo la relación jurídica afectada por ella por una relación totalmente cierta y definida en todos sus aspectos sustanciales de manera clara.

La instrumentación de esa eliminación de la incertidumbre mediante recíprocas concesiones.

Requisitos materiales o de contenido:

Que los acuerdos, convenios o pactos transaccionales no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni lesivos del interés público –lo que conlleva, particularmente, la apreciación de la proporcionalidad de las concesiones recíprocas establecidas– o de terceros.

Que no versen sobre materias no susceptibles de transacción.

Que tengan por objeto satisfacer el interés público que tengan encomendado.

Que contengan los acuerdos como mínimo la identificación de las partes intervinientes, así como, cuando así lo exigiera la naturaleza del acuerdo, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según la naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

Requisitos procedimentales que se contraen, esencialmente, a la concreción del acuerdo transaccional a través del procedimiento pertinente con especial relevancia a la aprobación por el órgano competente para ello”.

Incluso afirma que la falta de regulación normativa no impide que la Administración llegue a un acuerdo transaccional:

“La Sala estima que con tal marco normativo no cabe sino admitir la posibilidad de que la Administración llegue a Acuerdos transaccionales en el ámbito administrativo y en particular en el tributario que nos ocupa. El hecho de que no haya una normativa que regule específicamente la transacción en los procedimientos de ejecución de deudas tributarias por vía de apremio no empece a estimar que la normativa citada ut supra no cubra de manera suficiente (no sólo con normativa de carácter general sino incluso también con normativa sectorial en el ámbito tributario navarro) la posibilidad cierta de acuerdos transaccionales en el ámbito tributario navarro (artículo 88 LRJ-PAC en conexión con la Ley Foral 6/1990, la Ley Foral 8/1988 reguladora de la Hacienda Pública de Navarra, la Ley Foral 2/1995 reguladora de las Haciendas Locales de Navarra y en el marco normativo antes citado...)”.

El cumplimiento de los requisitos, bien generales del apartado primero del artículo 6 bien los específicos o excepcionales del apartado segundo, constituyen condicionantes de validez y no de mera eficacia. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado respecto de la autorización la transacción judicial o extrajudicial en los Dictámenes nº 44.865, de 23 de diciembre de 1982; 45.164-A, de 28 de abril de 1983; y 45.719, de 8 de marzo de 1984.

Una última cuestión se regula respecto de la acción procesal y es la representación y defensa de los empleados públicos y autoridades servicio Administración. Esta defensa se articula siempre como medida de defensa del interés

general; vale decir del principio de autoridad. Aunque nada concreta la ley al respecto, hemos de entender que la actuación de los letrados institucionales se producirá en los mismos términos que para la defensa de la Administración en sí misma, gozando de las mismas prerrogativas procesales. En suma, es el interés público el que mueve su intervención también en este caso.

La competencia para aceptar la representación y defensa de empleados y autoridades se atribuye al Letrado General, que habrá de resolver sobre la base de las siguientes condiciones:

Que el proceso se refiera a actos u omisiones relacionados con el desempeño legítimo de sus funciones y/o cargos.

Que no exista conflicto de intereses o perjuicio para el interés público general.

Que responda siempre a la defensa del interés general.

Habrá de denegar la asistencia letrada cuando se dé alguna de estas circunstancias:

Se trate de procesos entre empleados públicos o autoridades.

Se trate de procesos frente al superior jerárquico.

El solicitante haya encomendado su defensa a otros profesionales.

No haya sido solicitada la asistencia desde el inicio del procedimiento o primera instancia de este.

La asistencia letrada esté incluida en una póliza de seguro concertada por la Administración, encontrándose dentro de su cobertura y alcance.

Haya formulado escrito de acusación el Ministerio fiscal frente al solicitante de la asistencia. De haberse reconocido previamente la asistencia letrada, deberá cesar la misma desde que se produzca la acusación por parte del ministerio público, sin perjuicio de que la Abogacía General preste la colaboración necesaria para que el nuevo profesional designado asuma con garantías la defensa.

En realidad, si la concurrencia de cualquiera de estas causas o la existencia de conflicto de intereses se apreciase de forma sobrevenida, el letrado debe advertirlo y abstenerse de actuar en representación de los empleados o autoridades.

Resulta trascendental para valorar la posible existencia de conflicto de intereses que la consejería de la que dependa la autoridad o empleado público emita informe motivado sobre el objeto del proceso.

No se incluye tampoco en la ley como causa de denegación de la asistencia letrada (sí prevista en el Decreto 99/2009) que exista culpa o negligencia grave de la autoridad o empleado que la solicita. Sería conveniente que se incorpore esta causa en el desarrollo reglamentario de la ley.

Tampoco resuelve la ley el caso de que, siendo varias las autoridades o empleados que solicitan asistencia, exista conflicto de intereses entre ellos (aun no siendo una disputa directa entre ellos). En estos casos únicamente podrá mantenerse la defensa y representación de aquellos cuyos intereses coincidan con el interés general, dada la condición de que la asistencia siempre responde a la defensa de éste.

Y también debiera ser causa de cesación de la defensa la actitud obstruccionista de la autoridad o empleado público que impida o dificulte gravemente el adecuado desempeño de la labor de los letrados.

5. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO

La Abogacía General se organiza en torno a la figura del Letrado General, cargo que, conforme dispone el artículo 3, ha de recaer en empleado público con licenciatura o grado en derecho y que pertenezca a cuerpos, escalas o especialidades que tengan atribuidas funciones jurisdiccionales o de defensa contenciosa de las administraciones públicas, con más de diez años de ejercicio profesional acreditado. Como alternativa a este requisito, puede nombrarse Letrado General a jurista de reconocido prestigio, también con más de diez años de ejercicio profesional.

Con su nombramiento, tendrá la consideración de Letrado/a de la Abogacía General a todos los efectos y será el órgano superior director de la misma. La dependencia funcional es doble; tanto del Presidente de la Junta de Extremadura como de la consejería a la que esté orgánicamente adscrito.

El titular de la jefatura de la Abogacía General está obligado a comparecer ante la comisión que corresponda a fin de informar a la Asamblea de Extremadura sobre la memoria Anual, como medida de transparencia y buen gobierno. Dicha memoria, que se hará pública en el portal de transparencia y participación de la Junta de Extremadura, recogerá los informes emitidos por la Abogacía General sobre los asuntos aprobados por el Consejo de Gobierno y los procesos en los que sea o haya sido parte la Junta de Extremadura.

Aunque nada dice la ley al respecto, la Abogacía se organiza internamente en tres áreas: la contenciosa, que asume las funciones de la representación y defensa del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y de sus organismos públicos ante cualesquiera jurisdicciones y órganos jurisdiccionales; la consultiva, que tiene encomendado el asesoramiento jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura y sus organismos públicos; y la de asistencia letrada, de más reciente creación y dedicada a coordinar la intervención de los letrados en órganos colegiados, la coordinación entre órganos de la Administración a los que se preste asistencia letrada, bastateo de poderes y de avales, fe pública y defensa y representación del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma en cualquier asunto que no se incluya entre los que integran la función contenciosa.

En materia de función pública, se logra una antigua reivindicación corporativa, la creación del Cuerpo Superior de Letrados. Anteriormente los letrados de la Abogacía General se encontraban integrados en el Cuerpo de Titulados Superiores grupo A, en la especialidad de Letrados. Mediante ley 19/2015, de 23 de diciembre, por la que se deroga la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura, el Cuerpo de Letrados del Consejo

Consultivo fue integrado en la Abogacía con tal carácter⁵¹, pasando los letrados de aquel órgano estatutario a prestar servicios como letrados de la Abogacía General.

Pues bien, ambos cuerpos desaparecen y se integran todos los letrados, de forma automática, en el Cuerpo Superior de Letrados. Así mismo se integran los funcionarios de carrera que perteneciendo a otros Cuerpos de Letrados de la Administración del Estado o de la Seguridad Social hubieran sido transferidos a la Comunidad Autónoma de Extremadura e integrados en el antiguo Cuerpo de Titulados Superiores Especialidad Letrados.

El acceso al cuerpo se realizará mediante el sistema de oposición libre, en los términos previstos en la legislación sobre función pública, sin perjuicio de que la primera convocatoria de pruebas de acceso que se convoque tras la entrada en vigor de la presente ley se realizará por el sistema de concurso oposición, tal y como habilita la Disposición transitoria segunda.

Las plazas singularizadas de Letrados de la Abogacía General de la Junta de Extremadura serán ocupadas, con carácter general, por personal funcionario del Cuerpo de Letrados de la Junta de Extremadura. No obstante, también se podrán proveer por personal funcionario interino en los supuestos del artículo 10 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, siempre que concurren razones debidamente justificadas.

Así mismo, se contemplan otras formas de provisión, como la adscripción de personal funcionario de carrera que, teniendo la condición de Licenciados o Graduados en Derecho, pertenezcan al grupo A1, Cuerpo de Titulados Superiores Especialidad Jurídica de la Administración Autonómica, o de cuerpos y especialidades análogas de cualquier Administración Pública.

La Disposición transitoria primera prevé el mantenimiento temporal de funcionarios interinos y de funcionarios adscritos que se encuentren a la entrada

51 Bajo la denominación de Cuerpo de Administración Especial (Ley 19/2015, de 23 de diciembre).

en vigor de esta ley desempeñando funciones de la citada especialidad en la Abogacía General, en tanto no finalice la causa que motivó su nombramiento.

De la Comisión Jurídica de Extremadura

La función consultiva en Extremadura está atribuida estatutariamente en esta comunidad autónoma al Consejo Consultivo de Extremadura:

“1. El Consejo Consultivo, con sede en la ciudad de Badajoz, es el órgano consultivo superior de las instituciones y de las administraciones de la Comunidad Autónoma. Por ley de la Asamblea, aprobada por mayoría absoluta, se regulará su composición, su régimen jurídico, su organización y su funcionamiento, determinando los casos en los que su dictamen deba ser vinculante”⁵².

Regula también el Estatuto de Autonomía el núcleo básico institucional, en cuanto a competencias y régimen jurídico, de esta institución. Sin embargo, mediante Ley autonómica 19/2015, de 23 de diciembre, se derogó la Ley 16/2001, de 14 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de Extremadura y se creó la Comisión Jurídica de Extremadura. No es momento de realizar valoraciones jurídicas sobre estas normas, nos limitamos a constatar el marco jurídico en que se inserta la Disposición adicional primera de la Ley 2/2021.

La Comisión Jurídica se creó como órgano colegiado que ejerce funciones con autonomía orgánica y funcional, pero integrado en la Abogacía General de la Junta de Extremadura⁵³, frente al carácter institucional del Consejo. Y no asumió íntegramente las funciones de aquél. No se le atribuyó en 2015, por ejemplo, la competencia para dictaminar los anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura, los anteproyectos de leyes y normas con fuerza de ley, los recursos de inconstitucionalidad, conflictos de competencia y conflictos

⁵² Artículo 45 de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁵³ Disposición adicional primera de la Ley de la Asamblea de Extremadura 19/2015, de 23 de diciembre.

en defensa de la autonomía local, conflictos de atribuciones entre las instituciones de gobierno, modificación de instrumentos de planeamiento urbanístico⁵⁴.

Tampoco se le atribuyó competencia para emitir dictámenes solicitados con carácter facultativo ni para dictaminar los expedientes de responsabilidad patrimonial cuya cuantía excediera de 50.000€. Quedando ambas cuestiones atribuidas al Consejo de Estado “*por la especial competencia o experiencia del mismo*”⁵⁵. Y también se excluyó su competencia en relación con las materias expresamente previstas en el Estatuto de Autonomía de Extremadura.

En la Ley 2/2021 ha recuperado la competencia para dictaminar expedientes de responsabilidad patrimonial cuando la cuantía reclamada sea igual o superior a 50.000€. Pero nada se dice sobre dictámenes facultativos ni dictámenes en las materias atribuidas estatutariamente al Consejo Consultivo⁵⁶.

Respecto a la composición de la Comisión Jurídica, se mantiene el número de cinco miembros, pero la función de secretaría no se atribuye ahora a uno de los vocales, sino a un funcionario letrado de la Abogacía General. Y se añade la necesidad de representación equilibrada entre hombres y mujeres.

Se abre un poco el abanico de funcionarios que pueden ser designados miembros de la Comisión Jurídica. Ya no es necesario que tengan la condición de letrados o técnicos superiores especialidad jurídica, sino funcionarios de carrera para cuyo acceso se exigiera la licenciatura o grado en derecho. Se mantiene la necesidad de acreditar una experiencia de diez años y se reduce de diez a dos el número de años anteriores en que no debe haber ejercicio cargo público representativo o de naturaleza eventual.

Respecto a la autonomía de la Comisión, de nuevo se incardina orgánicamente en la Abogacía General y se matiza su independencia en el ejercicio de sus

54 Vid. artículo 13.1 de la derogada Ley de la Asamblea de Extremadura 16/2001, de 14 de diciembre.

55 Inciso segundo del apartado cuarto de la Disposición adicional primera de la Ley 19/2015.

56 Vid. artículos 44, 45 y 65 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

funciones al criterio jurídico⁵⁷. Se concreta además que la organización y funcionamiento de los recursos humanos, presupuestarios y de régimen interior se integran a todos los efectos en la Abogacía General.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Boto Álvarez, Alejandra. “La exención de garantías procesales como privilegio de la Administración: El nuevo depósito para recurrir en la Ley Orgánica del Poder Judicial”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 37 (2010): 239-258.
- Boto Álvarez, Alejandra. “La representación de la Administración tras la Ley 3/2017: apertura de mercado para la procura”. *Revista Vasca de Administración Pública - Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 114 (2019): 333-348.
- Casado Casado, Lucía. “La igualdad de armas en el proceso contencioso-administrativo: ¿realidad efectiva o desiderátum? *Revista General de Derecho Administrativo*, 55 (2020).
- De la Oliva Santos, Andrés; Miguel Ángel Fernández y Miguel Ángel Fernández López. *Derecho procesal civil*. Centro de Estudios Ramón Areces, 1996.
- Espinal Manzanares, Javier. “Las especialidades procesales de la Administración”. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Extra 1, (2005): 151.
- Gimeno Sendra, Vicente; José Garberí Llobregat; Victor Moreno Catena y Nicolás González Cuéllar Serrano. *Derecho Procesal Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.
- Gutiérrez Delgado, José Manuel. “La Administración Pública en el proceso civil. Peculiaridades”. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1884-1885, (2001): 7-37.
- Martín-Retortillo Baquer, Sebastián. “La defensa en derecho de las Administraciones Públicas”. *Revista de Administración Pública*, 121 (1990): 7-52.
- Sala Sánchez, Pascual. Diario La Ley núm. 9632 (2020), <https://revistas.laley.es/content/Inicio.aspx>.
- Serrano Hoyo, Gregorio. “Acerca de la acusación popular por parte de la Delegación del Gobierno para la violencia de género y de la Administración Autonómica en procesos

⁵⁷ Contrasta esta configuración, como la de la Ley 19/2015, con la amplia autonomía orgánica, funcional y presupuestaria que el artículo 15.2 del Estatuto de Autonomía atribuía al Consejo Consultivo de Extremadura.

por delitos de violencia de género”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 28 (2010): 163-183.

ANTONIO ALONSO CLEMENTE

Área de los Servicios Contenciosos de la Junta de Extremadura

Junta de Extremadura

antonio.alonsoc@juntaex.es

<https://orcid.org/0000-0002-6988-687X>

FELIPE A. JOVER LORENTE

Letrado de la Junta de Extremadura

felipe.jover@juntaex.es

<https://orcid.org/0000-0002-5747-7091>



ENSAYO SOBRE LA LEY DE TRABAJO A DISTANCIA

ESSAY ON THE DISTANCE WORK ACT

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ¹

Universidad de Extremadura

Recibido: 16/10/2021

Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

La reciente promulgación de la Ley de Trabajo a Distancia en plena pandemia es una buena ocasión para analizar cómo ha evolucionado este tipo de trabajo, en contraposición al clásico presencial que organiza el Estatuto de los Trabajadores. Sin aquietarse a un aparataje bibliográfico ortodoxo se realiza un ensayo de lectura ágil y rápida que sucintamente forme al lector en los principios obligaciones básicos de esta modalidad de ejercicio de la actividad productiva por cuenta ajena.

Palabras clave: Ley de trabajo a distancia, derechos y obligaciones del trabajador a distancia.

ABSTRACT

The recent enactment of the Telecommuting Law in the midst of the pandemic is a good opportunity to analyze how this type of work has evolved, in contrast to the classic

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. 4 sexenios de investigación. Autor de numerosas publicaciones jurídicas de su especialidad. Principales líneas de investigación: El despido objetivo; el sistema público de Protección Social y el impacto en el trabajo de la industria 4.0.

face-to-face organized by the Workers' Statute. Without settling down to an orthodox bibliographic apparatus, an agile and rapid reading essay is carried out that succinctly trains the reader in the basic principles of this type of exercise of productive activity as an employee.

Keywords: Remote work law, rights and obligations of the remote worker.

Sumario: 1. Del Estatuto de los Trabajadores a la Ley de trabajo a distancia. 2. Estructura y organización interna de la LTD. 3. Características del Trabajo a Distancia. 3.1. Identificación del trabajo a distancia. 3.2. Lugar de realización del trabajo. 3.3. Igualdad de derechos. 4. El acuerdo de Trabajo a Distancia. 5. Derechos de los trabajadores a distancia. 5.1. Derecho a la dotación de medios y útiles de trabajo. 5.2. Derecho a la intimidad y a la protección de datos. 5.3 Derecho a la desconexión digital. 6. Dirección y control empresarial. 7. Derechos colectivos. 8. El trabajo a distancia en la negociación colectiva. 9. El trabajo a distancia en la Administración Pública. 10. Reglas transitorias. 11. Reclamación en trabajos a distancia. 11.1. ¿Son adecuadas estas especialidades para el acceso, la reversión y la modificación? 11.2. La técnica reguladora empleada.

1. DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES A LA LEY DE TRABAJO A DISTANCIA

Recientemente se ha promulgado la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (LTD, en adelante), y puede ser una buena ocasión para diseccionar, aunque sea brevemente, sus fortalezas y puntos más vidriosos con el propósito de que el lector se forme una visión completa de la misma, facilitando la comparación con otros modelos que regulan esta modalidad de actividad laboral en otros ordenamientos jurídicos².

Entroncada en normas de la Unión Europea de similar orientación, la LTD pretende sustituir la regulación que se contenía en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante), claramente insuficiente para organizar y

² La ley puede consultarse directamente en la página del Boletín Oficial del Estado Español, en el siguiente link: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-11472>

disciplinar una actividad tan peculiar y distinta del trabajo regulado por el ET, que es esencialmente presencial. No se trata solamente de que la regulación del ET fuese insuficiente, que lo era, sino, sobre todo, de que su aplicación provocaba una auténtica incompatibilidad para poder desarrollar una actividad a distancia. Existe una contradicción en los principios estructurales que gobiernan ambas formas de realizar una actividad laboral tan llamativa que la reconciliación de intereses parece imposible. Es una filosofía radicalmente distinta en cuanto a la concepción del trabajo. El Estatuto de los trabajadores pretende, sobre todo, abordar la regulación de una actividad laboral presencial en un centro físico de trabajo, tradicionalmente fabril. El trabajo a distancia necesita una ordenación que gobierne, desde la singladura del contrato hasta su extinción pasando por todas las instituciones jurídicas implicadas en el devenir del día a día, la juridificación de sus elementos teniendo en consideración la ausencia, precisamente, del elemento que siempre se ha tenido en consideración en el contrato de trabajo: la presencialidad del trabajador en el centro de trabajo, en la fábrica, en la oficina...

Ello exige una regulación nueva, algo más que la mención que contenía el derogado art. 13 ET cuando observaba unas brevísimas reglas de ordenación del trabajo a distancia. Ahora el art. 13 es mucho más honrado, al reconocer, simplemente, que “Las personas trabajadoras podrán prestar trabajo a distancia en los términos previstos en la Ley 10/2021 de trabajo a distancia”.

2. ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA LTD

Dos circunstancias llaman la atención en una lectura rápida de la norma.

En primer lugar, el poco decoro legislativo que se tiene al emplear una norma para regular situaciones distintas de las que evoca su nomenclatura. En la LTD se regulan, además del trabajo a distancia naturalmente, cuestiones impositivas (el régimen fiscal aplicable a la final de la *UEFA Women's Champions League 2020*), se modifica (de manera notable con 8 folios de boletín) el ingreso vital mínimo, y se acomodan normas que atienden a ordenar la pandemia desde

el punto de vista fiscal (el IVA de adquisiciones comunitarias de bienes destinados a combatir el Covid-19) administrativa (se modifica la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social) y ordenancista (se altera la Ley General Presupuestaria, la Ley de firma electrónica, la Ley del Juego, la Ley de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, la Ley del Sector Ferroviario, etc). De las 43 páginas de boletín oficial solo 8 se dedican a regular el trabajo a distancia. Es un proceder legislativo poco elegante, confuso y, sobre todo, que revela una desatención a la cuestión normada.

En segundo lugar, es desproporciona el volumen que ocupa en la norma la exposición de motivos. Nuestro legislador abusa de las exposiciones de motivos en esta y en otras normas con el propósito de configurar una realidad nueva. No está de más recordar que, por largas que sean, las exposiciones de motivos carecen, en sentido estricto, de valor técnico jurídico, y aunque sí es cierto que sirven para enmarcar la norma y comprenderla en su contexto histórico, técnico, y social, suelen ser más apreciadas por los académicos que por los prácticos, tienen, en definitiva, más valor docto que práctico. Pero el legislador legisla para los prácticos, no para los académicos o estudiosos. Ni siquiera legisla para la posteridad, pues nada más contingente que una norma jurídica, más si cabe si es del ámbito social del derecho.

La estructura de las normas es sumamente convencional. En un primer capítulo identifica el ámbito de aplicación y proclaman los principios esenciales que estructuran la norma. En el capítulo segundo, verdadero centro neurálgico del trabajo a distancia, se regula el acuerdo de trabajo a distancia, implementando el catálogo de obligaciones que rigen para ambas partes. En el capítulo tercero se enuncian los derechos de las personas trabajadoras a distancia, con singular atención a aspectos relacionados con la dotación y mantenimiento de los equipos medios y herramientas necesarios para la realización de la actividad laboral. En el capítulo cuarto se aborda el poder de dirección del empresario a través de las facultades organizativas, abordándose en las Disposiciones Adicionales cuestiones complementarias, entre ellas dos especialmente trascendentes: el trabajo a distancia las administraciones públicas, y el rol que juega la

negociación colectiva en la elaboración de convenios colectivos que aborden el trabajo a distancia.

No vamos a exponer todas las cuestiones conflictivas de la norma, sino, más precisamente, a enumerar aquellos aspectos que, por su entidad y su distintiva regulación en relación con el trabajo convencional, puedan ilustrar al lector de la revista cómo se ha regulado en el ordenamiento jurídico español esta cuestión.

3. CARACTERÍSTICAS DEL TRABAJO A DISTANCIA

Las disposiciones generales de la norma, arts. 1 a 4, se dedican a regular su ámbito de aplicación, las definiciones, y la igualdad de derechos en relación con otro tipo de trabajadores.

3.1. IDENTIFICACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA

La norma reclama su aplicación en aquellas actividades laborales que, con “carácter regular”, se desarrollen a distancia. Y se concreta en el 30 % de la jornada el porcentaje mínimo que ha de desarrollarse de esta manera para considerarse que el trabajo debe ser calificado como de “a distancia”. Así, se considerará tal: a) el que se desarrolle en su totalidad a distancia, y también b) aquel que ocupe, “al menos, el 30 % de la jornada” en un período de referencia de tres meses. De esta manera un trabajador puede ser considerado trabajador presencial y trabajador a distancia indistintamente, aplicándosele tanto el ET como esta norma, cuando desarrolla su actividad presencial y a distancia en no menos del 30 % de su jornada. Del mismo modo, si no realiza, al menos, el porcentaje mínimo de actividad a distancia indicado en la norma -el 30 % de la jornada- no se aplicará ninguna de las previsiones de LTD.

Puede ser discutible el porcentaje -el 30 %, en vez de otros imaginables, el 25 %, por ejemplo- pero es claro que se emplea una fórmula inteligible y, hasta cierto punto, fácil de utilizar y controlar. No parece que dicho porcentaje pueda ser alterado o modificado por la negociación colectiva, por lo que estamos en

presencia de una norma de derecho necesario. La única excepción a este porcentaje es la expresada en el artículo tres para el trabajo celebrado con menores y para los contratos en prácticas y para la formación y aprendizaje en donde llega a un 50 %.

3.2. LUGAR DE REALIZACIÓN DEL TRABAJO

La clave del trabajo a distancia está en la denominación que se emplea para configurarlo: actividad laboral que se presta “en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por éste” de manera regular en el porcentaje especificado. Se sigue así la misma regla que ya se empleada en el ahora derogado art. 13 ET. Continuidad en ese sentido, aunque, en realidad, es difícil imaginar otra forma de concreción. Básicamente porque se trata de regular esa manera de ejercer la actividad profesional por cuenta ajena.

3.3. IGUALDAD DE DERECHOS

El espíritu de la norma es claro: el trabajador tiene los mismos derechos que el trabajador presencial, y no puede sufrir ningún tipo de “perjuicio” en ninguna de las condiciones de trabajo, incluyendo las remuneradoras, por el ejercicio de su actividad a distancia.

Objetivos, ambos, que se concretan de manera pormenorizada en el resto del articulado, con matices a veces difíciles de concretar y apreciar. Así, por ejemplo, en relación con las retribuciones el trabajador a distancia tiene derecho a percibir todas las propias del grupo, puesto, nivel y funciones, y también aquellas relacionadas con “las condiciones personales”, los “resultados de la empresa” y “las características del puesto de trabajo”. Parece razonable el propósito legislativo, aunque en relación con las características del puesto puede causar algún que otro problema, sobre todo en aquellos puestos de trabajo que, por su naturaleza o desarrollo concreto, requieran la presencialidad del trabajador.

Dos matices más pueden comentarse. En primer lugar, y de manera muy razonable, el interés normativo en asegurar que el trabajador no sufra perjuicio alguno por “las dificultades, técnicas u otras, no imputables a la persona trabajadora, que eventualmente pudiera producirse, sobre todo en caso de teletrabajo”. Aunque el propósito parece loable, y, en todo caso, equiparable al que acontece en el trabajo presencial -cortes de luz, de suministro de internet, de falta de pedidos, etc.-, quizá hubiera sido deseable la implementación de algún mecanismo de control empresarial de estas circunstancias. Más que nada porque en los centros de trabajo es relativamente sencillo ejercer el control empresarial, diluyéndose éste en el trabajo a distancia.

Aunque el propósito es encomiable, no se alcanza a comprender cómo la empresa puede patrocinar protección a las víctimas de violencia de género. Por eso precisa la norma que ello se hará “dentro de la capacidad de actuación empresarial”.

Es importante subrayar que los trabajadores a distancia tienen los mismos derechos de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo la adaptación de jornada, previstos en el art. 38.4 ET, modificado recientemente por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

4. EL ACUERDO DE TRABAJO A DISTANCIA

El corazón del trabajo a distancia es el acuerdo voluntario entre trabajador y empresario, que será siempre por escrito y que, obligatoriamente, debe contener determinadas menciones que puntualiza y detalla el art. 7 de forma prolija y detallada.

Es importante precisar que el trabajo a distancia no puede ser impuesto, ni por vía del *ius variandi*, ni mediante las posibilidades que permite el art. 41 ET cuando regula la movilidad funcional del trabajador. Ni siquiera, así lo entiendo, sería viable la imposición de esta modalidad de trabajo mediante la negociación

colectiva. La voluntariedad debe preservarse siempre, tanto para la suscripción del acuerdo y el establecimiento del trabajo a distancia, como para su mantenimiento a lo largo del tiempo. Por eso debe garantizarse siempre y en todo caso la reversibilidad del acuerdo, es decir, la posibilidad de volver a ejercitar actividad laboral de manera presencial en el centro físico de la empresa, garantizándose, además, que el trabajador no va a experimentar ningún perjuicio por el abandono de la modalidad de trabajo a distancia.

El documento, siempre escrito, debe formalizar en todo caso antes del comienzo de la actividad a distancia, y debe incorporarse al contenido normativo del contrato, así como comunicarse -como si se tratase de una copia básica del contrato- tanto a los representantes legales de los trabajadores, como a la oficina de empleo. Así de trascendente se considerada, con el mismo status, en definitiva, que cualquier otro contenido obligacional del contrato.

El contenido “mínimo” del acuerdo del trabajo a distancia es razonable, suficiente y adecuado. No parece faltar ninguna mención, ni se echan de más las especificadas. No se imaginan especificidades adicionales a las mencionadas.

Tres son las que, a mi juicio, merecen una mención más detallada. En primer lugar, la necesidad de que se especifiquen los gastos que pudiera sufragar el trabajador para el desarrollo de su trabajo a distancia, y también el sistema de “cuantificación de la compensación que obligatoriamente debe abonar la empresa”, y “el momento y forma para realizar la misma”. Parece claro cuál es el propósito del legislador, evitar que el desarrollo del trabajo a distancia le suponga al trabajador un desembolso económico no reintegrable. Sobre esta mención, no obstante, debe proyectar la negociación colectiva toda su capacidad normativa. Parece una materia propicia para ello.

En segundo lugar, la mención al porcentaje de distribución entre el trabajo presencial y a distancia que, dentro de la jornada total, va prestar el trabajador. Seguramente sea un instrumento que se modifique con frecuencia a lo largo de la vida del contrato de trabajo, por lo que no sorprende que no se indique cómo proceder a la concreción de los porcentajes, aunque, en la dinámica de la norma quizá sea una cuestión menor, porque no tiene ninguna consecuencia práctica.

Apréciase que el artículo 8 de la LTD se dedica a implementar un principio de prioridad hacia el trabajo presencial de los trabajadores a distancia, que puede servir, en caso de duda, para resolver problemas técnicos de modificación del porcentaje de presencialidad.

Y, en tercer lugar, es interesante la mención que realiza en relación con el “procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo de trabajo a distancia”, básicamente porque ataca uno de los problemas más vidriosos de la relación laboral: la imposibilidad de prestación laboral, que en el trabajo presencial se ha resuelto con el art. 30 ET mediante una técnica muy sencilla derivada del derecho de obligaciones del derecho civil.

Aunque no lo dice expresamente su artículo siete, por imposición del artículo 5.3 también debe figurar en el contenido mínimo del acuerdo el plazo y los mecanismos de reversibilidad del trabajo a distancia. La norma exige que se mencione expresamente la duración del acuerdo, pero no exige que se indique expresamente esta mención. Es una deficiencia técnica que también podrá ser salvada, en una buena lógica, mediante la aplicación de las reglas que imponga la negociación colectiva.

5. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES A DISTANCIA

Es razonable que la norma pretenda asegurar el ejercicio de derechos que se pueden ver comprometidos por la no presencia del trabajador en el centro de trabajo, como ocurre particularmente con el derecho a la formación y a la promoción profesional. Pero los aspectos más interesantes de esta regulación son: el de dotación de medios para el desarrollo del trabajo, el de atención precisa empresarial, y el de abono de gastos que ha sufragado al trabajador para trabajar a distancia.

El trabajador, siguiendo ese triple esquema, tendrá derecho a “la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad”, indicándose en el

acuerdo por escrito cuáles son éstos, como se le suministran al trabajador, y cómo funcionan. Hay dos problemas no del todo bien resueltos: la formación en relación con la utilización laboral de dichos útiles o herramientas, y, sobre todo, qué ocurre cuando el trabajador emplea materiales propios para trabajar a distancias, un ordenador de su propiedad, un teléfono, etc. No nos estamos refiriendo a que el trabajador adquiriera dichos instrumentos, pues para eso la norma sí implementa una solución, del todo razonable: que se reintegran los gastos ocasionados. Nos referimos a la utilización laboral de bienes (generalmente de consumo: impresoras, *routers*, *wifi*, ordenadores, etc.) que ya poseía el trabajador. Probablemente su utilización corra de cuenta del trabajador.

Llama la atención el detalle que indica la norma en relación con “la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso del teletrabajo”. Se menciona así una circunstancia que puede dar lugar a problemática muy singular y específica entre trabajador y empresario, aunque la norma señala que dicha atención “se garantizará”, con lo cual el compromiso empresarial debe ser claro y nítido. Otra cosa es cómo se preste, y, sobre todo, qué consecuencias tendrá a nivel salarial y laboral el tiempo dejado de trabajar por imposibilidad de acometer el trabajo por defecto, deficiencias, fallos o meros imponderables técnicos.

Todos los gastos que le ocasionen al trabajador el trabajo a distancia deberán ser sufragados, en toda su extensión, por el empresario, principio bastante razonable, aunque seguro que de difícil ejecución operativa. La propia norma es consciente de las dificultades que la ejecución de dicho principio puede conllevar haciendo una mención a que los convenios colectivos “podrán” establecer mecanismos de concreción y compensación de dichos gastos. Veremos cuál es el camino que emprende la negociación, aunque seguramente será tan heterogéneo que será difícil embridarlo en principios comunes de funcionamiento.

La adecuación de los demás derechos que regula es la razonable para este tipo de actividad: se prevé una cierta flexibilidad en el horario de la prestación de servicios; particularidades en el registro horario; singularidades en la prevención de los laborales, con una particularísima posibilidad de visitar el

domicilio del trabajador para el análisis y evaluación de los riesgos laborales con el objeto de cumplir las exigencias de la ley de prevención de riesgos laborales; y también se prevé la garantía del derecho a la intimidad y a la protección de datos, así como la desconexión digital.

De todos estos derechos, regulados en la norma desde el art 9 al 19 destacan tres muy concretos que, en la perspectiva del trabajo a distancia, adquieren una relevancia especialmente significativa: el derecho a la dotación suficiente y al mantenimiento de equipos informáticos necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia (art. 11); el derecho a la intimidad y a la protección de datos (art. 17) tan expuestos en esta forma de desarrollar el trabajo (art. 17), y el (más necesario que nunca) derecho a la desconexión digital (art. 18). Ellos tres merecen un tratamiento específico en este ensayo.

5.1. DERECHO A LA DOTACIÓN DE MEDIOS Y ÚTILES DE TRABAJO

Los trabajadores a distancia tienen derecho “a la dotación y mantenimiento adecuado por parte de la empresa de todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad” (art. 11). En el inventario de bienes y útiles de trabajo que se redacta para incorporar en el acuerdo de trabajo a distancia (art. 7) debe especificarse cuáles son esos bienes, a ser posible de la manera más exhaustiva. Dicho inventario se erige, en definitiva, en el instrumento que concreta cuáles son los bienes y útiles de trabajo que la empresa pone a disposición del trabajador. Apréciase que el derecho abarca tanto al suministro – “dotación”, en la terminología legal- y puesta a disposición de esos bienes – “medios, equipos y herramientas”- como a su “mantenimiento”, lo cual conlleva tanto su reparación en caso de ser necesario, como, probablemente, el suministro de los consumibles (tóner, cd, diskettes, etc.) necesarios para desarrollar la actividad laboral.

Si el acuerdo de trabajo a distancia no contuviese especificaciones al respecto, se acudiría a lo que estableciese, en su caso, el convenio colectivo de

aplicación. Se trata de asegurar, en cualquier caso, que existe una fuente normativa que discipline y ordene el suministro de estos bienes de trabajo.

La norma tiene especial precaución en concretar que en el supuesto de que el trabajo a distancia se ejerza por una persona con discapacidad la empresa tiene que asegurar que los medios que suministra, equipos y herramientas, sean “universalmente accesibles, para evitar cualquier exclusión por esta causa”.

Además de este derecho a la dotación de los bienes medios y útiles necesarios para el desarrollo del trabajo a distancia, se garantizará “la atención precisa en el caso de dificultades técnicas, especialmente en el caso de teletrabajo”. Problemas relacionados con la falta de suministro de internet, el colgamiento de los sistemas operativos *online*, la imposibilidad de acceder al correo electrónico o al intranet de la empresa, son circunstancias que deben quedar al abrigo de esta especificidad. Apréciase que la norma técnicamente hablando se refiere a “dificultades técnicas”, lo cual da muchísimo juego a entender incluido en su ámbito objetivo de proyección todas aquellas circunstancias que tengan que ver con la actualización de programas, implementación de antivirus, etc.

Lo que pretende la norma, de una forma muy sencilla, es que todo el coste que tenga que ver con la instalación de programas informáticos, su mantenimiento y actualización, así como la utilización de consumibles, sea abonado, en exclusividad, por el empresario para el que se ejerce el trabajo a distancia. De una forma similar a como ocurriría si se desarrollara al trabajo presencial en una fábrica o en una oficina

Muy interesantes la especificidad que se enuncia en el artículo 12, en relación con el “derecho al abono y compensación de gastos”. No son infrecuente, antes al contrario, que el trabajador aporte al desarrollo de su actividad laboral a distancia bienes útiles o consumibles sufragados por su bolsillo. En estos casos la norma es muy clara. Pretende, en primer lugar, dejar indubitadamente claro que “el desarrollo del trabajo a distancia deberá ser sufragado o compensado por la empresa”, precisando, en segundo lugar, que “no podrá suponer la asunción por parte de la persona trabajadora de gastos relacionados con los equipos, herramientas y medios vinculados al desarrollo de su actividad laboral”. Ambos

derechos constituyen el preámbulo del que tiene el trabajador a distancia a la “compensación o abono de estos gastos” en el supuesto de que haya corrido por su cuenta. El problema para la real efectividad de este derecho es que la norma, el art. 12.2 vincula dicho reintegro de gastos a las previsiones que al respecto establezcan los “convenios o acuerdos colectivos”, dejando fuera de estas fuentes al posible pacto al respecto que se pueda establecer en el “acuerdo” de trabajo a distancia (art. 7), y sin especificar cómo se va a proceder al reintegro en supuesto en que no existe convenio o acuerdo colectivo.

Pues bien, en este supuesto la jurisprudencia ha sido muy cauta, por no decir cicatera, en conceder el derecho al reembolso de los gastos previamente sufragados por parte del trabajador en aquellos supuestos y situaciones en que se carecía de una fuente normativa clara -acuerdo singular o convenio colectivo- que estableciera la obligación indubitada del empresario a sufragar los referidos gastos. Como muestra la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 132/2021, de 4 de junio, deniega a trabajadores a distancia, en un procedimiento de reclamación colectiva, la compensación de los gastos que se derivaron del desarrollo del trabajo en el propio domicilio particular, así como la sustitución de útiles informáticos propios por otros de la empresa, argumentando que no existía una especificidad al respecto en el convenio colectivo que era de aplicación.

No niega, con todo, que se puedan reclamar dichos gastos, pero exige que la reclamación sea individual, trabajador por trabajador, no permitiendo la acción colectiva que hubiera implementado pautas para todos los trabajadores de una sola vez, en una sola resolución. Se hace necesario, en definitiva, que cada trabajador pleitee contra la empresa por los gastos individuales que haya sufragado, desplazándose el debate, no hacia la obligación que tiene la empresa de sufragar los útiles o herramientas de trabajo, sino hacia la idoneidad del gasto que cada trabajador ha sufragado.

5.2. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS

No puede albergarse duda alguna con respecto al alto grado de exposición de su vida privada, personal y familiar, al que se somete el trabajador cuando realiza la prestación del trabajo a distancia en su propio domicilio. También, ciertamente, cuando la realiza en un lugar libremente elegido por él, que no sea la oficina, la industria, o la fábrica, pero probablemente con menor intensidad. Por eso la norma es especialmente puntillosa en afirmar que la vida privada del trabajador y su intimidad deben quedar protegidas en el ejercicio de esta modalidad laboral. Por eso afirma que la “utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados”.

Lo verdaderamente trascendente del precepto es que el fiel de la balanza que juzga las intromisiones empresariales en el ámbito privado del trabajador se somete a los principios de proporcionalidad idoneidad y necesidad, que son instrumentos interpretativos que ha ido diseñando el Tribunal Constitucional español, y con él la jurisprudencia ordinaria (prioritariamente la del orden social), en el balanceo de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Así se afirma, que cualquier orden empresarial de ámbito laboral que pueda lesionar derechos fundamentales del trabajador, no solo la intimidad sino también otros usualmente expuestos en la relación laboral: el honor, a la propia imagen, etc., debe contar con un principio de legitimidad en su adopción (necesidad), intentando que el sacrificio que el trabajador experimente en sus derechos sea proporcional al beneficio empresarial (proporcionalidad), y asegurándose que no se han podido adoptar otras instrucciones para la consecución del beneficio empresarial menos lesivas de los derechos fundamentales (idoneidad).

Lo que hace la norma, en definitiva, es incorpora en su seno el canon de adecuación de la orden empresarial al ámbito concreto en el que se está juzgando, por lo que debe entenderse como una regla muy positiva.

La ley regula otros dos derechos que se relacionan con la privacidad y la intimidad del trabajador. Prevé, que la empresa no pueda “exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia”. No se niega, no obstante, la posibilidad de que se reclame el uso de programas informáticos o aplicaciones privativas del trabajador, compensándolo incluso por ello, como se ha visto. Lo que se afirma aquí es que el trabajador no está obligado a configurar sus dispositivos privados (ordenadores, *tablet*, teléfonos, etc.) necesarios para el desarrollo de la actividad laboral que sean de su propiedad con los programas informáticos necesarios para el desarrollo del trabajo. Si fuese totalmente necesario incorporar algún programa específico -de contabilidad de gestión de datos, etc.-, el empresario, como ya hemos analizado con anterioridad, debe suministrar el equipo informático, así como comprometerse a su reparación y a su actualización, en su caso.

Probablemente la norma está aquí pensando en la posibilidad de que para actividades ordinarias, simples y sencillas de gestión telemática de parte de la actividad de la empresa, se empleen programas estándar que tienen todos los ordenadores, generalmente compatibles entre sí con una gran fiabilidad. En estos casos se podrá llegar al acuerdo de que se utilicen los útiles o herramientas privativas del propio trabajador, implementándose incluso alguna compensación por ello. Pero siempre garantizando que en el caso de que fuese necesario instalar algún programa de ordenador el trabajador puede negarse a ello.

Probablemente es una materia en donde el convenio colectivo que sea de aplicación tenga mucho que decir, más que nada porque puede haber ámbitos laborales en donde la instalación de programas operativos en aparatos privados sea algo muy extraordinario, mientras que en otros pueda ser algo común y hasta deseable. Piénsese, por ejemplo, en la implementación de las llamadas al trabajo y los turnos correspondientes en la empresa mediante la aplicación de WhatsApp. Es usual y completamente estandarizado que determinadas empresas avisen mediante esta aplicación informática de la necesidad de contar con el trabajador en determinados días y horas. No parece que la exigencia de que el trabajador que empieza a trabajar en la misma se instale dicho programa

informático tenga una naturaleza especialmente extraordinaria. Piénsese, por otro lado, en un ejemplo totalmente distinto: la implementación en un ordenador personal de los que todos tenemos en casa de un programa informático para edificar construcciones públicas (puentes, carreteras, etc.), que consume mucha memoria, que requiere gráficos en tres dimensiones que a lo mejor el ordenador no tiene, ni puede proyectar, etc.

También se prevé que las empresas implementen criterios de utilización de los dispositivos digitales, tanto de los que sean suministrados por ella, como de los privativos que se pongan al servicio de la empresa. Estos criterios, reglas auténticas de funcionamiento con este tipo de aparatos, debe respetar, en todo caso, “los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente”.

Apréciase que las fuentes de determinación de dichos estándares mínimos de protección son las normas y “los usos sociales”, diferentes estos últimos, por definición, en cada empresa o sector de actividad. Hace bien el precepto en abocar hacia la costumbre la determinación de esta cuestión, y no se aprecia que ello sea la dejación de un modelo propio en esta materia. No se avizoran, en definitiva, peligros o dificultades en que el uso social imponga determinados cánones de comportamiento en relación con la utilización de las máquinas o herramientas informáticas y telemáticas necesarias para el desarrollo del trabajo.

En su adopción se deberá contar con “la representación legal de las personas trabajadoras”. Es este, un ejemplo más de lo que venimos en llamar permanente proceso de negociación colectiva, o acuerdo informal de condiciones de trabajo. El precepto no exige que en el convenio colectivo implementen los criterios para la utilización de las máquinas o herramientas. No, lo que especifica es que en la adopción de los mismos, que puede incorporarse al convenio o no, se debe contar con los representantes de los trabajadores. Garantía colectiva bastante razonable.

Sí es llamado de forma directa el convenio colectivo para que especifique “los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por

parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia”.

Mientras que los estándares de protección en la utilización de dichos instrumentos se determinaban con participación de los representantes legales de los trabajadores, pero no se imponía su inclusión en el convenio colectivo, en esta cuestión de la utilización privada de dichos instrumentos es completamente necesario -imperativo-, porque así lo quiere la norma, que sea el convenio colectivo el que concrete de qué manera y cómo se puede utilizar de forma privada los útiles o herramientas puestos a disposición del trabajador por la empresa. Probablemente la llamada aquí a los usos sociales de dichos medios sea un canon secundario de interpretación, aplicable solamente en ausencia de llamada específica en el convenio colectivo.

Sea como fuere, es evidente, se mide desde cualquier prisma, la necesidad de que los convenios colectivos aborden estas cuestiones de manera solvente, completa, e integral. No se vislumbra mejor organización de estos derechos a la privacidad, a la intimidad, y al reintegro de los gastos, que la que puede patrocinar el propio convenio colectivo.

5.3. DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

El art. 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales organiza el derecho a la desconexión digital de los trabajadores. La LTD concede esos derechos también para los trabajadores a distancia, en particular a los que ejercer su actividad laboral mediante “teletrabajo”.

Dicho precepto prevé el derecho a la desconexión digital con el objetivo de “garantizar”, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, “el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”.

Para ello se potenciará el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar, teniendo presente el convenio colectivo aplicable, o,

en supuestos de ausencia, a “lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

Además de esta exigencia se prevé que el empleador elabore “una política interna dirigida a trabajadores.../...en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión”. Junto con esto debe elaborar un catálogo de acciones de formación, así como de sensibilización dirigidos a los empleados “sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”, teniendo especial precaución en preservar “el derecho a la desconexión digital” para aquellos trabajadores que realizan total o parcialmente el “trabajo a distancia, así como en el domicilio del empleado”.

La garantía de desconexión digital comporta, básicamente, una limitación para los trabajadores del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial que se emplean para el trabajo, especialmente durante los periodos obligatorios de descanso, respetando, en todo caso, la duración máxima de la jornada, así como cualesquiera otros límites y precauciones en materia de jornada que se prevean en la normativa convencional aplicable.

Como en todas estas materias el imperio del convenio colectivo es total. A él le corresponde el diseño de las medidas que garanticen dicha desconexión, así como la organización de la jornada para favorecer la compatibilidad del descanso con el ejercicio de la actividad laboral. Al menos hay dos llamadas directas a la negociación colectiva para que regule este tipo de cuestiones. Cuando reclama que sea el convenio quién concrete la utilización de los medios informáticos suministrado por la empresa para uso personal, y cuando se reclama que sea quien garantice el derecho efectivo a la desconexión digital.

La organización de estos derechos mediante lo que denomina “política interna” de uso de estos medios será uno de los elementos clave para el correcto funcionamiento del trabajo a distancia y la preservación de los derechos a la intimidad, la protección de datos, y la desconexión digital.

Aunque dicha política puede concretarse al margen del convenio colectivo aplicable en la empresa, lo más usual será que sea en este instrumento en el que

se incluya dicha política. Con ello se asegura, además, la participación de los representantes de los trabajadores en su adopción, con lo que ello supone de garantía adicional.

6. DIRECCIÓN Y CONTROL EMPRESARIAL

El control de los trabajadores es uno de los temas claves en cualquier forma en la que se desarrollen las actividades profesionales características de la relación laboral. Los preceptos del Estatuto de los Trabajadores están pensados, como no puede ser en una norma con cuarenta años de antigüedad -aunque con diversas versiones, la última de 2015- para una actividad presencial, en el centro de trabajo o fábrica. No está preparada, en definitiva, para el ejercicio de las potestades características del control en trabajadores no presenciales. Es obvio, por otra parte, que la visión que el ordenamiento tenga sobre esta cuestión despliega una cierta concepción ideológica del propio Estatuto de los Trabajadores y de la naturaleza de la actividad laboral. Un determinismo por un control férreo y constante (intensidad y tiempo) comporta una visión diferente que aquella que lo efectúe de manera poco vigorosa y ocasional. No es lo mismo, tampoco, contar con la presencia y participación de los representantes de los trabajadores, que poder efectuar el control sin su presencia ni conocimiento. Estamos en presencia, en definitiva, de uno de los temas más espinosos del ordenamiento laboral.

Y la LTD no resuelve mal la conciliación de intereses. Concede, en primer lugar, que la empresa implemente “las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de la persona trabajadora de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de medios telemáticos”, implementando, en segundo lugar, un canon de seguridad, pues en su adopción debe guardar “la consideración debida a su dignidad”, atendiendo a las “circunstancias personales” del trabajador, y, especialmente en supuestos de “discapacidad”.

No se entienda que el canon de la “dignidad” es un concepto jurídico hueco y sin entidad. Antes, al contrario, supone un parámetro más que definido que

encuentra su fiel de la balanza en la respuesta a dos cuestiones claves. ¿Cuál es la legitimidad de la acción empresarial adoptada?, y ¿Cuáles son los límites de la oposición del trabajador para negarse a cumplir la orden empresarial? Conociendo las respuestas a ambas cuestiones podrá, de manera equilibrada y mesurada, tenerse un conocimiento bastante preciso de la racionalidad de la medida y de la contestación del trabajador.

Téngase en cuenta que la mención a las “circunstancias personales” puede dar mucho juego para calibrar cuestiones relacionadas con la intimidad y con la conciliación de la vida familiar, personal y laboral.

Llama la atención la ausencia de comunicación obligatoria de dichas medidas a la representación de los trabajadores. En la lógica del trabajo presencial, en la fábrica o en la oficina, la comunicación de los medios que se emplean para los trabajadores debe, en todo caso, realizarse a los representantes de los trabajadores. Aquí, en el trabajo a distancia, sin embargo, parece hurtarse dicha comunicación. No parece razonable que en esta lógica laboral se prescindiera de dicha garantía. Con todo, que no sea obligatoria la comunicación no supone que el convenio colectivo no pueda exigirla. La práctica convencional tendrá mucho que decir en esta materia, pero se augura que esté será uno de los caballos de batalla de la participación sindical en las condiciones de trabajo.

7. DERECHOS COLECTIVOS

La norma se compromete a garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia en las mismas condiciones y con el mismo alcance que el resto de los trabajadores del centro de trabajo al que se encuentra adscritos (art. 19.1).

Para ello la negociación colectiva podrá implementar aquellas condiciones que crea necesarias “para garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de las personas trabajadoras a distancia”, precisamente “en atención a las singularidades de su prestación”, haciendo efectivo, mediante esta singular protección, el

“principio de igualdad de trato y de oportunidades entre la persona trabajadora a distancia y la que desempeñe tareas en el establecimiento de la empresa”.

Obviamente, no podría de ser de otra manera. Pero el problema no es tanto la declaración del derecho, sino el compromiso que adquiere la empresa para facilitar la labor representativa, lo cual constituye una novedad y un avance en la protección de los derechos de estos trabajadores. Precisa a este respecto que la empresa deberá “suministrar a la representación legal de las personas trabajadoras los elementos precisos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos, el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia”.

Piénsese en la posibilidad de asegurar el envío de información y documentación sindical a estos trabajadores por correo electrónico (si es que no está prevista esta posibilidad ya en la empresa), la posibilidad de hacer patente su presencialidad en reuniones mediante la utilización de programas informáticos - *Zoom, Wassap web, Meeting*, etc.-, así como otras que garantice su derecho a expresar su opiniones, y, en su caso, a emitir su voto de forma secreta en decisiones que requieran una toma de decisión de esta manera. El último inciso del precepto repara en esta cuestión al precisar que la empresa debe “garantizar” que los trabajadores a distancia “pueden participar de manera efectiva en las actividades organizadas o convocadas por su representación legal o por el resto de las personas trabajadoras en defensa de sus intereses laborales, en particular, su participación efectiva presencial para el ejercicio del derecho a voto en las elecciones a representantes legales”.

De manera complementaria la norma pretende que también se garantice que “no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras”. Lo cual nos conecta con dos escenarios: la imposibilidad de que el empresario participe en dicha comunicación, mucho menos restrinja o limite, y la necesidad de implantar mecanismo de comunicación ad hoc para la satisfacción de este derecho y la garantía de su puesta en práctica.

La idea de la que parte de la norma con respecto a los derechos de participación colectiva, apreciada en su integridad, es sencilla y garantista. Pretende que los trabajadores a distancia no vean perjudicados sus derechos de participación colectiva por dicha condición, imponiendo que la empresa garantice, siempre y en todo caso, que los obstáculos que puedan producirse por la propia naturaleza del trabajo a distancia, se minimicen lo más posible. Singularmente mediante la adopción de mecanismos telemáticos, informáticos y ofimáticos que permitan la creación de un tablón digital, y el aseguramiento del voto en caso de que sea necesario o conveniente la participación electoral del trabajador para la toma de decisiones colectivas. Aunque la norma no puntualiza que se debe garantizar el secreto en los sistemas de votación ni, particularmente, que el empresario no debe tener acceso al sistema de votación ni a la contabilización de los votos, ambas consecuencias pueden predicarse, sin dificultad, para los trabajadores a distancia por aplicación analógica de las garantías que se prevén con carácter general para todos los trabajadores.

8. EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Algo insuficiente son las previsiones de la DA 1^a en relación a esta cuestión. Es cierto que prevé de forma expresa (si no lo hiciera tampoco pasaría nada) que la negociación colectiva puede -no debe- identificar puestos, funciones, condiciones y duración de la jornada, la reversibilidad de la opción voluntaria, la jornada mínima presencial, y también la modulación del derecho a la desconexión digital, “así como contenidos adicionales en el acuerdo de trabajo a distancia y cuantas otras cuestiones se consideren necesario regular”. Pero, ni lo impone, ni siquiera exige que la negociación colectiva contenga un contenido mínimo.

Esto último sí es criticable. Hubiera sido más oportuno, más medurado y adecuado a la dinámica laboral que se hubiera impuesto un contenido mínimo para aquellas empresas que utilizan el trabajo a distancia, o al menos para aquellas que lo utilizan prioritariamente, o de manera muy significativa en relación con el volumen total de trabajadores que emplean. Una propuesta razonable

hubiera sido que se exigiese que se negociase el contenido mínimo del acuerdo de trabajo a distancia, aunque pudiera ser excesivo según qué casos. Pero donde sí se echa de menos una decidida intervención convencional es dos temas: la vigilancia y control de la actividad laboral por la empresa; y el sistema de compensación de gastos cuando el trabajador aporte máquinas o útiles de trabajo telemático.

Se hace realmente difícil implementar un sistema de control o de compensación de gastos sin participación sindical en la determinación del acuerdo, pues son dos temas en donde el peso específico empresarial puede descompensar la lógica interna, naturalmente equilibradora, que rigen las relaciones laborales, que también, no se olvide, como en todas las relaciones humanas, son relaciones de poder.

9. EL TRABAJO A DISTANCIA EN LA ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Esta Ley no se aplica al personal al servicio de las AA.PP., desarrollándose su modalidad de trabajo a distancia mediante su normativa específica.

Aunque es cierto que determinadas Administraciones Públicas ya se han provisto de los mecanismos idóneos para regular el trabajo a distancia dentro de su ámbito objetivo de proyección, no lo es menos que una decidida intervención normativa en este aspecto por parte de esta Ley hubiera supuesto un impulso indudablemente definitivo para la modernización de los sectores públicos. Porque hay espacios en las Administraciones Públicas, naturalmente poco propensos a adoptar este tipo de formas de trabajar (Fundaciones, Empresas sin ánimo de lucro, Entes locales, etc.), que se verían compelidos a abordar estas cuestiones de una forma eficaz y rápida si la ley les obligase a ello. Eso es, precisamente, lo que ha sucedido con los planes de igualdad, con la implementación del registro de salario, y con las auditorías laborales de género, aspectos, los tres, en los que se decidió incluir a las Administraciones Públicas por dos razones. En primer lugar, para dar ejemplaridad (pública) hacia el ámbito privado, y, en

segundo lugar, para aprovechar la oportunidad para modernizarlas y hacerlas partícipes de la modulación del cambio social que estas políticas imponen.

10. REGLAS TRANSITORIAS

Llama la atención la regulación de las situaciones en las que actualmente se trabaje a distancia. En principio la norma no es aplicable, naturalmente, a aquellas empresas que no empleen este tipo de modalidad de trabajo. Nada nuevo.

Sin embargo, para las que sí es aplicable se prevé que sus reglas entren en vigor en un determinado plazo, que depende de si las reglas convencionales que lo regulan tienen o no plazo de duración. Así, si el convenio contiene previsiones específicas la ley será plenamente aplicable desde que dichas reglas pierdan eficacia, básicamente por decaer el convenio colectivo. Pero si los convenios no tienen plazo de duración, la norma es aplicable transcurrido un año desde su publicación en el BOE, es decir, el 10 de julio de 2022, aunque también se permite que las partes acuerden sobrevenidamente un plazo superior, que no podrá exceder de tres años. En la práctica será más común apurar el plazo de tres años que el de uno.

Como se aprecia es una regla ciertamente complicada, que poco aporta y que, en realidad, supone dejar en manos de la negociación colectiva la aplicación de esta Ley. En otras ocasiones, en otras materias, la norma ha sido más dura, no dejando tanto margen a los negociadores colectivos.

11. RECLAMACIÓN EN TRABAJOS A DISTANCIA

El desbocado carrusel de los procesos (laborales, en este caso) especiales tiene una manifestación adicional con la LTD, que innova creando un nuevo art. 138 bis en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para intentar -y dicho bien, intentar- encauzar las reclamaciones que se van a generar con su aplicación, básicamente entre empresarios y trabajadores.

El problema de los procesos especiales no es tanto el de su funcionamiento técnico, sino el de su ámbito objetivo de aplicación, pues, y este es verdaderamente singular, no todos los problemas que genera la aplicación de la norma tienen encauzamiento mediante esta modalidad procesal, pues ésta sólo será aplicable para los problemas de “acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia”.

La creación de procedimientos laborales jurisdiccionales especiales es una tendencia (llego, hace años, a ser una verdadera ‘moda’) que cotiza al alza en nuestra legislación procesal. Parece como si no se tuviera especial confianza en las modalidades actuales, ya que siempre (o casi siempre) que se promulga alguna nueva norma o se innova algún derecho se regulan mecanismos procesales específicos para deducir mediante ellos las (nuevas) pretensiones sustantivas correspondientes.

Desde luego es una práctica viciosa y poco edificante, pero comprensible. Especialmente cuando se innova de manera más o menos drástica en el ordenamiento. El caso de la Ley de trabajo a distancia, no es una excepción.

Su Disposición Final Segunda introduce un nuevo artículo 138 bis en la LRJS, con el siguiente tenor literal:

Artículo 138 bis. Tramitación en reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia.

1. El procedimiento para las reclamaciones sobre acceso, reversión y modificación del trabajo a distancia se regirá por las siguientes reglas:

a) La persona trabajadora dispondrá de un plazo de veinte días hábiles, a partir de que la empresa le comunique su negativa o su disconformidad con la propuesta realizada por la persona trabajadora, para presentar demanda ante el Juzgado de lo Social.

b) El órgano jurisdiccional podrá recabar informe urgente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, remitiéndole copia de la demanda y documentos que la acompañen. El informe versará sobre la negativa o la disconformidad

comunicada por la empresa respecto de la propuesta realizada por la persona trabajadora y demás circunstancias concurrentes.

c) El procedimiento será urgente y se le dará tramitación preferente. El acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de tres días. Contra la misma no procederá recurso, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

2. Cuando la causa de la reclamación en materia de trabajo a distancia esté relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, se regirá por el procedimiento establecido en el artículo 139.

Su limitado objeto es el problema principal de la modalidad. Llama a la atención que la modalidad procesal solo sirva para el encauzamiento de las reclamaciones sobre: "acceso", "reversión", y "modificación" del trabajo a distancia. Únicamente son estas pretensiones las que pueden deducirse mediante dicha modalidad procesal.

Es, como se aprecia, una forma de regular las cuestiones del trabajo a distancia de manera bastante limitada. Sobre todo porque el propio legislador es consciente de que hay otros tipos de procedimientos para encauzar procesalmente otros tipos de reclamaciones. En el apartado segundo del mismo precepto se señala que cuando la causa de reclamación esté "relacionada" con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal y laboral (bien sean reconocidos legalmente, o bien se regulen en convenio) se acudirá a la vía procesal específica que se regula en el artículo 139 LRJS.

Es decir, el art. 138 bis entiende que no todas las pretensiones relacionadas con el trabajo a distancia deben encauzarse por la nueva modalidad procesal. Sin embargo, es la única excepción que enuncia, cuando, razonablemente,

pueden pensarse otro tipo de reclamaciones que encuentran mejor acomodo procesal en otras modalidades. No es, en definitiva, una enunciación exhaustiva.

La exclusión relativa a la conciliación parece del todo razonable, ya que los mecanismos técnicos previstos en el art. 139 LRJS que apoyan la pretensión y favorecen la decisión jurisdiccional están específicamente destinados a la apreciación de dicha singularidad. No debe olvidarse que el desacuerdo del trabajador con el empresario en lo que importa a la conciliación de la vida personal y laboral genera una misma problemática tanto sustantiva como probatoria en el trabajo a distancia o en el presencial. Es una materia, en fin, que no se ve modificada o alterada porque el trabajador desarrolle su trabajo mediante esta modalidad “a distancia”.

Lo mismo puede predicarse, idéntica conclusión, de otro tipo de pretensiones sustantivas que encuentran cauces procesales más adecuados y específicos lejos de esta nueva modalidad procesal. Sería del todo irrazonable, siguiendo con este tipo de ejemplos, que se acudiera a esta modalidad procesal para el enjuiciamiento de un despido o una extinción objetiva, prescindiendo de las modalidades específicas. Ni siquiera sería razonable que esta nueva modalidad contuviese algún tipo de regla procesal singular en lo relativo a la alegación, prueba o resolución del despido o la extinción. Se debe acudir, sin más especificaciones, a la modalidad procesal de despido que proceda, disciplinario u objetivo

Es definitiva, que la indicación de que las cuestiones de conciliación van por el cauce procesal específico es meramente ejemplificativa, porque hay otro tipo de cuestiones, aunque no se indique en la norma, que encuentran mejor acomodo procesal en otras modalidades especiales.

Tal y como se organiza la modalidad procesal, solo las cuestiones relativas al acceso, la reversión, o la modificación del trabajo a distancia pueden encauzarse mediante esta modalidad procesal. Pero hay cuestiones sumamente trascendentes que quedan, en principio, fuera del ámbito objetivo de aplicación de esta modalidad procesal. Así, sin ánimo de exhaustividad, pueden enunciarse, al menos, las siguientes: * la compensación de los gastos que el trabajador ha sufragado para el ejercicio de la actividad; * los límites al uso de los equipos,

medios y materiales de la empresa para cuestiones privadas; * la aplicación del porcentaje de presencialidad, y su distribución en relación con el de trabajo a domicilio; * la concreción del inventario de medios, equipos y herramientas; * la contestación empresarial con respecto a la idoneidad del lugar elegido por el trabajador para el ejercicio de la actividad; * la implementación de medios de control empresarial de la actividad laboral; * la identificación de los procedimientos a seguir en supuestos de que acontezcan dificultades técnicas que dificulten, impiden o retrasen el trabajo a distancia; * la obtención, conservación y tratamiento de los datos obtenidos por la empresa; * la prioridad del trabajador a distancia hacia el trabajo presencial vacante; * el cumplimiento de las acciones formativas; * las cuestiones relativas a la dotación de medios, equipos y herramientas; * la problemática del registro de la jornada; * los problemas que acontecen con la evaluación de los riesgos laborales; y * el cumplimiento del derecho a la desconexión digital.

Algunos de los problemas señalados pueden tener acomodo, sin mayores dificultades, en otras modalidades procesales, pero otros, generalmente aquellos que específicamente son producto y consecuencia de esta LTD, tiene más dificultad de acomodo. Y es que no todos ellos se relacionan directamente con el acceso, la reversibilidad, o la modificación.

Dos preguntas tenemos que hacernos para deducir por qué cauce procesal se encauzan estas pretensiones.

Primero, si las especialidades que enuncia esta nueva modalidad procesal para el acceso, la reversibilidad, y la modificación, serían de razonable utilización para el enjuiciamiento de otras cuestiones sustantivas que regula la LTD. Y, en segundo lugar, si las otras modalidades procesales cumplen satisfactoriamente con las necesidades de alegación y prueba de los derechos sustantivos que esta norma enuncia.

11.1. ¿SON ADECUADAS ESTAS ESPECIALIDADES PARA EL ACCESO, LA REVERSIÓN Y LA MODIFICACIÓN?

Aunque no le falta brío y empuje al precepto para auto cualificarse como urgente y de preferente tramitación, llama la atención la poca sustantividad que tiene las singularidades procesales que regula. Se involucra a la Inspección de Trabajo para la emisión de un informe sobre la negativa o la disconformidad de la empresa en relación con la propuesta realizada por la persona trabajadora, añadiendo, eso sí, que el informe que se evacue también versará sobre las “demás circunstancias concurrentes”, sin saber muy bien cuáles son éstas, o cuáles debería ser.

No se entiende bien por qué no se solicita informe a los representantes legales de los trabajadores, cuando éstos son los receptores del “acuerdo” signado por escrito en el que el empresario y el trabajador ha solemnizado los pactos más importantes en relación con el trabajo a distancia. Siendo, además, los que mejor conocen cuál es el convenio colectivo que es de aplicación al asunto, y los que defienden los derechos de los trabajadores en la dinámica de la aplicación de la Ley y en Convenio Colectivo en la empresa. Tradicionalmente, en otras modalidades procesales, se ha pedido dicho informe, que se incorpora como prueba testifical para conformar el criterio del Juez de lo Social al respecto.

Se mire como se mire, se antojan excesivamente escasas las especificidades procesales. No sólo por la cuestión enunciada, sino por el contenido del informe, circunscrito, única y exclusivamente a determinar la adecuación a la legalidad de la negativa de la empresa en relación con la “propuesta realizada por la persona trabajadora”. Es cierto que también pueden realizarse consideraciones sobre las “demás circunstancias concurrentes”, pero la evanescente mención queda un poco coja para dar cabida en su seno a las cuestiones relativas al acuerdo del trabajo a distancia. Hubiera sido deseable que se concibiese desde una perspectiva más amplia.

11.2. LA TÉCNICA REGULADORA EMPLEADA

El principal problema que acontece con esta regulación es que pretende regularse una modalidad procesal regulando únicamente su ámbito objetivo de aplicación desde la enunciación de los derechos sustantivos a los que pretende dar solución.

Pero el propio legislador es consciente que puede utilizarse otra técnica procesal, y por eso, en el apartado 2 especifica que cuando la pretensión procesal “esté relacionada” con la problemática de la conciliación de la vida personal y familiar se acudirá a la vía, más específica, del artículo 139 LRJS.

El empleo de esa técnica, la de acudir a la fuente del conflicto jurídico y no a la especificidad concreta de la pretensión procesal deducida, es la que se tendría que haberse articulado en este artículo 138 bis. Porque, aunque es razonable que las cuestiones, por ejemplo, de la prevención de riesgos laborales o aquellas relacionadas con la protección de datos, encuentran su acomodo en el procedimiento que corresponda, todos los derechos que enuncia el “acuerdo” por escrito que debe ser firmado entre trabajador y empresario debería haber encontrado acomodo en esta modalidad procesal.

Bueno, todos quizá no, pero sí aquellos específicamente relacionados con el trabajo a distancia que se reconocen en la LTD. Lo cual nos conecta con lo que pudiéramos entender como un defecto técnico de la norma, en la medida en que enuncia en un mismo listado, cuando lo debería haber hecho en dos distintos (consecutivos en un mismo precepto, o en dos distintos parece indiferente), derechos específicos del trabajo a distancia, junto con derechos generalistas de todo trabajador, que, necesariamente, también deben reconocerse al trabajador a distancia.

Sin ánimo de pontificar, sino de contribuir al debate, creo que el precepto está incorrectamente formulado. En primer lugar, debería haberse dado cabida -dentro del ámbito objetivo de proyección del precepto- no solo al acceso, a la reversión, y la modificación del acuerdo del trabajo a distancia, sino también a todas las cuestiones atinentes al “acuerdo” signado entre empresario y

trabajador en relación con el trabajo a distancia. Específicamente aquellas que regulan derechos y obligaciones singulares de esta modalidad de realizar la actividad laboral entre ellos los siguientes: * compensación de gastos que el trabajador ha sufragado; * el porcentaje de presencialidad, y su distribución; * la problemática del inventario de medios, equipos y herramientas; * los procedimientos a seguir en supuestos de dificultades técnicas que dificulten, impidan o retrasen el trabajo; * todo lo que tenga que ver con la obtención, conservación y tratamiento de los datos obtenidos por la empresa; * la prioridad del trabajador hacia el trabajo presencial vacante; * la dotación de medios, equipos y herramientas; etc.

Para ello hubiera sido necesario, como se ha comentado con anterioridad, que el art. 7 se dividiera en dos partes. Una primera dedicada, única y exclusivamente, para la enunciación de los derechos nuevos o novedosos que tienen las personas trabajadoras en relación con el trabajo a distancia, y otro segundo en el que se subrayara, y se recordase, que además de los derechos específicos este tipo de trabajadores gozan de los derechos que pudiéramos considerar generales de los trabajadores presenciales.

En relación con los informes que ha de evacuarse para que el Juez de lo Social resuelva las pretensiones deducidas, parecería aconsejable que además del informe de la inspección de trabajo se aportase otro de los representantes de los trabajadores. Por dos razones. En primer lugar, porque son receptores del “acuerdo” de trabajo a distancia, (como si se tratase, en realidad, de una copia básica del contrato de trabajo), en el que se concretan los derechos y obligaciones del trabajador a distancia. Y, en segundo lugar, porque conocen mejor que nadie qué Convenio Colectivo es el de aplicación, y porque tratan diariamente con la problemática concreta de la empresa en que desarrollan su labor representativa, matices, ambos, que asegurar un criterio razonable cuando se deduzcan los pleitos relativos a esta modalidad procesal.

RECOMENDACIONES BIBLIOGRÁFICAS

El libro más completo y actualizado sobre el trabajo a distancia es: VV.AA. Sánchez Trigueros, C. y Alzaga Ruiz, I. (Dir.) y Hierro Hierro, F. J. (Coord.) Francisco J.: *El trabajo a distancia: una perspectiva global*, Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, 2021.

Es un estudio sistemático de la Ley, comparando sus preceptos con los homólogos de la norma antecedente que deroga, entroncando los comentarios con la dinámica del trabajo regulado en el Estatuto de los Trabajadores e intentando detectar los problemas que puede generar su aplicación práctica, diaria. Es completo, actualizado y metódico. Puede servir como libro de cabecera para abordar un estudio sistemático más individualizado, bien de toda la norma, bien de las nociones que la componen. Aporta además bibliografía específica sobre cada institución analizada.

En Derecho Laboral Español hay dos blogs de obligada lectura, por su modernidad, por el tratamiento rápido y actualizado de los temas que tratan, por su profundidad y por lo entrelazado que organizan las entradas de sus blogs. Naturalmente, se han ocupado de esta cuestión.

Del blog de Rojo Torrecilla merece la pena destacarse el titulado: “*El trabajo a distancia: reflexiones generales y análisis del anteproyecto de ley*”, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/el-trabajo-distancia-reflexiones.html>

Y del blog de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz debe destacarse la entrada titulada: “Trabajo a distancia / Teletrabajo (Ley 10/2021)”, en <https://ignasibeltran.com/teletrabajo/>

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Departamento de Derecho Privado

Facultad de Derecho

Universidad de Extremadura

aarias@unex.es

<https://orcid.org/0000-0002-6966-8485>



Doi: <https://doi.org/10.17398/2695-7728.37.839>

DOCUMENTO: REAL CÉDULA DE CARLOS III, SOBRE BIGAMIA Y
COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES

*DOCUMENT: THE ROYAL DECREE OF CARLOS III ON
BIGAMY AND COURT JURISDICTION*

EMILIANA HABELA VACA¹

Archivo Histórico Municipal de Badajoz

Recibido: 08/09/2021 Aceptado: 18/11/2021

RESUMEN

Breve estudio que pretende dar a conocer un documento de la etapa del monarca español Carlos III (1759-1788) referente a las penas establecidas para aquellos que se casan dos o mas veces, viviendo su primera mujer, así como que estas causas deben ser resueltas por la Jurisdicción Real Ordinaria y no por el Tribunal de la Inquisición. El documento analizado es una copia enviada al Ayuntamiento de Badajoz para su cumplimiento en la ciudad y en todos los pueblos de su partido.

Palabras clave: Badajoz, Bigamia, Carlos III, Competencias de los Tribunales, Real Cédula.

¹ Licenciada en Documentación. Máster en Gestión de la Información Digital. Diplomada en Biblioteconomía. Trabaja como Técnico de Archivo en el Archivo Histórico Municipal de Badajoz.

ABSTRACT

Brief study that aims to present a document from the stage of the Spanish monarch Charles the third (1759-1788), referring to the penalties established for those who marry more than one time while living with their first wife, as well as that these causes must be resolved by the Ordinary Royal Jurisdiction and not by the Court of the Inquisition. The document analyzed is a copy sent to the City Council of Badajoz for its fulfillment in the city and in all the towns of its party.

Keywords: Badajoz, Bigamy, Charles the third, Jurisdiction of the courts, Royal Cedula.

Sumario: 1. Descripción archivística. 2. Comentario diplomático. 2.1. Real Cédula. Copia. Castellano. Impresa. Papel

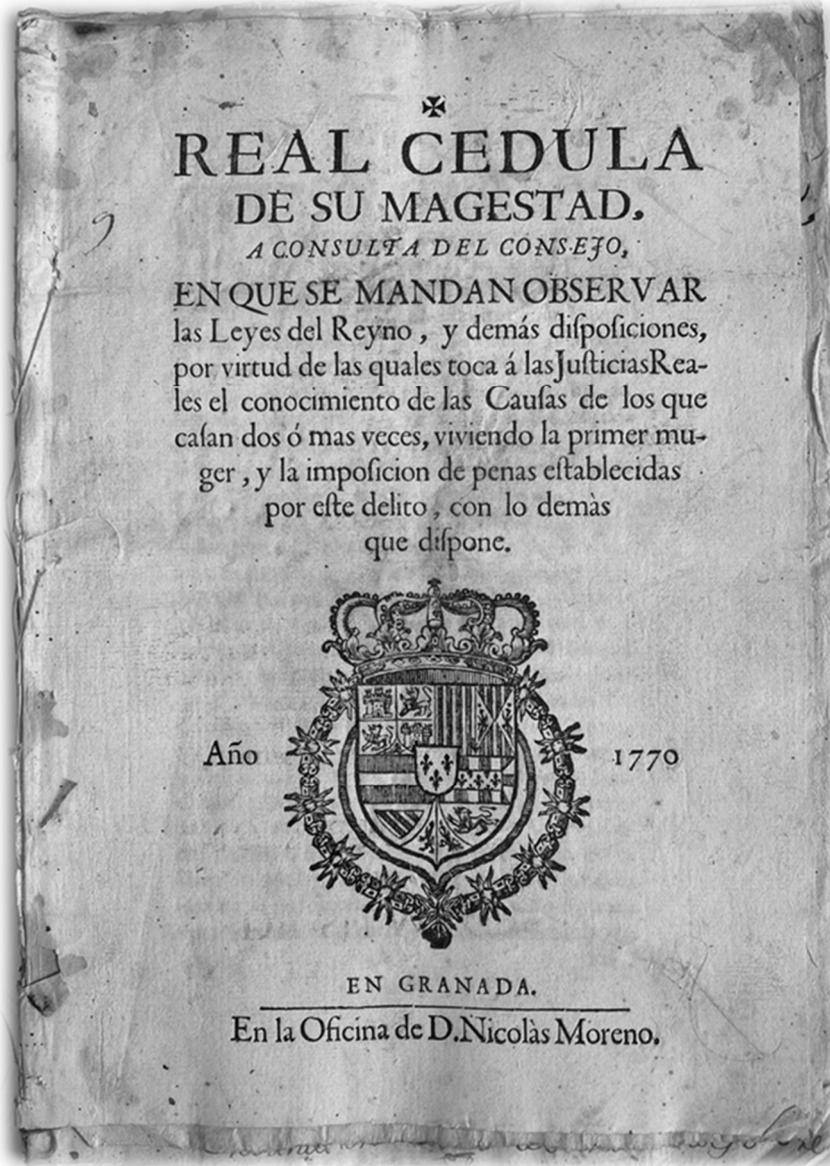


Fig. 1. Portada del documento. Fuente: Legajo 119. Expediente 34. AHMB

7
 Dios guarde à V. S. muchos años. Madrid,
 y Febrero 7 de 1770. Don Ignacio de Higareda.
 Señor Don Fernando Joseph de Yelasco. Se hizo no-
 toria en el Real Acuerdo General, celebrado por
 los Señores Presidente, y Oydores desta Real Chan-
 cillería de Granada à quinze de Febrero de mil setecientos y setenta; y se mandò imprimir, y co-
 municar. Vargas.
Es Copia de su Original, de que certifico.
 Don Joseph Manuel
 de Vargas.

DE orden del Real Acuerdo remito à V. S.
 este Exemplar para cumplimiento de su
 contenido, y respectiva comunicacion à las Jus-
 ticias de esse Partido, y del recibo me darà V. S.
 aviso, à la mayor brevedad, por mano del Señor
 Don Joseph de Burgos, Fiscal de esta Chancille-
 ría, con documento que acredite haverlo comu-
 nicado à las citadas Justicias, y quedar en poder
 de éstas, para passarlo al Supremo Consejo, co-
 mo lo tiene mandado.
 Dios guarde à V. S. muchos años. Granada, y
 Febrero 27 de 1770.
 D. Joseph Manuel
 de Vargas.

Fig. 6 y 7. Folio 7 del documento. Fuente: Legajo 119. Expediente 34.
 AHMB.

1. DESCRIPCIÓN ARCHIVÍSTICA

La descripción de un documento de archivo se realiza atento a la norma ISAD (G)². Esta descripción, se señala en la parte exterior de una carpetilla³ que contiene el documento, existiendo campos obligatorios y complementarios:

Para esta Real Cédula⁴ consignaríamos los siguientes datos:

*Código de referencia*⁵: ES/06015/01.05⁶// Leg. 119. Exp. 34 /AHMB

*Fecha*⁷: 1770, febrero, 7. El Pardo (Madrid).

Título: Copia de Real Cédula impresa de Carlos III por la que ordena que todos los Tribunales Reales, Jueces y Justicias del Reino cumplan la resolución referente a las penas establecidas para aquellos que casan dos o mas veces viviendo su primera mujer, ateniéndose a las leyes del reino, así como que estas causas deben ser resueltas por la Jurisdicción Real Ordinaria y no por el Tribunal de la Inquisición.

Autor: España. Rey (1759-1788: Carlos III)

Publicación: Madrid: Oficina de Nicolás Moreno, 1770

*Historia institucional*⁸ [Contexto Histórico]:

Carlos III fue un Rey reformador e ilustrado, emprendedor de una política decida y firme. Reinó en España entre 1759-1788, centrándonos en el año 1770

2 Norma Internacional General de Descripción Archivística.

3 La carpetilla debe tener un pH neutro y bajo contenido en lignina para evitar el deterioro del documento.

4 Una Real Cédula es una orden expedida por el Rey de España entre los siglos XV y XIX. Se utilizaba para comunicar disposiciones de gobierno u ordenar alguna acción concreta. Su contenido resolvía algún conflicto de relevancia jurídica, creaba alguna institución, nombraba algún cargo o concedía mercedes en nombramientos y comisiones.

5 Compuesto por el nombre del país, código de lugar, signatura y acrónimo del Archivo, que lo define de forma unívoca frente a cualquier otro documento de archivo en cualquier parte del mundo.

6 Este dato sobre el cuadro de clasificación va a cambiar, ya que, en la actualidad, se está elaborando un cuadro de clasificación único para la Administración electrónica, colaborando para ello los archiveros de la Junta de Extremadura, de las Diputación Provincial y de los archivos provinciales y municipales de Badajoz, Cáceres y diferentes pueblos de la provincia.

7 Data tópica y crónica [año, mes, día, lugar.]

8 Proporciona la historia institucional o los datos biográficos del productor para situar la documentación en su contexto y hacerla más comprensible.

y correlativos, observamos que el monarca puso coto a los poderes de la Iglesia, recortando la jurisdicción de la Inquisición⁹.

En años anteriores fomentó la colonización de territorios despoblados o reorganizó el ejército, al que dotó de unas ordenanzas (1768) que perdurarían hasta el siglo XX.

Creó la Orden de Carlos III para premiar el mérito personal. Protegió las artes y las ciencias; apoyó a las Sociedades Económicas de Amigos del País; sometió las universidades al patronazgo real y creó en Madrid los Estudios de San Isidro como centro moderno de enseñanza media destinado a servir de modelo. Creó manufacturas reales para poder sufragar los gastos necesidades de la Monarquía (cañones, pólvora, armas blancas, cristal, porcelana), pero también para estimular en el país una producción industrial de calidad. Impulsó la agricultura y el comercio colonial.

Nivel de descripción, volumen y soporte: Unidad documental compuesta/ Expediente

28 hojas cosidas [300 x 210 mm.]

Alcance y contenido: Se trata de una Real Cédula recibida en el Ayuntamiento de Badajoz y conservada en el Archivo Histórico Municipal. Según el cuadro de clasificación¹⁰ pertenece a la serie ¹¹ “*Disposiciones Recibidas*”.

Las “*Disposiciones Recibidas*” pertenecen a la Subsección “*Autoridades Supramunicipales*”, compuesta por algunos de los siguientes documentos

9 [Se puede observar en esta Real Cédula: “[...] por la cual declaro, que la causa contra el expresado Soldado por casado dos veces, toca privativamente a la Jurisdicción Real Ordinaria, que ejerce el Juzgado de la Auditoría de Guerra, en los que por Reales Ordenanzas están sujetos a él: Y he mandado prevenir al muy Reverendo Arzobispo de Farfalia, Inquisidor General, que advierta a los Inquisidores, que en los casos que ocurran de esta naturaleza, observen las leyes del Reyno; y que se contengan en el uso de sus facultades para entender solamente los delitos de herejía y apostasía, sin infamar con prisiones a mis vasallos no estando primero manifiestamente probado[...]

10 Instrumento de consulta resultado de la fase de identificación, que refleja la organización de un fondo documental o de la totalidad de los fondos de un archivo y aporta los datos esenciales de su estructura (denominación de secciones y series, fechas extremas, etc....)

11 Conjunto de documentos generados por un sujeto productor en el desarrollo de una misma actividad administrativa y regulado por la misma norma de procedimiento.

exógenos¹² : Auto acordado¹³, Real Cédula, Real Orden¹⁴, Pragmática Sanción¹⁵, Provisión¹⁶...

Descriptores:

Descriptores de Instituciones: Ayuntamiento de Badajoz / Consejo Real de Castilla / Real Chancillería de Granada /

Descriptores de lugares: Badajoz y provincia (España) / Granada (España) / El Pardo, Madrid (España)

Descriptores de materia: Bígamos/ Correos de vereda/ Imposición de penas/ Justicias Reales / Jueces / Leyes

Descriptores de personas:

Aranda, Conde de, Presidente del Consejo de Castilla.

Burgos, José de, Fiscal de la Chancillería de Granada.

Carlos III, Rey de España.

Gómez de la Torre, Sebastián, Corregidor de Badajoz.

Goyeneche, José Ignacio, Secretario del Rey.

Higareda, Ignacio Esteban de, Secretario del Consejo.

Herrera, Fernando, escribano del Ayuntamiento de Badajoz.

12 Son los que llegan al Ayuntamiento de forma escrita.

13 Disposición promulgada por el rey a consulta de un consejo. Fueron emanados inicialmente por consultas al Consejo Real de Castilla y posteriormente a otros consejos reales, según su competencia, pero la promulgación del rey les da valor de legislación real.

14 Es un documento que lleva inserto un mandato firmado generalmente por un ministro del gobierno o un secretario de estado, en nombre del rey de España.

15 Es un documento promulgado por el rey de España que incumbe a aspectos fundamentales del Estado, regulando cuestiones tales como la sucesión dinástica u otras.

16 *Documento* dado por los tribunales superiores para que obedecieran y cumplieran los mandatos y providencias de los inferiores y de otros tribunales.

Nava Carreño, Miguel María de la. Gobernador del Consejo de Castilla, Caballero de la Orden de Calatrava.

Vargas, José Manuel de, Secretario del Consejo.

Verdugo, Nicolás, Teniente de Canciller Mayor.

Villena y Guadalajara, José Manuel. Marqués de Montenuovo. Consejero de Castilla.

Notas:

Sello impreso en portada. Sello en tinta en 16 folios.

Estado de conservación de la Real Cédula: Regular. Presenta rotura del cosido y mancha de humedad en dicha zona (folios 1, 2, 3 y 4.) El folio 4 se encuentra dañado por efecto de las tintas ferrogálicas.

Estado de conservación de los correos de vereda: Regular. Se encuentran dañados por efecto de las tintas metaloácidas, roedores e insectos bibliófagos, presentan manchas de humedad y suciedad, con bordes gastados.

El documento se encuentra escaneado, pero aun no puede consultarse a través de internet, para poder ponerlo a disposición del usuario de forma telemática, posteriormente hay que introducir todos estos metadatos¹⁷ en un sistema de gestión electrónica, atento a las normas ISSAR(CPF), EAC-CPF, ISO 23.081, teniendo en cuenta el Formato MARC, el ESQUEMA (e-EMGDE), Modelo MOREQ, etc., consignando mínimamente los campos que son obligatorios mediante lenguajes de marcado [XML o HTML]. El resto de los campos, se podrán grabar o no, dependerá siempre del tiempo de que se dispone y la cantidad de personal que existe en el archivo. El mismo motivo provoca que puedan añadirse más descriptores de personas y de lugares, respecto el correo de vereda adjunto,

17 Los metadatos son información estructurada sobre las características de un objeto analógico o digital, que ayudan a identificar y gestionar ese recurso. [BONAL ZAZO, Jose Luis." Introducción a los esquemas de metadatos de gestión de documentos electrónicos [clase magistral emitida en directo] YouTube: 2019 [Consulta 26 de nov. de 2021] disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=HB8OwNOprbM>

introduciendo entonces todos los nombres de los pueblos de partido y los nombres de los alcaldes, escribanos y licenciados de estos.

El documento puede ser interesante para su exposición. Por su tipología documental, por su letra inicial Capitular, sus rúbricas etc.

2. COMENTARIO DIPLOMÁTICO

Los documentos jurídicos, siempre se han redactado conforme a unas fórmulas que proporcionan a los escritos la adecuada formulación jurídica de los actos que se realizan entre las instituciones y las personas. Con el tiempo, esas fórmulas y las partes que la componen, han ido tomando cuerpo y han recibido unos nombres determinados por los que se distinguen unas de otras.

Invocación simbólica: En la portada y en la parte superior en el centro aparece una cruz, así como en el papel sellado donde figura el resto del documento y el correo de vereda.

*Regesta*¹⁸: Real Cédula de Carlos III por la que ordena que todos los Tribunales Reales, Jueces y Justicias del Reino cumplan la resolución referente a las penas establecidas para aquellos que casan dos o mas veces viviendo su primera mujer, ateniéndose a las Leyes del Reino.

*Intitulación*¹⁹: Don Carlos, Por la Gracia de Dios, Rey de Castilla, de León, de Aragón, de las dos Sicilias, de Jerusalén, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Galicia, de Mallorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córdoba, de Córcega, de Murcia, de Jaén, de los Algarb[v]es, de Algecira, de Gibraltar, de las Islas Canarias, de las Indias Orientales y Occidentales, Islas y Tierra firme del mar Océano, Archiduque de Austria, Duque de Borgoña, de Brabante, y de Milán, Conde de Abfpurg, de Flandes, Tirol y Barcelona, Señor de Vizcaya, y de Molina, &c.

¹⁸ Resumen del documento.

¹⁹ La Intitulatio o Intitulación es aquella parte del preámbulo de los documentos donde se encuentra el nombre, los títulos, las posesiones y demás atributos del autor del documento.

*Dirección*²⁰: A los de mi Consejo, Presidentes y Oidores de las mis Audiencias, Alcaldes, Alguaciles de la mi Casa, Corte, y Chancillerías, y a todos los Corregidores, Asistentes, Gobernadores, Alcaldes Mayores y Ordinarios y demás Jueces, Justicias, Ministros y Personas de todas las Ciudades, Villas, Lugares de estos mis Reinos así de Realengo como de Señorío, Abadengo y órdenes, a quien lo contenido en esta mi Real Cédula toca, o tocar puede en cualquier manera.

Notificación: SABED

Exposición de motivos: Que habiendo formado Causa Don Pablo Ferrándiz Bendicho, Auditor de Guerra de la Plaza de Madrid, contra cierto Soldado Inválido sujeto a su jurisdicción, por haberse casado segunda vez, viviendo su primera consorte; teniéndola ya sentenciada, se le pasó por el Decano de la Inquisición de Corte un papel, diciéndole que enterado el Santo Oficio de que había seguido esta Causa contra el Soldado Inválido casado dos veces, cuyo conocimiento pertenecía privativamente al Santo Oficio, y que el Reo se hallaba en la Cárcel de la Villa, había acordado, que por medio de este papel se le pidiesen los Autos originales, y mandado recargar al Reo en su prisión; a cuyo papel respondió el Auditor, que los Autos que en él se citaban se formaron de orden del Conde de Aranda, Presidente de mi Consejo, y Capitán General de Castilla la Nueva, con arreglo y en conformidad de la Jurisdicción ordinaria, que reside en el Tribunal de la Auditoría de Guerra, y se sentenciaron por el mismo Capitán General, con acuerdo del Auditor, según lo prevenido en las Reales Ordenanzas, por cuya causa había pasado al Conde- Presidente, como Capitán General el oficio que le había dirigido, para que resolviese lo que estimase correspondiente; asegurando al Decano de la Inquisición de Corte, que el Reo estaba custodiado en la cárcel de Madrid, como depósito de los rematados, hasta que fuese su destino.

Con noticia que tuve de lo referido, mandé al Conde-Presidente hiciese presentes en el mi Consejo los citados papeles, para que examinase este asunto, y me consultase la regla que debía observarse: Con efecto lo ejecutó así y visto en él, teniendo presente lo expuesto por mis tres Fiscales, las peticiones de los

20 A las personas a las que va dirigido el documento.

Reinos juntos en Cortes, las Leyes Reales que tratan este delito, cuanto disponen los Sagrados Cánones y el Santo Concilio de Trento, en consulta de ocho de enero de este mismo año me hizo presente su dictamen con uniformidad de votos; y conformándome con él, por mi Real Resolución a la citada consulta, publicada esta en Consejo-pleno en treinta del mismo mes, se acordó su cumplimiento y para que le tenga en todas sus partes [...]

Dispositivo: Por la cual declaro, que la Causa contra el expresado soldado por casado dos veces, toca privativamente a la Jurisdicción Real Ordinaria, que ejerce el Juzgado de la Auditoría de Guerra, en los que por Reales Ordenanzas están sujetos a él: Y he mandado prevenir al muy Reverendo Arzobispo de Fafalia, Inquisidor General, que advierta a los Inquisidores, que en los casos que ocurran de esta naturaleza, observen las leyes del Reino; que no embaracen a las Justicias Reales el conocimientos de estos delitos, que les corresponden según ellas: y que se contengan en el uso de sus facultades para entender solamente los delitos de herejía y apostasía, sin infamar con prisiones a mis vasallos no estando primero manifiestamente probado: Y mando a todos mis Tribunales Reales Jueces y Justicias de estos mis Reinos que en la parte que les toca, guarden y cumplan esta mi Real Resolución y lo dispuesto en las citadas leyes, castigando a los que incurrieren en este crimen con las penas impuestas en ellas, celando no se experimente la menor contravención en manera alguna, por venir así a mi Real servicio y bien de mis vasallos. Que es así mi voluntad, y que al traslado impreso de esta mi Cédula, firmado de Don Ignacio Esteban de Higareda, mi Secretario y Escriv[b]ano de Cámara más antiguo y de Gov[b]ierno de mi Consejo, se de la misma fé y crédito que a su original, Dada en el Pardo a cinco de febrero de mil setecientos setenta. YO EL REY. [...]

*Escatocolo*²¹:

Datación, tónica y cronológica: 1770, febrero, 5. El Pardo.

21 El escatocolo, es la parte final de un documento público o privado que, usualmente, contiene las fórmulas necesarias para su autenticación y datación. La expresión se acuñó para distinguir dentro del documento la parte inicial del texto y la conclusiva.

Validación por parte del autor y del refrendario: YO EL REY. Yo, D. José Ignacio de Goyeneche, Secretario del Rey

2.1. REAL CÉDULA. COPIA. CASTELLANO. IMPRESA. PAPEL

Respecto del formato el documento se presenta en forma de cuadernillo cosido, a lo largo del borde izquierdo con cuatro costuras en el anverso y cuatro en el reverso, que suele ser la forma usual de la época. Se utiliza el folio de 300 x 210 mm, escritos por ambas caras con márgenes justificados.

La Real Cedula se encuentra foliada.

El papel es de una gran calidad, resistente y con buena textura.

Adjunta a la Real Cédula se presentan dos correos de vereda²² manuscritos, el primero se distribuye entre los pueblos de partido siguientes: Almendral, Atalaya, Barcarrota, Burguillos, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros, Oliva, Salvaleón, Salvatierra, Valencia del Mombuey, Valencia del Ventoso, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Valverde de Burguillos, Valverde de Leganés y Zahínos. El segundo correo se distribuye entre estos otros pueblos: Albuera, Alburquerque, La Codosera, Corte de Peleas, Feria, La Morera, Nogales, La Parra, La Roca, Santa Marta, Solana, Talavera, Torre de Miguel Sesmero, Villalba, Villar del Rey y Zafra.

Sobre la Jurisdicción Real Ordinaria:

Según el doctor y profesor titular de Historia de la Universidad de Extremadura D. Pedro Luís Lorenzo Cadarso, se entiende por Jurisdicción²³ Real Ordinaria:

22 El correo de vereda era la antigua forma de informar a los alcaldes de todos los pueblos sobre las decisiones reales. Un señor a caballo llevaba las disposiciones recibidas en los ayuntamientos de la capital y las distribuía en los pueblos de los partidos judiciales. Allí el alcalde de cada pueblo firmaba que lo había recibido y lo ponía en conocimiento de los vecinos, a través de un pregonero si lo había o bien a través de la copia de la Real Cédula expuesta en un lugar indicado para ello.

23 LORENZO Cadarso, Pedro Luis. *Los tribunales castellanos en los siglos XVI y XVII: Un acercamiento diplomático*. [en línea]. Revista general de información y documentación, ISSN 1132-

[...] “aquellos tribunales que constituyen la red institucional de la justicia ordinaria, tanto alcaldes y jurados municipales de realengo, como corregidores, alcaldes mayores y otros tribunales ubicados en realengo. También la red de tribunales superiores, Audiencias, Chancillerías, Casa y Corte y Consejos [...]

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS²⁴

- Aranor. *Norma Aragonesa para la descripción de documentos en Archivos* [en línea]. Zaragoza, 2014. [Consulta 24 de nov. de 2021]. Disponible en: http://www.dehuesca.es/~sipca/IMAGEN/documentos_web/ARANOR-2-ed.pdf
- Bonal Zazo, José Luis. “*El Documento electrónico y el Archivo*” [PDF] [Consulta 24 de nov. de 2021] Disponible en: <http://archivopriegodecordoba.com/uploads/r/null/8/o/1/801473820b0bae636dc75363eebc5dc44a256eb69a3d7b5d992507fb0854c091/01-doc-electronico-y-archivo.pdf>
- Diccionario Bibliográfico electrónico. Real Academia de la Historia [en línea]. [Consulta: 24 de noviembre de 2021]. Disponible en :<https://dbe.rah.es/biografias/35816/miguel-maria-de-la-nava-y-carreno> // <https://dbe.rah.es/biografias/43584/jose-manuel-de-villena-y-guadalajara>
- Diccionario de terminología Archivística. [en línea]. Subdirección General de Archivos Estatales, 1995. [Consulta 23 de nov. de 2021]. Disponible en: http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/areas/archivos/mc/dta/diccionario.html#_s
- Fernández, Tomás y Tamaro, Elena. «*Biografía de Carlos III*». En *Biografías y Vidas. La enciclopedia biográfica en línea* [Internet]. Barcelona, España, 2004. Disponible en https://www.biografiasyvidas.com/biografia/c/carlos_iii.htm [Consulta: 20 de noviembre de 2021].
- Heredia Herrera, Antonia. *La Norma ISAD(G) y su terminología, análisis, estudio y alternativas*. Madrid: Anabad: Arco libros, 1995

1873, ISSN-e 1988-2858, Vol. 8, N° 1, 1998, págs. 141-169 [Consulta 29 de nov. de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=170021>

24 Hemos seguido el estilo de citación Chicago, de conformidad con las instrucciones de *AFDUE*.

- ISAD (G): *Norma Internacional General de Descripción Archivística* 2 ed.. [PDF]. Suecia: ICA, 1999. [Consulta 19 de nov. de 2021]. Disponible en: <https://www.ica.org/sites/default/files/isad%20g%20SP.pdf>
- Lorenzo Cadarso, Pedro Luis. *Los tribunales castellanos en los siglos XVI y XVII: Un acercamiento diplomático*. [en línea]. Revista general de información y documentación, ISSN 1132-1873, ISSN-e 1988-2858, Vol. 8, Nº 1, 1998, págs. 141-169 [Consulta 29 de nov. de 2021]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=170021>
- MDM: *Manual de Descripción multinivel: propuesta de adaptación de las normas internacionales de descripción archivística*. Valladolid: Junta de Castilla y León, 2000.
- Tallafigo, Manuel. *“De Diplomática y Archivística”*. Universidad de Sevilla, 2017.
- UNE-ISO 23081-1. *Información y Documentación. Proceso de Gestión de Documentos. Metadatos para la Gestión de Documentos*. Parte 1, Parte 2 y Parte 3 Madrid: Aenor.
- UNE-ISO 30300. *Información y Documentación. Sistema de Gestión para los documentos. Fundamentos y vocabulario*. Madrid: Aenor, 2011.
- UNE-ISO 30300. *Información y Documentación. Sistema de Gestión para los documentos. Requisitos*. Madrid: Aenor, 2011.
- UNE-ISO 30300. *Información y Documentación. Sistema de Gestión para los documentos. Guía de implementación*. Madrid: Aenor, 2011.

EMILIANA HABELA VACA

Archivo Histórico Municipal de Badajoz

ehabelav@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-6472-6527>



EL USO AUTÓLOGO EVENTUAL DE LA SANGRE Y TEJIDOS DEL
CORDÓN UMBILICAL. LA INTERVENCIÓN DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DURANTE EL PARTO PARA
PERMITIR SU CONSERVACIÓN EN BANCOS PRIVADOS

*THE EVENTUAL AUTOLOGOUS USE OF UMBILICAL CORD BLOOD
AND TISSUES. THE INTERVENTION OF PUBLIC
ADMINISTRATIONS DURING CHILDBIRTH TO ALLOW
ITS CONSERVATION IN PRIVATE BANKS*

MERCENARIO VILLALBA LAVA¹

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura

Recibido: 24/10/2021

Aceptado: 22/12/2021

RESUMEN

Se plantea la cuestión respecto de los Servicios públicos de Sanidad, si éstos deben colaborar, en el momento del nacimiento del niño, con las empresas privadas para que

¹ Mercenario Villalba Lava es Doctor Europeo en Derecho por la Universidad de Murcia. Magistrado Especialista de lo Contencioso-Administrativo. Magistrado de lo Contencioso-Administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Ha sido Magistrado en Juzgados y Tribunales en la Instrucción y Enjuiciamiento de delitos y en Primera y Segunda Instancia en asuntos civiles y contencioso-administrativos. Ha ejercido como Profesor Tutor en la UNED y como Profesor Asociado en las Universidades de Extremadura y Murcia; asimismo, ha sido Profesor en las Escuelas de Práctica Jurídica de los Colegios de Abogados de Badajoz y Murcia. Es autor de múltiples publicaciones sobre Derecho administrativo, tributario y orgánico judicial; asimismo, cuenta con diversos trabajos científicos sobre Derecho civil, especialmente en materia de consumidores.

sea factible la conservación de la sangre del cordón umbilical, incluso aunque se encuentren los centros de custodia situados en el extranjero. Se razona sobre la titularidad de la sangre y tejidos del cordón umbilical, sobre los deberes de los padres y también de la Administración en estas circunstancias.

Palabras clave: Sanidad Pública, cordón umbilical, trasplante autólogo, potestad administrativa, derechos de los padres.

ABSTRACT

The question arises regarding the Public Health Services, if they should collaborate, at the time of the child's birth, with private companies so that the conservation of the umbilical cord blood is feasible, even if the custody centers are located abroad. The ownership of the blood and tissues of the umbilical cord, the duties of the parents and also of the Administration in these circumstances are reasoned.

Keywords: Public Health, umbilical cord, autologous transplant, administrative power, parental rights.

Sumario: 1. Introducción: La conducta de nuestros reyes. 2. Las causas científicas de esta conducta. 3. El debate ético. 4. La postura de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. 5. El régimen jurídico vigente. 5.1. La titularidad de la sangre del cordón umbilical. 5.2. Sobre la donación de sangre del cordón umbilical. 5.3. Sobre las potestades administrativas y los deberes legales implícitos. 5.4. Sobre la doble toma de sangre del cordón umbilical. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: LA CONDUCTA DE NUESTROS REYES

Para tratar el tema que nos ocupa es interesante traer a colación la conducta que llevaron a cabo nuestros Reyes con sus hijas siendo Príncipes.

Al nacer la infanta Leonor en la clínica “Ruber Internacional” de Madrid, el 31 de octubre del 2006, uno de los médicos que intervino en el nacimiento cortó el cordón umbilical de la recién nacida y extrajo sangre de él. La depositó en una bolsa especialmente diseñada para ser enviada, por vía aérea, hasta el *Cord Bold*

Registry de Tucson (Arizona), con el coste de 1500 € de entrada y 100 € anuales por cada uno de los 15 años que estarán almacenados².

De la citada sangre se sacaron las células madres que se congelaron para hacer frente en el futuro a posibles enfermedades de la médula ósea y del sistema inmunológico, ya que se están utilizando para enfermedades como la leucemia, el linfoma o algunos tumores infantiles.

Según recoció el entonces el Ministerio de Sanidad, tal actuación constituía una práctica extendida en países como USA, Bélgica, Holanda y Reino Unido, considerándose que en España resulta admisible que se conserven células madres en el extranjero³.

El cordón umbilical de la infanta Sofía, sin embargo, en parte, se quedó en Madrid, ya que según informó el Príncipe de Asturias, tras el parto habría habido suficiente sangre para dos bolsas: una que se envió a un centro público español y otra que se remitió a un centro privado del ámbito europeo⁴.

2. LAS CAUSAS CIENTÍFICAS DE ESTA CONDUCTA

Al día de hoy, la medicina regenerativa a través de la terapia celular mediante la creación de tejidos humanos no solo representa un futuro científico prometedor sino la posibilidad de presente de tratar y curar patologías, no solo para la persona titular de las células (uso autólogo⁵), sino histocompatibles (uso alogénico⁶). La sangre y los tejidos del cordón umbilical contienen células muy útiles para estos fines.

2 Fuente: elmundo.es 26/02/2006 EFE / EUROPAPRESS. MADRID

3 Una parte importante de la sociedad española, especialmente tras la lectura del Real Decreto 1301/2006, podría entender que la postura de los Príncipes, al guardar para su exclusivo uso la sangre del cordón umbilical de su primera hija, no habría sido lo solidaria y ejemplarizante que debiera. Quizás tal conclusión sea precipitada.

4 Fuente: EFE.MADRID.elmundo.es España 29/04/2007

5 Autólogo es un término médico adaptado de la palabra inglesa *autologous* para designar a los trasplantes y las transfusiones en las que la misma persona es a la vez donante y receptora.

6 Alogénico: "alo" significa *otro por lo que* las células madre de los alotrasplantes proceden de una persona distinta del paciente, ya sea un donante relacionado o no relacionado.

La evidencia médico-científica de que disponemos pone de manifiesto la utilidad de conservar materiales biológicos como órganos, tejidos y células, separados del organismo por diversas razones y que hasta hace no mucho tiempo eran desechados. La razón es que, en estos materiales, con frecuencia, se encuentran células madres, cuya utilidad para tratamiento de dolencias, hasta ahora intratables, cada vez se hace más patente.

Existen tratamientos basados en los trasplantes de células madre y al mismo tiempo aparecen ensayos de otras posibilidades terapéuticas. De ahí, la confianza de la comunidad médico-científica en el desarrollo de la medicina regenerativa basada en terapias celulares.

Entre los materiales objetos de conservación sin duda, destaca la sangre del cordón umbilical, portadora de células progenitoras hematopoyéticas⁷ y otras células madres como las mesenquimales⁸.

El valor de la sangre del cordón umbilical está fuera de duda, son ya decenas de miles los trasplantes de cordón umbilical llevados a cabo en el mundo, siendo cientos de miles, las unidades conservadas en los diversos Bancos del mundo. No cabe ninguna duda que al día de hoy las células de la sangre del cordón umbilical tienen una utilidad clínica demostrada para el trasplante que restaure la regeneración de la sangre en el tratamiento de leucemias, linfomas y en general, tumores derivados del sistema hematopoyético.

Se trata de solucionar un problema de reparación de un tejido dañado mediante la utilización de una muestra de células del cordón umbilical. Ésta debe tener un sistema inmunitario de histocompatibilidad apropiado e idéntico al del receptor.

7 Célula inmadura que se puede transformar en todos los tipos de células sanguíneas, como glóbulos blancos, glóbulos rojos y plaquetas. Las células madre hematopoyéticas se encuentran en la sangre periférica y en la médula ósea. También se llama célula madre sanguínea.

8 Las células madre mesenquimales (CMM) son células madre multipotentes que se encuentran en la médula ósea y son importantes para fabricar y reparar tejido esquelético, como el cartílago, el hueso y la grasa de la médula ósea.

El primer uso de la sangre del cordón umbilical puede ser el autólogo, es decir, para tratar al mismo paciente cuya sangre umbilical se mantiene conservada. Es el caso, por ejemplo, de niños que han desarrollado un proceso canceroso resultado de una alteración genética surgida con posterioridad a su nacimiento, tratándose esta de una posibilidad poco probable, si bien no la única, ya que la sangre del cordón umbilical también resulta adecuada para uso alogénico, es decir en otra persona para la que resulte histocompatibles.

Naturalmente, las probabilidades de que concurra esta histocompatibilidad son mucho mayores en personas emparentadas, sobre todo entre hermanos de aquellos de quienes procede la sangre del cordón umbilical.

El HLA humano es un carácter complejo que funciona como un sistema autosómico recesivo. Está codificado por cuatro genes estrechamente ligados, denominados HLA-A a HLA-D con un elevado número de alelos por loci. De esta forma, la probabilidad dos personas con el mismo genotipo (mismos alelos en los diferentes genes) es muy baja. Sin embargo, dada la estrecha proximidad de todos los genes, tienden a transmitirse sin recombinación, como un bloque por las vías gaméticas masculinas y femeninas.

Es decir, a los efectos de la transmisión hereditaria el sistema HLA, se asemeja a un gen simple autosómico. De este modo la probabilidad de recurrencia de un descendiente con idéntico sistema HLA a un hermano ya nacido es a los efectos del 25%.

La utilidad de las células madres del cordón umbilical muestra su utilidad para el tratamiento esencialmente de: enfermedades adquiridas: anemia aplásica. La médula ósea puede perder su normal función hematopoyética por diferentes causas (tóxicas, medicamentosas, virales, etc.) con consecuencias fatales, aunque no exista un proceso maligno. En la aplasia modular adquirida, los progenitores hematopoyéticos provenientes de la sangre del cordón umbilical pueden recuperar la función medular mediante el trasplante auto logo puesto que están sanos.

La alteración medular en estos pacientes invalida la alternativa de utilizar progenitores hematopoyéticos de su medula, ya que sus niveles de glóbulos blancos eritrocitos y plaquetas son muy bajos y no responden a los factores de crecimiento de colonias granulocíticas, lo que dificulta la realización de aféresis de sangre periférica en estos casos, de ahí que se necesite un trasplante.

Tumores sólidos: El neuroblastoma. Cáncer extra craneal más frecuente en niños, que puede invadir la medula ósea y dar lugar a indicaciones para uso de sangre de cordón umbilical autólogo. El tratamiento habitual de esta enfermedad es la quimioterapia, pero en los casos resistente o recidivantes está indicado el trasplante auto logo.

Enfermedades Genéticas: En algunos trastornos de base genética, como fallos medulares, síndrome de inmunodeficiencia, enfermedades metabólicas de depósito, hemoglobinopatías y otros como se suele requerir un trasplante alogénico. No obstante, hay enfermedades en las que ya se plantea la realización de terapia génica, como en algunos trastornos auto inmunitarios, la anemia falciforme, la anemia de Fanconi o la epidermólisis bullosa. La sangre del cordón umbilical se perfila como la mejor terapia génica correctora de la alteración genética.

La conservación de la sangre del cordón umbilical en un banco privado tiene interés tanto por su posible uso autólogo como alogénico, en este último caso para personas emparentadas, sobre todo si se trata de hermanos. Son muchos los casos en los que es necesario el trasplante de sangre del cordón umbilical de donante emparentado, especialmente de un hermano. Pero en la mayoría de los casos, la enfermedad no tiene un componente hereditario y por tanto es imposible o predecir su aparición como ocurre con las leucemias.

Es cierto que también podrían utilizarse otras fuentes de progenitores hematopoyéticos como la sangre periférica o la medula ósea, pero hay situaciones en que ello no es posible (enfermedad del donante que contraindique el procedimiento, situación personal, embarazo, distancia geográfica, etc..) sin olvidar que tanto la extracción tanto de medula ósea como de sangre periférica aunque es un procedimiento seguro no está exente de riesgos y molestias como el uso de

anestesia general o las molestias derivadas de la administración de factores de crecimiento.

Otros muchos usos posibles de progenitores hematopoyéticos de la sangre del cordón umbilical en medicina regenerativa se encuentran en fase de investigación y concretan ya en ensayos clínicos reglados que, sin duda, se verán ampliados en los próximos años, sin olvidar las opciones que la experimentación más avanzada plantea para el uso de estas células como su reprogramación directa a neuronas por el estadio de células iPS.

En abril 2013, investigadores del grupo de medicina regenerativa del Instituto de investigación “12 de Octubre” del Hospital del mismo nombre de Madrid lograron demostrar en el laboratorio, la capacidad que tienen las células madres obtenidas en la placenta, que son *mesenquimales* como las de la médula ósea y tienen capacidad para convertirse en cualquier órgano y para regenerar el hígado. Esto, sin duda, abre las puertas a un tratamiento alternativo al trasplante hepático o a una solución transitoria para enfermos en lista de espera. Su actuación consistió en generar en el laboratorio unos hígados en miniatura.

En el debate de las células embrionarias ha de tenerse en cuenta que los bebés se desarrollan, no se fabrican, lo que tiene transcendencia en el debate del aborto o la eutanasia. Debe tenerse en cuenta que la naturaleza o forma de un ser vivo está en sus genes desde el principio y no existe un constructor externo, sino que la vida se desarrolla en sí misma y está ahí, con independencia de su aspecto o su función⁹.

9 Sobre la utilidad de las células madre puede verse a Juan Gabriel de la Cruz Rodríguez, “La situación de la investigación con células madre en España. Fundamentos jurídicos de la investigación con células madre embrionarias”, *Biomedicina y Derecho Penal, Cuadernos Digitales de Formación*, V, 44 (2009), que señala las específicas ventajas que presenta este tipo de células madre (SCU), es decir, de la sangre del cordón umbilical. Los defensores de realizar una reserva de las células madre obtenidas de la sangre del cordón umbilical (SCU) refieren las siguientes ventajas: Son muy vitales y se pueden convertir en muchos tipos diferentes de células especializadas. Se obtienen de manera sencilla, sin dolor y sin ningún tipo de riesgo ni para la madre ni para el bebé. Están libres de elementos cancerígenos y no tienen virus, gracias a la protección que han tenido en el útero.

Se ha demostrado que pueden sobrevivir un periodo de 15 años de congelación, aunque se cree que pueden permanecer congeladas muchos más años sin mayores problemas. Son totalmente compatibles con el propio bebé y de cara a otros miembros de la familia (que comparten material genético)

3. EL DEBATE ÉTICO

Para evitar en parte este debate ético-científico en diversos países, británicos, canadiense, israelíes, japoneses o españoles han logrado crear células madre a partir de la piel, produciendo materiales genéticamente idénticos a los del paciente en cuestión.

Todas las células del organismo tienen el mismo genoma, una copia que heredada de la célula formada por un ovulo y un espermatozoide. La razón por la que forma un hígado o una neurona se debe a los distintos factores de transcripción que se encuentran los genes y que obedecen a otros genes. Son genes subordinados llamados Oct 4, Sox 2, Kef 4 y Myc llamadas “factores de Yamanaoka”, que reclutan a su servicio a un gen represor llamado Mbd3, que desactivado determina que las células adultas recuperen su primitiva condición de células madres, con una eficacia cercana del 100 %.

4. LA POSTURA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA

La STSJ de Extremadura 74/21 de 22 de abril (ponente Sr. Ruiz Ballesteros) estima el recurso de apelación presentado contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Mérida (éste había desestimado la demanda) y con ello estima la solicitud de una usuaria del SES para la formalización de un convenio de colaboración que permitiese la entrega a la sociedad

tienen un grado mejor de aceptación que las células madre de medula ósea. No plantean ningún tipo de dilema ético, ya que no se destruye ningún embrión para su obtención. En caso de necesidad de donación, tienen una disponibilidad inmediata.

Esto supone un menor coste y menos riesgo para el receptor. La cantidad de células madre contenidas en cada unidad de volumen es mucho mayor que las encontradas en la medula ósea. El único inconveniente es que, en este caso, el volumen obtenido es limitado al grosor y el tamaño del cordón umbilical. No obstante, existe cierta polémica sobre la utilidad práctica de las células madre obtenidas de sangre del cordón umbilical. El desacuerdo no viene de la utilidad científica de los tratamientos con estas células, ya que se han realizado miles de ellos y están más que probados de manera formal. Se trata más bien de cierta desconfianza sobre su utilidad práctica y sobre ciertas estrategias comerciales un tanto dudosas por parte de algunos Bancos privados.

recurrente de la sangre del cordón umbilical que se obtuviese durante el parto para un uso autólogo eventual.

Se estima el recurso de apelación, revocando la sentencia desestimatoria de la instancia y anulando la resolución impugnada desestimatoria de la solicitud para la formalización de este convenio de colaboración entre el SES y una entidad mercantil y, en su lugar, se reconoce a la recurrente el derecho a la entrega de la sangre del cordón umbilical obtenida durante el parto. El SES debía realizar las actuaciones que sean precisas para el ejercicio del derecho de uso autólogo eventual reconocido en el Real Decreto-ley 9/2014, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

La concreta controversia residía, en el fondo, en si debía accederse a la solicitud de una usuaria del servicio público de salud, que reclamaba el ejercicio de los derechos contemplados en el Real Decreto-ley 9/2014 y que alegaba que, en caso de no estimarse la demanda se frustraría el efecto útil del RD. Ley 9/2014, además de vulnerarse el principio de igualdad entre las distintas Comunidades Autónomas. Se estima el recurso al tratarse de un derecho de la paciente.

Se razonaba, incluso, en la sentencia que, si bien no está comprobada la utilidad de un uso autólogo eventual, tampoco está comprobado lo contrario, que sea prejudicial, de manera que existiendo una regulación que ampara la libertad del paciente para la reutilización de las células no puede oponerse un estado de la ciencia que se desconoce en el presente momento cómo evolucionará.

Esta sentencia de Extremadura tiene bien presente lo que se estableció en la STS 915/2018 de 4 de junio en el rec. 550/2016, que, aunque no tenía el mismo objeto, sí que contenía razonamientos relevantes y más en concreto en su FJDCO Octavo, en donde se decía:

“Si debidamente informada una usuaria del SERGAS opta por el uso autólogo eventual, es obvio que se planteará cómo satisfacer esa legítima opción, para lo que puede plantearse la necesidad de un acuerdo puntual con un establecimiento de tejidos, para lo cual cabría plantearse si el SNS podría aprovechar en esos casos concretos sus propios Bancos de sangre de cordón umbilical. Pero ese no es el pleito: el pleito no es entre esas usuarias frente al SERGAS si es que no es posible hacer esa opción en el ámbito y con los medios del SERGAS, sino entre IVIDA y el SERGAS, en el que hay que concluir que de las normas que invocó, cuya interpretación hace suya la sentencia impugnada y que ahora se alegan como infringidas, no se deduce que sea titular de un derecho subjetivo, general, abstracto y ejercitable frente al SERGAS que le obligue a convenir con IVIDA para que ésta extienda su legítima actividad mercantil”.

Sobre la base de la citada STS, la Sala de Extremadura concluye que:

1. Existe un derecho u opción legítima de la usuaria del SES a optar por el uso autólogo eventual.
2. El ejercicio del uso autólogo eventual no supone la ampliación por vía judicial de la cartera de servicios reconocida en el sistema nacional de salud sino el ejercicio de un derecho previsto en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio.

Pero la citada sentencia de Extremadura aporta más argumentos para fundar su decisión:

“SÉPTIMO. La denegación acordada por el SES conlleva que los derechos reconocidos a la usuaria del SES en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, no puedan llevarse a cabo y se produzca una discriminación según la Comunidad Autónoma donde residan los progenitores, pues algunas Comunidades Autónomas han celebrado convenios de colaboración con establecimientos privados de tejidos y Bancos de sangre, o el centro público o privado donde tenga lugar el parto.

Lo que está en juego es el principio de igualdad de los pacientes y el ejercicio de los derechos plasmados en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, que no

puede depender de la Comunidad Autónoma o del carácter público o privado del centro hospitalario donde se produzca el parto (...).

La página web de la Organización Nacional de Trasplantes en el apartado de Donación de Sangre de Cordón Umbilical expone que el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, reconoce la capacidad de los padres de poder guardar la sangre de cordón umbilical de su hijo para uso autólogo eventual, pudiéndose guardar la sangre de cordón umbilical del hijo en alguno de los Bancos autólogos autorizados en España o enviar la sangre del cordón umbilical del hijo a cualquier banco fuera de nuestro país siempre que se cumplan las condiciones que recoge la norma legal¹⁰.

Termina por reconocer la sentencia de Extremadura que:

“estamos ante un derecho de la paciente con amparo legal, que no perjudica a terceros y que no comporta riesgos para la sanidad pública, y que precisa ser instrumentado con la actividad libre y transparente de entidades públicas o privadas que hagan efectivo ese derecho, conforme a las previsiones contenidas en el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio”.

De lo expuesto parece deducirse que nos encontramos ante un caso claro y la STS da por supuesto un derecho de los padres o del neonato a que se guarde la sangre de su cordón umbilical en un centro privado que puede situarse en España e incluso en el extranjero.

10 Debe tenerse en cuenta, en este sentido, que el Real Decreto 9/2014 en cuanto determina aspectos esenciales para la protección de la salud y de la seguridad de las personas, tanto de los donantes como de los posibles receptores, tiene la condición de normativa básica, al amparo del artículo 149.1.16.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre bases y coordinación general de la sanidad, de acuerdo con lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Se exceptúan de lo anterior el artículo 23, que se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de sanidad exterior y el artículo 29, que se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.15.^a, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

5. EL RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

El régimen jurídico vigente en esta materia viene establecido, como muy bien se señala en la sentencia de Extremadura mencionada, por el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejido humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos¹¹.

Se señala en este Real Decreto-Ley, al igual que en el Real Decreto precedente, que el trasplante de células y tejidos humanos ha experimentado un incremento considerable en los últimos años.

En el ámbito de la Unión Europea y con el fin de regular la creciente utilización clínica de dichos elementos se ha aprobado la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al

11 Esta materia venía regulada por el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecían las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos, que vino a transponer la normativa Comunitaria al ordenamiento jurídico interno de España que el Tribunal Supremo anuló, por insuficiencia de rango, mediante sentencia de 30 de mayo de 2014.

Hemos de tener en cuenta que la norma utilizada posteriormente fue un Real Decreto-Ley sobre la base de que el Tribunal Constitucional ha señalado, en sentencias como la 182/1997, de 28 de octubre, y la 245/2004, de 16 de diciembre, que el hecho de que una materia esté sujeta al principio de reserva de ley no permite concluir que la misma se encuentre excluida del ámbito de regulación del Real Decreto-Ley, el cual puede penetrar en dicha materia siempre que se den los requisitos Constitucionales de presupuesto habilitante y no «afecte», en el sentido Constitucional del término, a las materias excluidas en el artículo 86 de la Constitución Española, aspecto que necesariamente se relaja al encontramos en presencia de un principio rector de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución.

Por todo ello, el Gobierno considera que concurren los presupuestos necesarios de extraordinaria y urgente necesidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución Española que le habilitan para aprobar estas medidas mediante el mecanismo de un Real Decreto-Ley. El Consejo de Estado ha declarado recientemente que el gobierno, en la tramitación del Real Decreto Ley 24/2001 que transpone varias Directivas europeas vulnera el principio de buena administración consagrado en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y le exhorta a adoptar las medidas de control y coordinación de la actividad de los diferentes Departamentos Ministeriales que resulten oportunas para que los sucesivos no se produzca con ocasión de la transposición de las Directivas de la Unión Europea situaciones como la citada. Se trata del Dictamen 878/2021 sobre el Decreto-Ley de Transposición de Directivas de la Unión Europea. Isaac Ibáñez García, "La transposición de Directivas europeas mediante Decreto-Ley", *La Ley*, Sección Tribuna, 23 de diciembre de 2021.

establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos; la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos; y la Directiva 2006/86/CE de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a los requisitos de trazabilidad, la notificación de las reacciones y los efectos adversos graves y determinados requisitos técnicos para la codificación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos¹².

Con esta norma se da cumplimiento al rango normativo exigido por el artículo 43.2 de la Constitución Española, que consagra como principio rector de la política social y económica la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones sanitarias, estableciendo los «deberes y derechos de todos» al respecto.

Señala el art.7.2 de este texto legal, sobre la obtención de células y tejidos en donantes vivos, que la obtención de células y tejidos de una persona viva para

12 En la redacción de este Real Decreto 1301/2006 también se decía que se había tenido en cuenta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, y que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico interno, en el tratamiento de los datos personales que sean procesados en aplicación de los principios desarrollados en este real decreto se ha considerado lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y desde el punto de vista del régimen de los derechos que pudieran verse afectados, la referencia necesaria ha sido la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Se señalaba, igualmente que en la elaboración de este Real Decreto se ha tenido en cuenta la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, las referencias a la utilización terapéutica de los tejidos humanos de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y la ya mencionada Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en lo que se refiere a la regulación de las células reproductoras. Por último, desde el punto de vista organizativo, también se han tenido en cuenta las previsiones del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

su procesamiento y posterior uso autólogo o para su uso autólogo eventual se realizará según lo dispuesto en los párrafos primero a tercero del apartado anterior¹³.

En el supuesto de uso autólogo eventual, el contenido de la información facilitada con anterioridad a la obtención deberá incluir, además de lo previsto en el apartado anterior, la indicación de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes en el caso de existir indicación terapéutica; la información actual, veraz y completa sobre el estado de los conocimientos científicos respecto de los usos terapéuticos o de investigación; las condiciones de procesamiento y almacenamiento en los establecimientos autorizados; y cualquier otra cuestión relacionada con la utilidad terapéutica de la obtención de células y tejidos sin indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación.

En el caso de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, este será prestado por su representante legal”.

13 Señala el apartado anterior que: “1. La obtención de células y tejidos de una persona viva para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos podrá realizarse si el donante es mayor de edad, cuenta con plena capacidad de obrar y estado de salud adecuado y ha prestado por escrito su consentimiento informado.

La información que recibirá el donante del médico que haya de realizar la extracción o sea responsable de esta, debe cubrir el objetivo y la naturaleza de la obtención de las células y tejidos; sus consecuencias y riesgos; las pruebas analíticas que se han de realizar; el registro y protección de los datos; y los fines terapéuticos. Asimismo, se informará de las medidas de protección aplicables al donante y de los beneficios que con el uso del tejido o grupo celular extraído se espera que haya de conseguir el receptor.

El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento antes de la obtención de la célula y/o el tejido, excepto en los casos de obtención de progenitores hematopoyéticos de sangre periférica o de médula ósea, en que la revocación sólo podrá producirse antes del inicio del tratamiento de acondicionamiento en el receptor.

No podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad o de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento, salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal”.

Del examen de este Real Decreto-Ley se desprende que se otorga una gran importancia a la donación o uso alogénico, si bien también se reconoce el uso autólogo o autólogo eventual, es decir, el proceso mediante el que las células o los tejidos son extraídos o aplicados a la misma persona, existiendo o no indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación, incluido el uso directo, es decir, el procedimiento en el que las células son obtenidas y usadas sin ningún tipo de procesamiento o almacenamiento.

Por ello el Art. 7 distingue los supuestos de donación de aquellos destinados a ese uso autólogo, de forma que con el denominado eventual deberá incluir, además de la propia de toda donación la información que recibirá el donante del médico que haya de realizar la extracción o sea responsable de esta, debe cubrir el objetivo y la naturaleza de la obtención de las células y tejidos; sus consecuencias y riesgos; las pruebas analíticas que se han de realizar; el registro y protección de los datos; y los fines terapéuticos.

Asimismo, se dice que:

1) Se informaría de las medidas de protección aplicables al donante y de los beneficios que con el uso del tejido o grupo celular extraído se espera que haya de conseguir el receptor.

2) La indicación de que, en el supuesto de uso autólogo eventual, el contenido de la información facilitada con anterioridad a la obtención deberá incluir, además de lo previsto en el apartado anterior, la indicación de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes, en el caso de existir indicación terapéutica.

3) La información actual, veraz y completa sobre el estado de los conocimientos científicos respecto de los usos terapéuticos o de investigación.

4) Las condiciones de procesamiento y almacenamiento en los establecimientos autorizados.

5) Cualquier otra cuestión relacionada con la utilidad terapéutica de la obtención de células y tejidos sin indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación.

Aunque las sentencias que comentamos no hacen especial hincapié en la cuestión, al darla por supuesta, sí que considero que debe hacerse una reflexión, especialmente porque la Administración Autonómica recurrida no era partidaria del Convenio que se solicitaba.

La primera cuestión que hemos de abordar es la relativa a la titularidad de la sangre del cordón umbilical. Consideramos que la sangre del cordón umbilical es titularidad del recién nacido o de la madre, los cuales deben tener, en cuanto tal titularidad, de un poder de disposición.

5.1. LA TITULARIDAD DE LA SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL

Comencemos por la cuestión referida a la titularidad de sangre y tejidos del cordón umbilical. Hasta el Real Decreto 411/1996 se consideraban productos de desecho, según se puede deducir, a sensu contrario de esta normativa hoy en día puede considerarse que tiene un gran interés médico.

Si en principio no es una *res nullius* habrá de entenderse que se trata de un bien de titularidad pública o privada. No parece ser que tal sangre o tejido sean de titularidad pública, si nos atenemos, tanto al Real Decreto 1301/2006 del 10 de noviembre, como al Real Decreto-Ley 9/2014, que utiliza los términos de uso autólogo eventual y donación.

La existencia de *res extracomercium* no implica que tales bienes carezcan de titularidad y tal sangre y tejidos no son muestras biológicas con fines de diagnóstico.

El cordón no pertenece al centro sanitario en el que ha tenido lugar el parto o alumbramiento ni al Banco donde se deposita ni al personal asistencial sino al bebé o su madre. En el caso de uso autólogo o alogénico de menores o incapaces, tal consentimiento debe ser prestado por su representante legal.

Teniendo en cuenta el código genético y características de las sangre y tejidos podemos afirmar que pertenecen al recién nacido, cuya representación legal e intereses defienden, en principios, sus padres.

La sangre del cordón umbilical es del niño recién nacido, de ahí que al amparo de los arts 154,156,162 y 164 del C.Civil deban ser los padres quienes representen y procuren el bien del menor en todos sus aspectos ¹⁴.

De la prudencia con que los padres o tutores deben tratar los bienes e intereses de los menores nos da cuenta la minuciosa regulación que se contiene en la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015. Nos referimos incluso a las cautelas que en la enajenación de bienes se ha de observar con la intervención del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial.

En estas circunstancias lo que debemos preguntarnos es si un padre diligente puede donar a terceros o no administrar correctamente algún interés que puede ser útil e incluso vital para su hijo. También, si en estas circunstancias, solo la sanidad privada es la que debe atender tal situación ante tan primaria obligación con el ser humano de todas las formas o prestaciones de la sanidad y la Administración.

En este caso, no parece que la respuesta pueda ser diversa de la que se recoge en la Leyes 14/2006 y 14/2007, con relación a las células germinales o embriones, que exigen el consentimiento expreso de la mujer para su cesión con fines de investigación u otros usos. La misma respuesta que arroja el Derecho Privado veremos que arrojará el Público, teniendo en cuenta todos los elementos.

Teniendo en cuenta que tal sangre y tejidos del cordón umbilical pueden representar un bien indispensable para la vida del menor o, en su caso, un bien para su salud, sus padres se encuentran obligados a administrar los mismos con la mayor diligencia, de manera que, hasta cierto punto, podría ser exigible depositarlos en un Banco de sangre y tejidos del cordón umbilical.

Para que la custodia se verifique en un Banco público es precisa la previa donación, encontrándonos con el problema de que los padres, en esas

¹⁴ En USA son cada vez más los Estados que han adoptado medidas legislativas para obligar a los profesionales de la salud a ofrecer y dar toda la información disponible sobre las opciones que existen con relación a la criopreservación de la sangre del cordón umbilical del bebé que va a nacer. En el año 2010 eran ya 20 los estados norteamericanos donde existe legislación al respecto, lo que representa el 68% de la población de EEUU. Fuente: Noticiasmedicas.es, Barcelona, junio 2010.

circunstancias no puedan, por exigencias de legalidad, verificar la misma, ya que no se trata de un bien de su titularidad sino del menor, y respecto de un bien que representa un gran interés para el menor.

5.2. SOBRE LA DONACIÓN DE SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL

Nuestro código civil no permite la donación de bienes de los menores, sí la venta justificada con grandes cautelas, autorización judicial e intervención del Ministerio Fiscal.

Puede suceder que este ámbito familiar se produzca un conflicto de intereses, que es aquel al que se pretende dar satisfacción a través de la donación dirigida, esto es, el almacenamiento de unidades de sangre del cordón umbilical dirigida de manera específica a un trasplante inmediato o futuro de un familiar afecto de determinada enfermedad.

Para ello se presenta un listado de enfermedades en las que están indicadas este tipo de donaciones. En el caso en el que se solicite una donación dirigida para una donación no recogida en el Plan Nacional de sangre de cordón umbilical deberá ser validada por un comité de expertos en esta materia que, basándose en las evidencias científicas existentes, decidirán aquellos casos en los que exista dicha indicación y se faciliten los trámites para que las misma se lleve a cabo.

Otra cuestión a tener en cuenta es que los entes públicos ya no tengan interés en almacenar esta sangre y cordón umbilicales.

Una cuestión trascendente en este ámbito se refiere a la determinación de si nos encontramos o no en el ámbito de una donación¹⁵.

15 Aunque distinto de los órganos son las células madre, que como se ha dicho son especialmente útiles para el trasplante de médula ósea, las células madres sanguíneas constituyen una opción terapéutica para el tratamiento de leucemia, linfomas, aplasias medulares, mielomas, etcétera y por ello no se someten al régimen propio del trasplante de órganos debe tenerse presente el régimen propio de la Ley 15/2005 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria que se reconoce se vincula con la existencia de supuestos en que se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho Privado que impiden obtener un determinado efecto jurídico

La Administración sí que entiende que tiene lugar cuando se cede a un Banco público, pero debe tenerse presente que esta sangre también se guarda para su titular, que es en principio el primer llamado, en atención a su compatibilidad, etc. De ahí, que no sería propiamente una donación y la utilización por terceros podría encontrarse cubierta por el estado de necesidad.

Ciertamente que si el cordón umbilical no se dona o conserva en un Banco privado es desechado, lo que también puede afectar a la cuestión que se trata para su conservación en un Banco público.

No obstante, el Real Decreto 411/1996 establecía que el cordón umbilical no se consideraba un producto de desecho y si podía ser abandonado o desechado con mayor motivo puede ser donado, pero como decimos, existe la previa obligación de los padres de conservarlos, y la única forma de hacerlo para su uso exclusivo es hacerlo en un Banco privado en el extranjero.

En un Banco privado o público español queda a su disposición, pero si se necesita por alguien, este tiene derecho a su utilización. En esas circunstancias, la mejor defensa del interés de los menores, aconseja la emigración hacia el extranjero.

A la hora de determinar la forma en que los padres deben administrar la sangre del cordón umbilical se debe tener en cuenta las ventajas médicas y sus costes. Este cúmulo de circunstancias debería considerarse que los poderes públicos deberían adoptar todas las medidas necesarias para facilitar, también, el depósito privado de la sangre y tejidos del cordón umbilical:

- 1.- Responde mejor a las exigencias paterno-filiales.
- 2.- Se adapta mejor a los principios de respeto de los derechos de la personalidad, intimidad y autonomía de la voluntad.

cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza, el interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados o afectados así lo justifiquen.

La virtualidad de tales efectos requiere la actuación del juez, en atención a la autoridad que el titular de la potestad jurisdiccional merece como intérprete definitivo de la ley, imparcial, independiente y esencialmente desinteresado en los asuntos que ante él se dilucidan, circunstancias que los hace especialmente aptos para una labor en la que está en juego la esfera de los derechos de los sujetos.

3.-Es más acorde con el principio de eficiencia administrativa, como se va a desarrollar.

A lo anterior ha de unirse que tales cordones pueden remitirse legalmente y válidamente al extranjero, en el marco de la libertad de empresa. En una economía de mercado debería de examinarse la posibilidad e incluso la imposición legal, en determinadas circunstancias, que la sangre y tejidos pudiesen dividirse en dos, con el objeto de que se diera satisfacción a todos los intereses privados públicos y colectivos implicados.

En cualquier caso, establecer acuerdos internacionales con el objeto de homogeneizar la legislación, de manera que las situaciones derivadas del estado de necesidad se satisficieran de la forma más solidaria y equitativa posible.

Podrían alegarse intereses de la sociedad o de la ciencia, que sobre la base de la solidaridad interfiriesen ante tal decisión.

Tales intereses son bien difusos y como se verá no dejan de atenderse correctamente con la aplicación íntegra del Derecho, sin asistir de la mejor manera al recién nacido, y el art. 2 de la Convención para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina se pronuncia con claridad: “El interés y el bienestar del ser humano prevalecerá frente al exclusivo interés de la sociedad y de la ciencia”.

5.3. SOBRE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y LOS DEBERES LEGALES IMPLÍCITOS

España, como Estado Social de Derecho, señala que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general¹⁶ y se promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y el fomento de las sociedades cooperativas. Se facilitará el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción¹⁷. Se admite el

¹⁶ Artículo 128.1 de la C.E

¹⁷ Artículo 129.2 de la C.E

derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado¹⁸, debiendo los poderes públicos asegurar la protección integral de los hijos¹⁹ y tras reconocer el derecho a la salud, se otorga la competencia a los poderes públicos para garantizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas.

Determinando que la sangre y tejidos del cordón umbilical pueden resultar de utilidad para el menor y que unos padres diligentes deberían intentar su conservación, las cuestiones que debemos resolver a continuación son :

- 1.- Es factible que los padres renuncien a la conservación del mismo.
- 2.- Si antes de abandonarlos deberían donarlo a un Banco público que podría revertirlos, no solo en un bien de utilidad general sino particular del menor.
- 3.- Si incurrían en responsabilidad los padres que abandonasen tales elementos.

De acuerdo con el principio de correcta y legal administración, los padres deberían costear tal depósito, ya que no es descartable que el bebé, al alcanzar la mayor edad pudiese, por esta conducta, reclamarles moralmente e incluso por vía judicial.

Para enjuiciar correctamente estas circunstancias no debe tenerse presente solo el estado actual de la ciencia sino los previsibles y probables avances que se pueden producir durante el periodo de conservación, así como los intereses de los hermanos y resto de parientes.

En caso de carecer de recursos o por otras circunstancias se debe intentar donarlos a un Banco público, toda vez que un futuro podría incluso utilizarlos el propio menor, Banco público que por saturación u otras circunstancias podría no admitir la donación.

El principio de eficacia que consagra el art. 103 de la C.E implica que la Administración debe conseguir la metas que se propone, en el caso, la mejor protección de la salud, especialmente a través de la prevención, y ello, según el

18 Artículo 38 de la C.E. También en materia sanitaria, el artículo 89 de la ley General de Sanidad

19 Artículo 39.2 de la C.E.

principio de eficiencia (art. 31 de la C.E.). También hemos de preguntarnos sobre la cuestión referida al coste establecido para el sistema público o privado para conservación de tal sangre y tejidos.

Es indudable, que el tratamiento autólogo o entre parientes presenta muchísimos menos problemas de rechazo, de ahí que a los inferiores gastos de conservación han de unirse los propios del tratamiento médico, no estando vedado que cada ciudadano, de acuerdo con sus medios, se preocupe por su salud causando el menor coste al sistema público, ni tampoco que las empresas se dediquen a fines lícitos, que resulten de interés individual para cada uno y social visto en su conjunto.

El estado de necesidad, la solidaridad humana y el interés social determinan la conformidad a derecho de las acciones, merced a las que en ocasiones para salvar un bien jurídico superior se sacrifiquen unas expectativas, que no por ello desaparecen o incluso se sacrifique un bien superior.

Es también un principio general de nuestro ordenamiento, el que nos encontramos obligados a actuar de acuerdo y con guía en los principios constitucionales (art. 9.1 de la C.E) adquiriendo carta de naturaleza, ya que actuar de otro modo constituiría un abuso de Derecho, como lo sería la permisión de una inacción ante lo que puede suponer evitar un daño grave o que coadyuvaría en una gran mejora en la protección de bienes personalísimos, y que en materia médica goza de una gran tradición a través del juramento hipocrático, que obliga a actuar siempre en mejor interés de la salud del paciente.

El principio de legalidad de la Administración no constituye un bloque homogéneo en todas sus partes, sino que es diferente en las distintas potestades que ejercita.

En esta de prestación de servicios, al principio de legalidad han de reconocérseles también potestades implícitas derivadas de los principios Constitucionales y generales del Derecho. Es decir, que el personal dependiente de la Administración no solo se encuentra obligado a llevar a cabo lo que expresamente

señala y se le obliga en la ley sino también todo aquello que sin una gran esfuerzo o sacrificio pueda resultar útil al ciudadano.

No es de recibo señalar que solo el sistema sanitario privado puede servir de soporte para el debido cumplimiento de los deberes paterno-filiales. Según el artículo 27.1 del Real Decreto-Ley 9/2014, al igual que lo hiciese el Real Decreto 1301/2006, las células y tejidos almacenados en los establecimientos de tejidos estarán a disposición de los centros o unidades de aplicación de tejidos y células para usos alogénicos en procedimientos terapéuticos con indicaciones médicas establecidas en receptores adecuados.

En la distribución de células y tejidos se tendrá en cuenta lo previsto en este Real Decreto-Ley, de ahí que tal actividad, aun circunscribiéndose al ámbito privado tenga una repercusión colectiva importante, hasta el punto de que como tal se señala en los apartados 2 y 3 de este artículo, la aplicación autóloga quedará encuadrada en el caso de procedimientos terapéuticos de eficacia demostrada en indicaciones médicas establecidas. En el caso de que se realicen actividades de procesamiento para usos autólogos eventuales de los que no hay indicación médica establecida actual, las células y tejidos así procesados estarán disponibles para su aplicación alogénica, según lo dispuesto en el apartado primero.

Además, en caso de tratarse de un tejido o grupo celular de limitada disponibilidad, se centralizarán los datos de los pacientes a la espera de recibir el implante en la unidad de coordinación de trasplantes de la Comunidad Autónoma y en la Organización Nacional de Trasplantes, que en esta materia tendrá una importante función, como se dice en los arts. 30 y sgts. del texto legal.

No existe una reserva pública de la sanidad, sino que puede ser prestada en el marco de la libertad de empresa por entes privados.

La sanidad, en toda su extensión, no necesita apoyarse en un poder público para su supervivencia, ni en todos sus aspectos constituye un bien esencial e indispensable para la ciudadanía, sino que como en muchas otras actividades, solamente, en determinadas parcelas es necesaria una intervención pública para la satisfacción de las prestaciones con el estándar exigible.

5.4. SOBRE LA DOBLE TOMA DE SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL

Ya se ha visto la conducta de los padres de la Infanta Sofía, que constituye, sin duda, una forma de conciliación de todos los intereses a que se circunscribe la situación, dando satisfacción a los intereses públicos y de solidaridad junto con los del menor y su debida custodia por los padres, además de los intereses sanitarios y comerciales ya que, de esta manera, además, no se produciría la situación conocida del exilio celular²⁰.

La cuestión del exilio celular es trascendente, toda vez que el resultado de la legislación es un tanto ambivalente, en el sentido de que, si existe un uso autólogo eventual, la sangre y tejidos pueden usados por quienes lo necesitan, y al mismo tiempo si existe una donación alogénica puede ser usado por el donante. La diferencia estriba en el ente o la persona que paga los gastos de conservación. Quizás una forma de eliminar o conciliar estos intereses la práctica del Bancos de sangre *Virgin Health Bank* que divide cada muestra en dos partes: el 20% para uso privado y el 80% para uso público²¹.

A pesar de los 130 millones de nacimientos registrados en el mundo, más del 99% de las muestras de sangre son destruidas, principalmente porque no existen redes para recogerlas.

20 La probabilidad de necesitar un trasplante autólogo ha sido estimada en aproximadamente 1/20000 durante los primeros 20 años de vida. Sin embargo, pueden mencionarse excepciones en tipos de LHA raros o en una familia con riesgo de leucemia específica, en la que puede ser muy apropiado almacenar sangre del cordón umbilical de niños recién nacidos con objeto de disponer de células en caso de necesitarlas para un miembro de la familia, en cuyo caso nos encontramos ante un uso alogénico intrafamiliar. Según menciona Marcelo Palacios, *Bancos de sangre de cordón umbilical*, Gijón 2011, nota 100, hasta 2003 en la literatura científica solamente se habían mencionado 5 trasplantes autólogos para el tratamiento de neuroblastoma, anemia aplásica y retinoblastoma.

21 En Francia de 335 injertos de sangre de cordón umbilical realizados en 2007 solo 119 habían podido serlo gracias a muestras francesas. Ésta vino a ser la posibilidad contemplada en el informe sobre el banco de cordón autólogo d 28/11/2002, realizado por la comisión de trasplantes del consejo interterritorial del sistema nacional de salud que admitía la posibilidad de crear Bancos mixtos, señalándose por algunos, que esta era la solución.

6. CONCLUSIONES

De lo expuesto se deduce que, si unos padres acomodan en España su conducta de acuerdo con las exigencias del Derecho Privado, es decir, administran correctamente la sangre y tejidos del cordón umbilical de sus hijos deben remitirla al extranjero²². Si además quieren satisfacer otros intereses altruistas y de solidaridad, además de reforzar los particulares propios, lo más correcto, si es posible, será dividir la sangre en dos bolsas, una dirigida a un Banco público o privado español y otra a uno privado en el extranjero.

Es indudable que el sector público y el Derecho Público deben colaborar para que el Derecho Privado y los intereses particulares de los ciudadanos tengan satisfacción (Art. 9.3 de la C.E), como exigencia propia del principio de legalidad y del carácter Social y Democrático de Derecho de nuestro Estado.

La sanidad pública debe colaborar para que sea factible, tanto la donación como la conservación en un Banco privado o público de la sangre del cordón umbilical²³.

Como se ha dicho, la sangre y tejidos pertenecen al recién nacido o a su madre y por el principio de alienidad (nadie puede disponer de algo que no le pertenece) nuestro Derecho no permite la donación directa de bienes y derechos de los menores, especialmente, si los mismos son de su interés; hasta el punto de, eventualmente, convertirse tal cuestión en vital para el mismo, pudiera plantearse que, propiamente, les estaría vedado donar esta sangre del cordón umbilical.

22 La cuestión es si, según la legislación de ese Estado, se puede llevar a cabo un uso alogénico de tal sangre

23 Las enfermedades que eventualmente tiende a atajar son graves y en gran medida mortales pero no puede descartarse la supervivencia ni que de las misma se deriven secuelas graves. Tampoco es descartable que se aumente el periodo de conservación o que la técnica médica permita la regeneración de órganos que puedan servir en una edad más avanzada. También podríamos preguntarnos si los hermanos u otros pacientes podrían reclamar a estos padres que no atendieron correctamente sus obligaciones, para con los hijos, pero también con el resto de parientes que ostentan un interés legítimo.

En tales circunstancias puede decirse que los padres no pueden donar o disponer de estos bienes tan preciados, sino que deben administrarlos y conservarlos para tenerlos a su mejor disposición. Tales conclusiones no sufrirían una gran modificación si entendiésemos que tal sangre y tejidos pertenecen a la madre.

Una cuestión que puede plantearse es la relativa a la ausencia de recursos de los padres, pero tal cuestión o extremo desborda el ámbito de este trabajo y habida cuenta las diferencias inexplicables entre los costes privados y públicos, bien podría justificar una ayuda pública (en atención a la importancia del bien jurídico protegido) para su conservación, en el ámbito privado.

Si tenemos en cuenta que, con independencia de que se custodie en un Banco público o privado español, en ambos casos, puede ser usada la sangre y tejidos del cordón umbilical para uso alogénico. La opción de Banco público o privado para su conservación en España es un tanto indiferente, lo cual no es cierto del todo, toda vez que, un primer momento, se busca a los histocompatibles en el Banco público. Solo en su ausencia se recurre a los privados, a lo que ha de añadirse, de cara a los interesados en la donación que, propiamente, pudiera no ser tal, ya que el primer histocompatible, en caso de necesidad, es el propio donante.

Los poderes públicos deben favorecer aquellas actividades de interés público en general y particular.

Ninguna duda cabe que por las razones expuestas constituye un interés particular y se facilita mejor el cumplimiento de los deberes paterno-filiares, permitiendo la custodia en Bancos públicos y también privados de sangre y tejidos del cordón umbilical.

De no existir posibilidades reales de mayor almacenamiento en los Bancos públicos, es de interés general que se permita el almacenamiento en Bancos privados, de manera que los hospitales públicos deben favorecer que se verifique el depósito de tales elementos, ya que el propio menor es un usuario del sistema nacional de salud. Se constituye así la mejor forma de satisfacer sus demandas,

evitando los costes que provocan los rechazos en trasplantes o en otras técnicas de curación, pero de generalizarse tal práctica, lo habitual será que no sea preciso acudir a los depósitos de homeocompatibles, ya que lo ordinario será disponer de sus propios tejidos y sangre, lo cual no es sino a la postre, el ejercicio de su propio derecho.

Es indudable que el estado de necesidad avocará, en todo caso, a la incautación de los materiales necesarios para evitar la muerte o las dolencias graves de otras personas, pero la necesidad, propiamente dicha, en tales circunstancias se producirá en mucho menor porcentaje de casos.

Entendemos que ni la practica internacional ni el ámbito de la libertad de empresa enervan la aplicación del estado de necesidad como principio general para resolver estos conflictos de intereses.

De todo ello, puede deducirse que a la carta de derechos de los pacientes de los hospitales públicos debe incorporarse la necesaria colaboración hospitalaria, médica o de enfermería para procesar la sangre y tejidos del cordón umbilical del recién nacido, ofreciendo también la posibilidad de que, atendidas correctamente sus necesidades, se pueda donar el resto para uso alogénico.

La alternativa que mejor se acomoda a todos estos intereses entendemos que es la que se deriva de la división en dos partes homogéneas de la sangre y tejidos del cordón umbilical, ya que de este modo se satisfacen las exigencias derivadas del Derecho Privado y las eventuales necesidades alogénicas. Al generalizarse esta práctica y existiendo muchos depósitos privados, lo ordinario será que no se necesiten estos materiales y sean utilizados en el menor (autólogo), en caso de necesitarlo.

MERCENARIO VILLALBA LAVA
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Extremadura
mercevallalba2009@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 2021

*ANNUAL REPORT ON THE SITUATION OF THE AUTONOMOUS
COMMUNITY OF EXTREMADURA DURING 2021*

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA¹

Universidad de Extremadura

FLOR ARIAS APARICIO²

Universidad de Extremadura

ENRIQUE HERNÁNDEZ DIEZ³

Universidad de Extremadura

1 Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares. Estudios realizados en las Universidades París-II Pantheon-Assas (Francia), París-X Nanterre (Francia), Libre de Bruselas (Bélgica), Ratisbona (Alemania) y Harvard (Estados Unidos). Ha sido Letrado del Tribunal Constitucional español, Experto Externo del Consejo Económico y Social de España y Vocal y Presidente de la Comisión de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Agencia Valenciana de Evaluación y Prospectiva. Autor de diversas monografías y coordinador de varias obras colectivas y colecciones editoriales, además de numerosos artículos académicos sobre derecho público español y europeo, entre los que sobresalen los trabajos sobre el derecho de las crisis, el Derecho público industrial y el derecho de la organización territorial del Estado.

2 Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Doctora en Derecho por la Universidad de Córdoba. Estudios realizados en la Universidad de Messina (Italia), en la Manchester Business School (Reino Unido) y en la Universidad de La Sapienza (Italia). Ha sido investigadora en el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y en el Centro Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). Es autora de diversas monografías y estudios, entre los que sobresalen sus trabajos sobre sanidad vegetal, el derecho ambiental y la cooperación transfronteriza.

3 Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. Doctor en Derecho por la Universidad de Extremadura. Estudios cursados en las Universidades de París-X Nanterre (Francia) y Rey Juan Carlos (Madrid, España). Estancias de investigación en las Universidades de Amberes (Bélgica) y South Wales (Reino Unido). Ha sido presidente del Consejo de la Juventud de Extremadura y vicepresidente del Consejo de la Juventud de España. Es autor de diversos estudios sobre derecho público, entre los que sobresalen los trabajos sobre participación ciudadana y juvenil, y tercer sector (voluntariado, asociacionismo y fundaciones).

Recibido: 19/12/2021

Aceptado: 30/12/2021

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 2021.

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 alguna cuestión de relevancia socio-económica para la región. En este año se ha puesto el acento en el papel de Extremadura como territorio estratégico para la transición ecológica.

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 on the role of Extremadura as a strategic territory for the ecological transition.

Keywords: Administrative law, Autonomous Community of Extremadura, Legislative activity, Regulatory activity, political-institutional activity, conflicto between the State and the Autonomous Community, constitutional jurisprudence.

Sumario: 1. Introducción. 2. La incidencia de la pandemia en la actividad político-institucional y jurídica autonómica. 3. Una crónica sobre la actividad político-institucional regional: 3.1. La estabilidad institucional y la actividad normativa; 3.2. La

reordenación del gobierno extremeño; 3.3. La cooperación transfronteriza en la región; 3.4. Extremadura en Europa; 3.5. Las formaciones políticas extremeñas; 3.6. La proyectada fusión de las localidades de Don Benito y de Villanueva de la Serena; 3.7. Las infraestructuras regionales. 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. La posición de Extremadura como territorio estratégico para la transición ecológica.

1. INTRODUCCIÓN

Este Informe Anual sobre el estado de nuestra Comunidad Autónoma recoge los acontecimientos institucionales, políticos, jurídicos y sociales, más destacados que se han sucedido durante el año 2021 en Extremadura. La finalidad con la que este equipo de profesores de Derecho Administrativo lo elaboramos y la función primaria que debe cumplir, tal y como poníamos de relieve en el primer Informe que publicábamos en este Anuario en 2019, es la de servir de cauce de conocimiento, al menos, de los desarrollos jurídicos y político-institucionales que se suceden dentro de nuestra Región.

Esta crónica regional se narra siguiendo una estructura fija, que se amplía y adapta según las circunstancias y eventos del año objeto de estudio. En esta ocasión, el Informe se inicia, inevitablemente, con las consecuencias de la pandemia de la Covid-19 en los distintos ámbitos de la realidad político-jurídica extremeña. El bloque central del trabajo sigue un esquema estable que responde a las siguientes cuestiones: 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–; en tercer lugar, sus relaciones interadministrativas y conflictuales –esencialmente con la Administración General del Estado-. Por último, cierra el Informe el examen de

alguna cuestión de relevancia socio-económica para nuestra región. En este año, se ha puesto el acento en el papel de Extremadura como territorio estratégico para la transición ecológica, por su papel en la producción energética.

2. LA INCIDENCIA DE LA PANDEMIA EN LA ACTIVIDAD POLÍTICO-INSTITUCIONAL Y JURÍDICA AUTONÓMICA

Igual que su predecesor, el 2021 ha sido un año condicionado por la continuación de la pandemia de la Covid-19, llegada a nuestro país durante los primeros meses del pasado año 2020. En términos institucionales, este año constituye el paso del ecuador de la X Legislatura de la Asamblea de Extremadura.

El año 2021 comenzó con la vigencia del estado de alarma en el conjunto de España, que, declarado el 25 de octubre de 2020, fue prorrogado durante seis meses a partir del 9 de noviembre siguiente hasta las cero horas del 9 de mayo de 2021. Durante este período de duración del estado constitucional de emergencia, los Presidentes autonómicos fueron designados autoridades competentes delegadas para la lucha contra la pandemia. En el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura, nuestra más Alta Magistratura ha adoptado numerosas medidas sanitarias, mediante Decretos del Presidente, habilitadas por el Real Decreto de declaración del estado de alarma. Estas medidas se han extendido a los cierres perimetrales tanto a nivel general autonómico (recordemos que iniciamos el año con un cierre perimetral para el conjunto de Extremadura) como específico para distintos municipios de la región, al establecimiento del “toque de queda”, a la limitación de grupos de personas en espacios tanto públicos como privados y a los aforos máximos en los lugares de culto.

La finalización del estado constitucional de emergencia en mayo hizo necesaria la prosecución de la batalla contra el coronavirus mediante el recurso a la legalidad ordinaria, y no ya a través del Presidente autonómico. En este sentido, las autoridades autonómicas competentes ordinariamente en materia sanitaria volvieron a hacerse cargo de la adopción de las medidas necesarias para esta lucha. Según el reparto competencial efectuado en los Decretos-leyes 12 y

13/2020, esta tarea correspondería nuevamente al Vicepresidente Segundo y Consejero de Sanidad y Servicios Sociales y, sobre todo, al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura. Precisamente antes de la finalización de la prórroga del estado de alarma, este último órgano colegiado adoptó el Acuerdo de 5 de mayo de 2021, por el que se establecían los distintos niveles de alerta sanitaria y las medidas generales de prevención e intervención administrativas en materia de salud pública aplicables hasta que fuese declarada por el Gobierno de España la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19. Sobre la base de este Acuerdo (y a sus posteriores modificaciones parciales), el Consejo de Gobierno ha acordado en distintas ocasiones durante los meses de mayo a septiembre la declaración de los niveles de alerta 1, 2 y 3 (no se ha llegado nunca a declarar el nivel 4). En todo caso, lo importante es que, en función de estas situaciones de riesgo, el Ejecutivo autonómico ha seguido adoptando medidas sanitarias tan limitativas de derechos como las decretadas por el Presidente extremeño hasta mayo, entre las que se encuentran las dirigidas, por ejemplo, al cierre perimetral de municipios, a las restricciones en los grupos de personas en espacios públicos y privados o a la fijación de aforos muy reducidos para los lugares de culto.

La significativa reducción de la incidencia de la pandemia en nuestra Comunidad Autónoma, gracias con toda probabilidad a los altos índices de vacunación contra el coronavirus, propició una extraordinaria relajación de las restricciones desde finales del mes de septiembre. El 29 de ese mes, en efecto, se adoptaron dos Acuerdos por parte del Consejo de Gobierno: mediante el primero se dejó sin efecto el Acuerdo del 5 de mayo y se alzaron las medidas de intervención administrativa vigentes entonces en Extremadura, que eran las relativas al nivel de alerta sanitaria 1; a través del segundo se establecieron las medidas sanitarias que a partir de ese momento habrían de servir para la contención de la pandemia en nuestra región, mucho “menos restrictivas” que las que se habían venido aplicando durante todo el año 2021. Estas medidas, que respondían a la llamada regla de las “6 M”, quedaban oficialmente formuladas así: “Mascarilla”, “Metros (mantener la distancia física interpersonal de al menos 1,5 metros)”, “Manos (lavado frecuente de manos, preferentemente con agua

y jabón)”, “Menos contactos y en una burbuja estable”, “Más ventilación (actividades al aire libre y ventanas abiertas)” y “Me quedo en casa si tengo síntomas o me han diagnosticado de Covid, si estoy esperando resultados o si he estado en contacto con un caso”.

De cualquier forma, esta evolución positiva cambió desde mediados de noviembre. Desde entonces, ha empezando a incrementarse el número de contagios en Extremadura jornada tras jornada, hasta alcanzar su cénit durante los últimos días del año. El 30 de diciembre, había más de un centenar de extremeños ingresados por Covid-19 (representando una ocupación hospitalaria del 3,85%, y el 4,66% de las camas UCI debido a nueve ingresos), casi el doble que la semana anterior (54 personas a 23 de diciembre, 4 en cuidados intensivos). La incidencia acumulada a quince días era entonces de 2.158 casos diagnosticados por cada cien mil habitantes (1.544 a siete días), muy superior a la media estatal (de 1.775 a quince días, y 1.086 a siete, respectivamente). De esta forma, de febrero de 2020 a diciembre de 2021, cerca de 108.000 personas en Extremadura habrían superado la enfermedad oficialmente (algo más del 10% de la población total), frente a casi 2.000 fallecidos, también según cifras oficiales (1.072 en 2020 y 903 en 2021). Pero la situación de los últimos días del año 2021 supondría cifras aún peores de contagio en las primeras semanas de enero de 2022. La incidencia acumulada a quince días para el 13 de enero alcanzó los 3.684 casos oficialmente diagnosticados por cada cien mil habitantes, superior a la media estatal, y con el doble de pacientes hospitalizados por esta enfermedad que quince días atrás: 221 (7,3% de camas ocupadas), y el triple en UCI (23 ingresados, que representan el 12,64% de camas ocupadas).

A pesar de esta situación a finales de 2021, el Gobierno autonómico no ha considerado necesaria la implementación de nuevas medidas sanitarias más incisivas para hacer frente a la nueva realidad epidémica. Ni siquiera se ha llegado a acordar en nuestra región la imposición del pasaporte Covid, que fue la medida más ampliamente activada por el grueso de las Comunidades Autónomas a lo largo del último mes del año.

3. UNA CRÓNICA SOBRE LA ACTIVIDAD POLÍTICO-INSTITUCIONAL REGIONAL

3.1. LA ESTABILIDAD INSTITUCIONAL Y LA ACTIVIDAD NORMATIVA

La situación de la pandemia de la Covid-19 durante el transcurso de 2021, tanto en el país como en nuestra región, constituye el contexto que sirve para explicar cómo se ha desarrollado la actividad político-institucional en Extremadura.

El Gobierno extremeño goza de una extraordinaria estabilidad como consecuencia de la mayoría absoluta con la que cuenta el Partido Socialista en la Asamblea de Extremadura. Esta formación política dispone de treinta y cuatro de los sesenta y cinco escaños que conforman la Cámara autonómica. A pesar de esta situación, el número de leyes formales aprobadas ha sido muy notablemente inferior a lo que ha sido habitual durante las últimas legislaturas, pues únicamente se han dictado tres, de las que dos han correspondido a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma: los relativos a las cuentas de 2021 y los del ejercicio de 2022. Es cierto que hacía ya bastantes años, en concreto desde la anualidad de 2016, desde que, por uno u otro motivo, el Parlamento regional no lograba aprobar los presupuestos autonómicos antes del comienzo del nuevo año. Recuérdese que los presupuestos para ese año se aprobaron, bien entrado el mismo, por la Ley 3/2016, de 7 de abril.

Si reducida ha sido la cantidad de leyes, no ha sucedido lo mismo con el número de decretos-leyes. La realidad socioeconómica derivada de la pandemia ha provocado que sean siete las normas legales de urgencia de origen gubernamental. A pesar de todo, esta cifra no se ha aproximado a los quince que se dictaron durante el año anterior.

La situación pandémica explica también el elevado número de decretos del Presidente. Como decíamos hace unos instantes, la más Alta Magistratura extremeña fue autoridad competente delegada en nuestra región para aplicar las medidas sanitarias previstas en el Real Decreto de declaración del estado de alarma de 25 de octubre de 2020, siendo la referida forma jurídica la elegida

para ello. Hasta la finalización de la prórroga del estado de alarma el día 9 de mayo de 2021, el Presidente extremeño había adoptado 38 decretos, de los que 37 (es decir, todos menos uno -el núm. 15/2021-) tenían como finalidad la lucha contra la pandemia.

3.2. LA REORDENACIÓN DEL GOBIERNO EXTREMEÑO

En la parte final del año se han dictado cuatro decretos presidenciales (los núms. 41 a 44) que han perseguido otro objetivo distinto al sanitario, como ha sido la reconfiguración parcial de las Consejerías que integran la Junta de Extremadura. El cambio realmente se ha circunscrito a la Consejería de Igualdad y Portavocía, que ha visto modificada su denominación y reducidas significativamente sus competencias, con un fortalecimiento paralelo de la Presidencia de la Junta de Extremadura.

El referido departamento gubernamental pasa a denominarse Consejería de Igualdad y Cooperación para el Desarrollo, siguiendo dirigida por la misma titular. Este reestructurado departamento pierde la portavocía del Gobierno autonómico y las competencias relativas a las relaciones con la Asamblea de Extremadura, a la política de comunicación y a las relaciones informativas. Todas estas competencias, que, como acabamos de indicar, pasan a la Presidencia de la Junta, serán ejercidas, con rango de Consejero, por D. Juan Antonio González Gracia.

En definitiva, la actual estructura de la Junta de Extremadura (con siete mujeres y cuatro hombres) es la siguiente:

Presidencia: D. Guillermo Fernández Vara.

Vicepresidencia Primera y Consejería de Hacienda y Administración Pública: D^a. Pilar Blanco-Morales Limones.

Vicepresidencia Segunda y Consejería de Sanidad y Servicios Sociales: D. José María Vergeles Blanca.

Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Población y Territorio: D^a. Be-goña García Bernal.

Consejería de Economía, Ciencia y Agenda Digital: D. Rafael España San-tamaría.

Consejería de Educación y Empleo: D^a. María Esther Gutiérrez Morán.

Consejería de Movilidad, Transporte y Vivienda: D^a. Leire Iglesias Santiago.

Consejería de Igualdad y Cooperación para el Desarrollo: D^a. Isabel Gil Ro-siña.

Consejería de Cultura, Turismo y Deportes: D^a. Nuria Flores Redondo.

Consejería para la Transición Ecológica y Sostenibilidad: D^a. Olga García García.

Portavocía de la Junta de Extremadura: D. Juan Antonio González Gracia.

3.3. LA COOPERACIÓN TRANSFRONTERIZA EN LA REGIÓN

La región ha sido durante este año 2021 un lugar propicio para el encuentro y el estrechamiento de las relaciones entre el Reino de España y la República de Portugal.

En este año, se han celebrado en la Comunidad Autónoma extremeña dos significativas cumbres entre estos dos países vecinos, amigos y socios estratégicos dentro de la UE. La primera, en la ciudad de Mérida, que acogió el 29 de septiembre la XIII Comisión Mixta Hispano-Lusa para la Cooperación Transfronteriza, reuniendo en el municipio emeritense a los más relevantes actores nacionales, regionales y locales con competencias para trabajar en la promoción del bienestar de los ciudadanos de ambos lados de la frontera. La misión de esta Comisión (órgano intergubernamental en el que están representados los Gobiernos de España y Portugal, así como las Comunidades Autónomas y las Comisiones de Coordinación y Desarrollo Regional del Norte, Centro, Alentejo y Algarve) es realizar un seguimiento de las relaciones de cooperación

transfronteriza e impulsar políticas de cooperación entre ambos países en materia de reto demográfico y desarrollo territorial. Estos objetivos se encuentran recogidos en la *Estrategia Común de Desarrollo Transfronterizo (ECDT)*, aprobada en la XXXI Cumbre Hispano-Lusa, celebrada en 2020 en la localidad portuguesa de Guarda. Este documento estratégico se erige, tal y como se refleja en su propio texto, en el “instrumento que complementa y potencia las acciones que, en materia de reto demográfico y desarrollo territorial, están poniendo en marcha ambos países, como la Estrategia para la Coesão Territorial y el Programa de Valorização do Interior en Portugal, y la Estrategia Nacional frente al Reto Demográfico en España. Así, asume una importancia fundamental para el desarrollo de la cooperación entre Portugal y España, marcando el inicio de un proceso duradero, que permitirá la aplicación, monitorización y evaluación de sus medidas; inaugurando un proceso de cooperación cualitativamente innovador entre los dos países”.

El segundo encuentro con relevancia transfronteriza tuvo lugar en la localidad cacereña de Trujillo que acogió la XXXII Cumbre Hispano-Portuguesa. Estas reuniones, que tienen por finalidad tratar asuntos de interés mutuo para ambos países, se celebran desde noviembre de 1983 entre los jefes de Gobierno de España y Portugal, a los que acompañan una delegación ministerial, así como los presidentes de las Comunidades Autónomas españolas fronterizas con Portugal (Galicia, Extremadura, Castilla y León y Andalucía). En esta ocasión, el presidente español y el primer ministro portugués firmaron un nuevo Tratado de Amistad y Cooperación, que no deroga sino complementa el anterior Tratado suscrito en 1977, adaptándolo a las nuevas realidades de nuestro tiempo e incluyendo nuevos objetivos tales como los desafíos de la globalización, la igualdad de género, la lucha contra el terrorismo y la delincuencia internacionales o el cumplimiento de la legislación comunitaria. Asimismo, en este encuentro ambos países han firmado una Declaración Conjunta, en la que España y Portugal dejan constancia del excelente momento que viven las relaciones bilaterales entre los dos países, unas relaciones que se han visto reforzadas en la lucha compartida contra la pandemia y el reto común de lograr una recuperación social y

económica alineada con las transiciones verde y digital justas, generadoras de mayor igualdad de género, cohesión social y territorial.

En esta reunión de máximo nivel, se ha previsto para nuestra región, expresamente, la creación de la conexión entre Castelo Branco y Moraleja, la puesta en pie de “un nuevo centro con un esquema de cofinanciación y gestión análogo” al Laboratorio Ibérico Internacional de Nanotecnología (INL) de Braga y la promoción de un Centro Ibérico de Investigación en Energías Sostenibles, así como la creación de algunas infraestructuras de relevancia transfronteriza.

3.4. EXTREMADURA EN EUROPA

La visibilidad de la región en Europa ha sido notable en este año 2021, por distintos eventos y circunstancias.

La entrega del Premio Europeo Carlos V de la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste un evento de singular importancia político-institucional, ha sido particularmente destacable este año por la relevancia en el contexto de la Unión Europea e Internacional de la persona beneficiaria. El 13 de octubre de 2021 tenía lugar la ceremonia de entrega del XIV edición de este galardón a la canciller alemana Dña. Angela Merkel, por parte del Jefe del Estado español (S.M. Felipe VI), en el Real Monasterio de Yuste.

Sin duda alguna, el papel de la región en la Unión Europea más destacable es, en este momento, la jefatura de la Delegación española en el Comité de las Regiones que, desde 2020, ostenta el Presidente de la Junta de Extremadura. Extremadura será, por tanto, durante los próximos años la encargada de coordinar la acción política y técnica de las regiones y municipios españoles en este organismo comunitario durante los próximos dos años y medio. La región es miembro además de las comisiones de Política de Cohesión Territorial y Presupuesto de la UE (COTER) y de la de Recursos Naturales (NAT). Además, durante 2021, la Delegación extremeña en Bruselas ha asumido la responsabilidad técnica de coordinar la posición y el seguimiento de las Comunidades Autónomas españolas en los trabajos del Consejo de la Unión, en su formación de Deporte,

de acuerdo con la rotación acordada a finales de 2019 para los periodos semestrales de 2020 a 2029.

La región ha estado involucrada en otros acontecimientos con trascendencia europea. Este mismo año 2021 se ha conocido la inclusión de Extremadura entre las tres Comunidades Autónomas españolas (junto a País Vasco y Canarias) que participarán en el proyecto piloto de la receta médica interoperable europea, con Portugal y Finlandia, que previa ponerse en marcha en 2022. También como proyecto, la Consejería de Educación y Empleo ha acordado en 2021 implantar una nueva asignatura de libre configuración (en 4º curso de la Educación Secundaria Obligatoria) bajo la denominación “Unión Europea”, con el objetivo de fomentar entre el alumnado el conocimiento del funcionamiento de esta institución, que estará disponible a partir del curso 2022-2023 (se suma, así, a la iniciativa precedente de Administraciones educativas como Galicia o la Comunidad de Madrid). Finalmente, el 20 de octubre de 2021, la Consejera de Agricultura, Desarrollo Rural, Población y Territorio (Dña. Begoña García) fue elegida presidenta de la Asociación de las Regiones Europeas de Productos de Origen (AREPO).

3.5. LAS FORMACIONES POLÍTICAS EXTREMEÑAS

Parece que los dos partidos políticos mayoritarios en la región han empezado a calentar motores para la designación de sus principales candidatos a las elecciones autonómicas que, previsiblemente, tendrán lugar en mayo de 2023.

El que más avanzado tiene este proceso es el PSOE, que ha optado por el continuismo en la elección tanto de sus máximos dirigentes (secretarios generales) para las provincias de Badajoz (D. Rafael Lemus, reelegido el 3 de octubre) y de Cáceres (D. Miguel Ángel Morales, reelegido el 6 de noviembre) como a nivel autonómico (D. Guillermo Fernández Vara, reelegido el 20 de septiembre). Debe tenerse en cuenta que esta última personalidad, que es además el actual Presidente de la Junta, se perfila una vez más como el candidato socialista a la reelección a esta máxima Magistratura regional en las elecciones de 2023, tras

la supresión del límite de dos mandatos para ostentar la presidencia de nuestra Comunidad Autónoma que fue operada en los primeros meses de la vigente Legislatura por el artículo único de la Ley 13/2019, de 16 de octubre.

El PP ha iniciado la renovación de sus cargos más relevantes durante este año. El 4 de julio confirmó la reelección de D. Laureano León como presidente provincial de Cáceres, y el día 7 del mismo mes designó a D. Manuel Naharro como máximo dirigente popular en la provincia pacense (sustituyendo a D. Francisco Javier Frago). El máximo dirigente autonómico a finales de 2021 seguía siendo D. José Antonio Monago, aunque está prevista la celebración de un Congreso autonómico del partido en el primer trimestre de 2022, en el que parece muy probable su sustitución. Esta nueva personalidad será el candidato popular que, previsiblemente, disputará al Sr. Fernández Vara la Presidencia de la Junta. Por lo demás, los populares han cedido durante esta anualidad la Alcaldía de Badajoz a Ciudadanos, según tenían pactado ambos partidos tras los resultados obtenidos en las elecciones municipales de 26 de mayo de 2019. En efecto, D. Ignacio Gragera (Cs) sustituyó a finales de junio a D. Francisco Javier Frago como primer edil de la ciudad más poblada de Extremadura, perdiendo de este modo el PP una Alcaldía que había venido ocupando de forma ininterrumpida desde 1995.

Los restantes partidos con representación parlamentaria a nivel regional (esto es, Ciudadanos y Unidas por Extremadura –que es la confluencia de Podemos, IU y Extremeños-) no parece que hayan iniciado todavía los correspondientes procesos destinados a la selección de sus candidatos para los próximos comicios autonómicos. En todo caso, ambas formaciones habían elegido ya a sus equipos directivos en 2020: Dña. Irene de Miguel, al frente de Podemos Extremadura, y D. David Salazar como coordinador de Ciudadanos en la región.

Vox, fuerza extraparlamentaria en la Asamblea de Extremadura (aunque cuenta con un Diputado en el Congreso de los Diputados por la provincia de Badajoz), volvió a plantear públicamente en septiembre la reducción del número de diputados autonómicos con escasa resonancia mediática y con el rechazo (bien explícito, bien implícito) de los restantes grupos políticos. Recuérdese que

esta cuestión ya se había estudiado por una Comisión Parlamentaria durante la VIII Legislativa (es decir, bajo la Presidencia autonómica de D. José Antonio Monago), sin que entonces tampoco se disminuyesen los sesenta y cinco escaños con los que sigue contando el Parlamento Autonómico en la actualidad. Esta formación ha sufrido divisiones internas significativas, ya que el 6 de abril abandonaron el partido hasta ocho concejales electos por sus listas en distintos municipios de la provincia de Badajoz (entre ellos, su hasta entonces único concejal en Badajoz, D. Alejandro Vélez, y el que fuera candidato del partido a la Presidencia de la Junta de Extremadura en las pasadas elecciones, D. Juan Antonio Morales). Estas se suman a la salida ya en 2019 de su único concejal en la ciudad de Cáceres. En todos los casos, se adujeron discrepancias internas con la formación.

Finalmente, cabe mencionar que solo en la provincia de Cáceres parece configurarse una plataforma política provincialista en la órbita de la corriente emergente autodenominada “España Vacía”, a través de la llamada “Cáceres Viva”. Esta nueva plataforma eligió el 4 de marzo de 2021 a D. Luis Fernando Gallego como secretario general y máximo dirigente de la formación (cuenta en la actualidad con dos concejales en la capital cacereña, aunque fueron electos por la lista de Ciudadanos).

3.6. LA PROYECTADA FUSIÓN DE LAS LOCALIDADES DE DON BENITO Y DE VILLANUEVA DE LA SERENA

Durante los últimos meses del año 2021 se ha intensificado la voluntad de fusionar los municipios pacenses de Don Benito y de Villanueva de la Serena. Estas localidades se encuentran entre las más pobladas de Extremadura y, de llegar a buen puerto este proceso, la entidad local resultante alcanzaría la cifra de unos 63.000 habitantes, convirtiéndose de este modo en la tercera ciudad en nuestra región en número de habitantes (solo por detrás de Badajoz y Cáceres).

A estos efectos, el 15 de octubre de 2021, los plenos de ambos municipios aprobaron por unanimidad del pleno de sus corporaciones (y, por tanto, con el

apoyo de todos los grupos políticos), solicitar al Gobierno de la Nación la autorización para convocar la consulta popular para la tramitación del procedimiento de fusión. Cinco días después (el 20 de octubre de 2021), los alcaldes de ambas localidades, junto al Presidente de la Junta de Extremadura, fueron recibidos por el Presidente del Gobierno de España para exponer la propuesta. El Consejo de Ministros aprobó el 8 de noviembre de 2021 sendos acuerdos, por los que se autoriza a los dos municipios para realizar la consulta popular sobre el ejercicio de la iniciativa para la tramitación del procedimiento de fusión de ambos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Esta consulta se celebrará en ambas entidades locales el 20 de febrero de 2022, habiéndose fijado por los dos Alcaldes concernidos un mínimo del 66% de apoyos favorables para continuar adelante con el proyecto de fusión municipal, algo que tan raramente se ha consumado en nuestro país. Estarán convocados a la consulta casi 50.000 vecinos de ambas localidades con derecho a voto.

De aprobarse, la fusión se acometería de forma progresiva, y en las elecciones municipales de 2023 aún constituirían dos entes separados, pero en 2027 se elegiría un único alcalde. Para esa fecha, pasarían de tener los actuales 21 concejales cada una de las localidades por separado, a tener 25 para el hipotético nuevo municipio. Y entre los beneficios esperados se encuentra, por ejemplo, la expectativa de un incremento de ingresos de origen estatal, de alrededor del 14%. También se convertiría en el segundo polo económico de la provincia, y el primero de ámbito regional tanto en el sector primario (agricultura y ganadería) como en el secundario (industrial), con un aumento proyectado del empleo de alrededor del 5%, y un incremento del 2,75% en las rentas de los hogares (según los datos de un estudio dirigido, entre otros, por el Catedrático de la Universidad de Extremadura, D. Francisco Pedraja).

3.7. LAS INFRAESTRUCTURAS REGIONALES

La queja de la población extremeña que más eco ha alcanzado a nivel estatal ha sido, sin duda, la relativa al estado de las infraestructuras en nuestra región y, muy en particular, la triste situación ferroviaria.

Desde las máximas instancias gubernamentales, tanto estatales como autonómicas, se ha insistido durante este año en que el próximo verano comenzará a funcionar el “AVE Extremeño”, que unirá de norte a sur las ciudades más pobladas de la región (Plasencia, Cáceres, Mérida y Badajoz). No obstante, no se ofrece ninguna fecha para la conexión de esta isla ferroviaria extremeña con Madrid, como también ha caído en el olvido acabar el trazado de la línea en Lisboa.

Entre tanto, el tren convencional ha seguido repleto de incidentes durante esta anualidad. Quizá el que más relevancia mediática ha tenido en la prensa regional haya sido la avería que sufrió la línea ferroviaria que une la capital cacereña con Sevilla el día mismo de su reinauguración (que fue el 7 de noviembre), tras su cierre desde el año 2020 a causa de la restricción de movimientos provocada por la Covid-19.

Lo cierto es que en la evolución de los trazados férreos del mapa estatal la comunidad extremeña sigue situada a la cola del progreso, con el consiguiente perjuicio para la inversión, el turismo y el crecimiento económico de la región. Las multitudinarias manifestaciones en la capital de España, en 2018, para exigir un “tren digno” para la región supusieron en los meses siguientes la implantación de ciertas mejoras en la vía y la puesta en circulación de trenes Talgo, con más comodidades, pero sin reducir prácticamente los tiempos. En la actualidad, el tren extremeño tarda unas cinco horas y media para recorrer los alrededores de 380 kilómetros que separa Madrid de Badajoz y el coste del billete ronda los 50 euros. Datos que contrastan significativamente con el precio de un viaje y el tiempo que se emplea en cualquier trayecto realizado en un AVE.

La mejora de las infraestructuras ferroviarias extremeñas ha trascendido también a nivel europeo a través de su inclusión en la Red Transeuropea de Transporte (TEN-T), un mapa de planificación continental de infraestructuras

consideradas importantes para las comunicaciones transeuropeas, tanto de mercancías como de pasajeros. La incorporación de la vía de mercancías que conecta actualmente Mérida, Ciudad Real y Manzanares a la TEN-T supondría la modernización de esta línea que actualmente adolece de problemas de electrificación, déficit de sistema de seguridad de tráfico y otras carencias que restan competitividad al trazado.

En el capítulo de red de carreteras, siguen careciendo de una conexión directa por autovía las capitales provinciales extremeñas (Cáceres y Badajoz). La autovía entre Cáceres y Badajoz (EX-100, ahora N-523) se prometió en el año 2006 con fondos autonómicos, pero 15 años después el proyecto apenas ha arrancado, aun cuando la inversión fue asumida por el Estado en 2019 tras la cesión de la carretera por parte de la Junta (Real Decreto 334/2019, de 26 de abril y Decreto 44/2019, de 23 de abril, de la Junta de Extremadura). Otras carreteras proyectadas en la región han seguido la misma suerte y son pocos los avances que se han producido en la mejora de la red extremeña en este año 2021: es el caso de la N-110, la “Y” de la Siberia (N-430), la autovía Zafra-Huelva (A-83) o la A-43 entre Mérida y Ciudad Real.

Por último, cabe mencionar que en este año se ha previsto la creación de algunas infraestructuras de relevancia transfronteriza, como se ha dejado constancia al hablar de la XXXII Cumbre Hispano-Portuguesa celebrada en Trujillo (Cáceres), tales como la prolongación de la autovía Moraleja con Castelo Branco, el puente que une Cedillo y el concejo portugués Nisa o las conexiones ferroviarias entre España y Portugal con paso por Extremadura.

4. LA ACTIVIDAD NORMATIVA EN LA REGIÓN

4.1. LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA PARLAMENTARIA Y GUBERNAMENTAL

Este año 2021 ha visto condicionada de manera absoluta por la pandemia la producción normativa tanto de la Asamblea como de la Junta de Extremadura, tal como ya había sucedido durante el año 2020, Si durante el año pasado las leyes formales fueron seis, en este ejercicio han caído a un número realmente

bajo para lo que ha sucedido tradicionalmente en nuestra región, pues han sido únicamente tres, y dos de ellas son normas presupuestarias. El número de decretos-leyes gubernamentales, por el contrario, ha sido elevado (se han dictado siete), pero sin aproximarse a la ingente cantidad alcanzada en el primer año de pandemia (cuando se dictó la cifra absolutamente récord de quince).

4.1.1. Las leyes formales aprobadas por la Asamblea de Extremadura

La primera y la última ley formal del año han servido para aprobar, respectivamente, las cuentas regionales para 2021 y para 2022. La tercera norma se ha destinado a la ordenación de los servicios jurídicos de la Administración autonómica.

La primera ley del año (esto es, la Ley 1/2021, de 3 de febrero) ha tenido como objetivo, en efecto, la aprobación de los presupuestos generales de la región para el año 2021. De esta forma, y tal y como venía sucediendo desde hacía varios años, las cuentas autonómicas para 2021 se han aprobado bien iniciado ya este ejercicio, si bien su entrada en vigor se retrotrajo en su práctica totalidad al 1 del enero de dicho año. El montante consolidado del gasto previsto ha alcanzado más de 6.423 millones de euros, teniendo como partidas más destacadas las relativas a la sanidad (con más de 1.876 millones) y la educación (con casi 1.188 millones). En la explicación que la exposición de motivos de esta norma efectúa de los presupuestos se subraya que “están fuertemente marcados por la crisis sanitaria derivada de la Covid-19 y sus efectos sociales y económicos”, teniendo “como prioridades combatir la pandemia, proteger a las personas y apoyar la economía y el empleo, al tiempo que activan la Estrategia extremeña de Recuperación y Resiliencia y están comprometidos con la responsabilidad fiscal y la sostenibilidad de las cuentas públicas”. En este contexto, se remarca que “las políticas sociales suponen 7 de cada 10 euros de la inversión, con un incremento del 7%, más de 266 millones de euros respecto a lo destinado en el ejercicio de 2020”, mientras que “las políticas económicas se alzan casi un 5,5% para apoyar la reactivación social y económica”.

La segunda norma legal aprobada por la Asamblea de Extremadura (es decir, la Ley 2/2021, de 21 de mayo) está destinada a regular la defensa, la asistencia jurídica y la comparecencia en juicio del Gobierno y de la Administración autonómica. “Más concretamente”, esta norma pretende, sustituyendo la vieja Ley de comparecencia en juicio de 1985, la mejora de “la estructura y el funcionamiento de la Abogacía General de la Comunidad Autónoma de Extremadura, con el fin último de asegurar que la mayor eficacia en las labores de asesoramiento jurídico y de representación y defensa en juicio que le corresponde realizar, garantice el sometimiento pleno de la Administración al derecho y el adecuado control jurisdiccional de su actuación” (Exposición de motivos). La disposición adicional primera de esta ley regula, en particular, la Comisión Jurídica de Extremadura, que fue creada, en el seno de la Abogacía General, como “órgano colegiado consultivo de la Comunidad Autónoma” por la Ley 19/2015, de 23 de diciembre, a resultas de la supresión del anterior Consejo Consultivo de Extremadura.

La última norma legal del año ha sido la Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2022. Como ya hemos avanzado con anterioridad, hacía ya muchos años que las cuentas regionales no se lograban aprobar antes del comienzo del nuevo período presupuestario, debiendo retrotraer sus efectos, consecuentemente, al día 1 de enero del año natural correspondiente. Durante este ejercicio, sin embargo, esta ley formal se ha publicado en el DOE del último día del año, para entrar en vigor al día siguiente (esto es, el 1 de enero de 2022). El montante consolidado del gasto previsto asciende a casi siete mil millones de euros (en concreto, a 6.999.970.121 euros). Este importe representa un aumento del 9% respecto del año anterior (esto es, una diferencia de más de 575 millones de euros). No obstante, la inversión prevista proveniente del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia de la Unión Europea representa alrededor de 1.600 millones de euros, a los que deben sumarse otros 769 millones de euros procedentes de otros Programas Operativos de la Unión Europea y los 617,9 millones de euros de la Política Agraria Común (PAC). De las transferencias del Estado proviene un incremento del 7% de las entregas a cuenta del Sistema de Financiación

Autonómica, que asciende así a 3.315 millones de euros, más el reparto de los fondos de cohesión correspondientes, que se incrementan un 22,3%, hasta los 2.725 millones de euros. Los presupuestos, en su conjunto, están diseñados partiendo de una estimación de crecimiento del PIB de entre el 6,02 y el 7% para 2022.

Las partidas más cuantiosas de estos presupuestos son las referidas a la sanidad (con más de dos mil millones de euros) y a la educación (con 1.233.864.419 euros). En la exposición de motivos se recalca la idea de que estos nuevos presupuestos “hacen realidad el potencial transformador de los fondos europeos para dar respuesta a las necesidades y expectativas de la ciudadanía extremeña, así como del tejido productivo y empresarial”. Con este contexto de fondo, las cuentas públicas extremeñas tienen “dos grandes ejes” principales: por un lado, “el refuerzo del Estado del Bienestar”; y, por otro, “la transformación de la economía regional”. Así, y en relación con el primero de estos pilares, los nuevos presupuestos “asignan más de 7 de cada diez euros a políticas sociales; un incremento de 8,1%, más de 330 millones de euros respecto a lo destinado en el ejercicio 2021. Unas políticas sociales en las que Extremadura destaca como la comunidad de régimen común con mayor gasto social por habitante en 2020, baremo que lidera en el ámbito del gasto educativo y que sitúa a la región en la segunda posición en gasto en sanidad y en servicios sociales”. En relación con el segundo de estos ejes, “las cuentas regionales destinan 1.658,7 [millones de euros], casi un 7% más que en 2021, a impulsar políticas económicas expansivas que apoyen a nuestro tejido productivo y sirvan de palanca a la inversión”.

4.1.2. La legislación de urgencia adoptada por la Junta de Extremadura

Ésta es la segunda anualidad de la serie histórica (tras el pasado año 2020) con el número más elevado de decretos-leyes desde que esta fuente normativa fue introducida por el nuevo Estatuto Autonómico de 2011. En todo caso, tanto los quince dictados durante 2020, como los siete de este 2021, han perseguido esencialmente la lucha contra los efectos de la pandemia.

La mayor parte de estas normas legales de urgencia tienen como objetivo directo, en efecto, el establecimiento de ayudas para la recuperación y la reactivación de diferentes sectores económicos afectados por la pandemia (Decretos-leyes 1/2021, de 13 de enero; y 2/2021, de 27 de enero) o para autónomos y empresas (Decretos-leyes 5/2021, de 9 de junio; 6/2021, de 1 de septiembre; y 7/2021, de 22 de septiembre). El citado Decreto-ley 5/2021, además de crear también otros tipos de ayudas destinadas a paliar, asimismo, los efectos de la Covid-19, modifica la Ley autonómica de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Servicios de Extremadura de 2018.

Las dos restantes normas legales gubernamentales se escapan ligeramente de esta tónica. En este sentido, el Decreto-ley 3/2021, de 3 de marzo, tiene un doble objeto: por un lado, el establecimiento del marco general de las estructuras de gobernanza autonómicas para “las formas de intervención cofinanciadas con los fondos de la Unión Europea, tanto los estructurales y los de cohesión como otros instrumentos financieros no estructurales establecidos por la Unión Europea” (estas previsiones legales están completadas reglamentariamente mediante el Decreto 8/2012, de 17 de febrero, por el que se establecen medidas de coordinación para la planificación, gestión y ejecución de fondos europeos); y, por otro lado, la previsión de diversas medidas para la modernización administrativa en ámbitos tales como, por ejemplo, la gestión pública, la digitalización, la gestión y el control presupuestario, la tramitación de los procedimientos administrativos, la agilización de las subvenciones financiables con fondos europeos, la contratación administrativa o la evaluación ambiental.

Se aprovechan, además, las disposiciones finales de este Decreto-ley 3/2021 para modificar distintas normas extremeñas, entre las que destaca la Ley de garantía de la autonomía municipal de Extremadura de 2019. En efecto, la disposición adicional primera modifica el artículo 31 (“Funciones del Consejo de Política Local”) de esta norma legal, así como incorpora en ella la técnica de los “programas de colaboración económica municipal con las entidades locales”, que pretenden la financiación de competencias municipales “en las que converjan intereses conjuntos con las competencias propias de la Comunidad Autónoma” (nuevo “Artículo 46. Programas de Colaboración Económica Municipal”).

Se modifican también: la Ley 2/1999, de 29 de marzo, de patrimonio histórico y cultural (nuevo redactado del apartado 5 del art. 41); la Ley 16/2015, de 23 de abril, de protección ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura (nuevo redactado de su art. 16); y la Ley 12/2018, de 26 de diciembre, de contratación pública socialmente responsable (nuevo redactado de los arts. 20.2, 34.1 y 36.3, y se añade una disposición adicional novena).

Finalmente, el Decreto-ley 4/2021, de 4 de junio, regula dos tipos de cuestiones en materia de transporte público: en primer término, establece el régimen jurídico del transporte a la demanda, definido por esta norma legal como “aquel servicio público, regular y de uso general de viajeros por carretera, cuya prestación viene determinada exclusivamente por la solicitud de los viajeros en función de sus necesidades de desplazamiento, de acuerdo con las condiciones estipuladas en el correspondiente título jurídico vinculante” (art. 4.1); y en segundo término, dispone medidas para garantizar el equilibrio económico de los servicios de transporte público regular de uso general de viajeros por carretera sometidos a obligaciones de servicio público. Esta disposición legal de urgencia incluye, por último, una disposición final última que modifica la Ley autonómica del comercio ambulante de 2018 con el ánimo de impulsar la autonomía local en materia de comercio ambulante.

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

El número de este tipo de disposiciones durante 2021 ha sido ciertamente muy elevado en comparación con lo sucedido tradicionalmente en nuestra región. Durante este año, la más Alta Magistratura extremeña ha dictado cuarenta y cuatro decretos, esto es, bastantes más que en 2020 (primer año de pandemia), que fueron treinta y dos, e incluso más que en 2019 (año de elecciones con gran cantidad de ceses y nombramientos de Consejeros), que alcanzó la cifra de treinta y seis.

La absoluta mayoría de los decretos presidenciales ha estado encaminada durante este segundo año de pandemia al dictado de normas sanitarias, en tanto que el Presidente autonómico fue designado como autoridad competente delegada por el Real Decreto de declaración del estado de alarma desde el día 25 de octubre de 2020. A este respecto, destacan por su elevado número los decretos del Presidente destinados a las restricciones de entrada y de salida de municipios (son de este tipo, entre muchos otros, los decretos núms. 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 14 ó 17) o, incluso, del territorio de la Comunidad Autónoma (núms. 26, 29 ó 37) –o a levantar dichas medidas-; pero no faltan los relativos a la limitación del aforo de los lugares de culto (núms. 4, 9, 12, 16 ó 24), a la restricción de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno –o “toque de queda”– (núms. 9, 12, 16, 24 ó 36), o a la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados (núms. 12, 16 ó 24).

Con independencia de estos numerosos decretos presidenciales antipandémicos, destacan, asimismo, los referidos a la reorganización del Ejecutivo extremeño (núm. 41), y a los correspondientes ceses y nombramientos de titulares de los departamentos afectados (núms. 42, 43 ó 44).

Otras materias en las que se han dictado este tipo de disposiciones se refieren a ayudas a comunidades extremeñas en el exterior y a sus federaciones (núms. 15 ó 40) o a la distribución del Fondo de Cooperación para las Mancomunidades Integrales de Municipios de Extremadura (núm. 39). Sin embargo, debe recordarse que la forma de estas disposiciones no es consecuencia de su contenido sustantivo, sino por abordar materias que son, en el momento de adoptarse, competencia orgánica del Presidente, y no de otras consejerías del Ejecutivo. De esta forma, disposiciones equivalentes en años anteriores o posteriores pueden ser adoptadas con la forma de Decretos de la Junta de Extremadura, y no del Presidente en solitario, si existe una atribución de materias distinta entre los miembros del gobierno regional.

4.2.2. *Los decretos y acuerdos de la Junta de Extremadura*

En este segundo año de pandemia, al igual que ya sucedió en el primero, la actividad de la Junta de Extremadura ha encontrado su expresión jurídica tanto mediante decretos como a través de un elevado número de acuerdos destinados al establecimiento de medidas sanitarias (ya hemos citado algunos de ellos en la introducción de este informe).

En cuanto a los decretos, su número supera con creces los del pasado año (en el que tan sólo se llegó a la cifra de ochenta y dos, y que estaba muy lejos entonces de los más de doscientos alcanzados en los años precedentes), pues se han dictado durante este ejercicio un total de 152 (algunos de ellos publicados en el Diario Oficial de Extremadura durante los primeros días del mes de enero de 2022). Como resulta tradicional en nuestra región, muchos de ellos tienen naturaleza singular, mientras que algunos otros poseen valor reglamentario. Aunque no faltan decretos gubernamentales en materia de fomento ni tampoco sobre nombramientos y ceses de altos cargos, su número no es tan elevado como en otras anualidades. De hecho, a pesar del desgaste operado por la pandemia, en 2021 solo dos de estos relevos en la estructura de la Administración afectan al sector público sanitario: a) la sustitución al frente de la Dirección de Planificación, Formación y Calidad Sanitaria y Sociosanitarias de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales; y b) de la Dirección-Gerencia de la Fundación para la Formación e Investigación de los Profesionales de la Salud (FUNDESALUD).

Además de estos ámbitos, los temas abordados se refieren, entre otras cuestiones, a:

a) la organización administrativa (a fin de ejecutar los fondos europeos se aprueba, por ejemplo, el Decreto 20/2021, de 31 de marzo, por el que se modifica el Decreto 170/2019, de 29 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería para la Transición Ecológica y Sostenibilidad);

b) el régimen local (es el caso del Decreto 10/2021, de 17 de marzo, por el que se establecen determinados requisitos mínimos para la calificación como

integral de una mancomunidad de municipios de la Comunidad Autónoma de Extremadura);

c) el empleo público (entre otros ejemplos: Decreto 16/2021, de 24 de marzo, por el que se aprueba la relación de puestos de trabajo de personal eventual de la Junta de Extremadura);

d) la declaración de bienes de interés cultural (en sus distintas categorías: Zona Arqueológica, Monumento, Patrimonio Cultural Inmaterial...);

e) la ejecución de fondos europeos;

f) la declaración de urgente ocupación en materia de expropiaciones forzosas;

g) la ordenación territorial y urbanística (destaca la publicación del Decreto 143/2021, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de ordenación territorial y urbanística sostenible de Extremadura);

h) las infraestructuras;

i) la educación (entre otros: Decreto 64/2021, de 16 de junio, por el que se establecen normas para la aplicación del régimen de conciertos educativos durante los cursos académicos 2021/2022 a 2024/2025, excepto para la enseñanza de Educación Primaria, en la Comunidad Autónoma de Extremadura);

j) la agricultura y a la ganadería (por ejemplo: Decreto 17/2021, de 24 de marzo, por el que se regula el suministro directo por titulares de explotaciones agrarias de pequeñas cantidades de productos primarios; o, Decreto 86/2021, de 14 de julio, por el que se regulan las entidades agroalimentarias prioritarias de Extremadura y su registro); o,

k) cuestiones medioambientales (tales como: Decreto 2/2021, de 13 de enero, por el que se crea el Observatorio Extremeño de Cambio Climático y se regula su organización, composición y funcionamiento; o, Decreto 3/2021, de 13 de enero, por el que se crea la Comisión Interdepartamental de Cambio Climático de Extremadura, y se regula su organización, composición y funcionamiento).

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

Han sido cuatro los acuerdos de esta Comisión que se han publicado durante este año en el BOE.

A) Dos de estos acuerdos han servido para el inicio de negociaciones sobre diversos preceptos de sendas normas autonómicas, que son, en concreto, los Decretos-leyes 3/2021, de 3 de marzo, y 4/2021, de 4 de junio (ya citados con anterioridad). La publicación de estos acuerdos ha tenido lugar, respectivamente, en el BOE de los días 9 de junio y 15 de septiembre de 2021.

B) Los dos restantes acuerdos han servido para cerrar a satisfacción de ambas partes la controversias suscitadas sobre sendas normales legales de urgencia dictadas por el gobierno regional: en primer lugar, sobre el Decreto-ley 12/2020, de 19 de junio, de medidas extraordinarias y urgentes para la reactivación de la actividad económica y social en la Comunidad Autónoma de Extremadura en el proceso hacia la “nueva normalidad” (aunque este acuerdo fue adoptado a finales de diciembre del pasado año, su publicación en el BOE tuvo lugar el 27 de enero de 2021); y, en segundo lugar, sobre el Decreto-ley 3/2021, de 3 de marzo, de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (este acuerdo fue publicado en el BOE del día 29 de diciembre de 2021).

5.2. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CON ESPECÍFICA RELEVANCIA PARA LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA

Nuestro Tribunal Constitucional ha dictado una única Sentencia que haya tenido como protagonista nuestra región durante este año. Nos referimos a la STC 72/2021, de 18 de marzo, que estima parcialmente un recurso de

inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno de la Nación contra diversos preceptos de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, del estatuto de las personas consumidoras de Extremadura. Cuatro son, en concreto, los preceptos de esta Ley que se impugnan [arts. 13 d), 17.2, 28.6 y 29] por entenderse que no responden a un adecuado ejercicio de las competencias autonómicas en materia de protección de los consumidores y usuarios, en cuanto que vulneran las competencias estatales en materia de legislación civil, mercantil y procesal (art. 149.1.6 y 8 CE), las competencias estatales sobre bases de ordenación del crédito (art. 149.1.11 CE), así como las relativas a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE).

Antes de proceder a resolver el recurso planteado, el Alto Tribunal se pronuncia sobre un aspecto previo referido a la “supuesta pérdida de objeto del recurso” en la medida en que media un acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado–Comunidad Autónoma de Extremadura, de 27 de diciembre de 2019, en el que ambas partes dan por resueltas las discrepancias en relación con la interpretación de la Ley 6/2019, de 20 de febrero, y la conveniente modificación de los preceptos en cuestión. Sobre este particular, el Tribunal recuerda la consolidada doctrina constitucional acerca del valor de los acuerdos de las comisiones bilaterales de cooperación conforme a la cual estos acuerdos “en ningún caso pueden impedir el pronunciamiento de este tribunal acerca de las infracciones constitucionales que se denuncian en el proceso (en sentido parecido, STC 106/2009, de 4 de mayo, FJ 3, y también SSTC 22/2015, de 16 de febrero, FJ 3, y 79/2017, de 22 de junio, FJ 10). Tampoco los eventuales acuerdos de tales comisiones pueden erigirse en parámetro de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas en un recurso de inconstitucionalidad (STC 217/2016, de 15 de diciembre, FJ 6)” [FJ 2].

Entrando sobre el fondo del asunto, la primera cuestión que dilucida el Tribunal es la relativa al encuadramiento de las disposiciones controvertidas en el sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias. A este respecto, se destacan como títulos competenciales en discusión los siguientes: por un lado, el art. 9.1.18 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que atribuye a ésta la competencia exclusiva en materia de

“Consumo. Regulación de las medidas de prevención, protección y defensa de las personas consumidoras y personas usuarias, de sus derechos y de los órganos y procedimientos de mediación. Lucha contra el fraude”, precepto que invoca y a cuyo amparo se aprueba la Ley 6/2019. Por otro lado, las competencias exclusivas estatales atribuidas en el art. 149.1.6, 8, 11 y 13 CE, y, en particular, las dos primeras en la medida en que el ejercicio autonómico de la competencia en materia de protección de los consumidores y usuarios, materia en la que se circunscribe el recurso, ha de tener en cuenta las competencias estatales en materia de legislación civil, mercantil y procesal.

En concreto, en relación con el contenido de cada uno de los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona destacamos algunos de los argumentos más relevantes que llevan al Alto Tribunal a declarar su inconstitucionalidad y nulidad. Cuatro son los artículos impugnados:

a) El art. 13 d) de la Ley 6/2019 regula las obligaciones del empresario y los correlativos derechos del consumidor en cuanto a la justificación documental de la contratación realizada. Más concretamente, este artículo regula las características que ha de tener el “documento justificativo de la contratación” realizada al que tienen derecho los consumidores, disponiendo que puede revestir la forma de factura, recibo, justificante o cualquier otro formato; además, este artículo permite que sea el empresario el que determine el formato en que el documento justificativo ha de ser entregado, exigiendo únicamente que se encuentre a disposición del consumidor durante un determinado plazo. Sobre este particular el Tribunal Constitucional considera que tales previsiones no pueden ser contempladas en la normativa autonómica al invadir la competencia estatal en materia de legislación civil (art. 149.1.8 CE) en la medida en que: por un lado, los contratos celebrados por los consumidores con las empresas tienen, en principio, naturaleza civil a efectos competenciales, tal y como avala la doctrina constitucional (STC 132/2019 FJ 2); y, por otro, alteran el régimen de derechos y obligaciones de las partes del contrato en lo relativo a la forma de acreditar la contratación realizada, afectando a las bases de las obligaciones contractuales, reservadas en todo caso al legislador estatal según reiterada jurisprudencia (se citan al respecto las SSTC 71/1982, FFJJ 17 a 19, y 132/2019, FJ 6) (FJ 4).

b) El art. 17.2 de la Ley 6/2019, al regular el clausulado de los contratos a suscribir entre consumidores y empresas, establece que “se considerará, en todo caso, cláusula abusiva la renuncia al derecho de comunicación de cesión de créditos, así como a los derechos de retracto y tanteo en contratos de créditos o préstamos de cualquier índole”. Sostiene el TC al respecto que corresponde al Estado ex artículo 149.1.8 CE estimar qué debe entenderse por cláusulas abusivas en la contratación (y, en consecuencia, en qué medida pueden introducirse en las mismas innovaciones), recordando que ya “desde la STC 71/1982, de 30 de noviembre, hemos dejado sentado que el fenómeno de las cláusulas abusivas, aun siendo capital para la defensa de los consumidores y usuarios, forma parte de la competencia estatal ex artículo 149.1.8 CE: [s]i los preceptos tuvieran que interpretarse en el sentido de que establecen una regulación sobre lo que debe entenderse por cláusulas abusivas en la contratación, introduciendo, en esta área del derecho, innovaciones en lo que es –y debe ser– una regulación general, como comprendida en lo que dispone el art. 149.1.8 de la Constitución, la conclusión tendría que ser la de negar competencia al legislador autonómico, pues el tratamiento de la materia, y las soluciones al respecto, deben ser una, y la misma, para cualquier parte del territorio del Estado”. De acuerdo con esta doctrina, concluye el Alto Tribunal, la determinación normativa de las cláusulas que deben considerarse abusivas es una cuestión que compete exclusivamente al Estado, el cual debe delimitar tanto el concepto de cláusula abusiva, como definir las que cumplen tal condición [FJ 5 a)].

c) El art. 28.6 de la Ley 6/2012, referido a los contratos de prestación de servicios de tracto continuado, prescribe la obligación de comunicar a los clientes que una concreta cláusula incluida en su contrato, y que ha sido declarada abusiva, “dejará de aplicarse en los términos establecidos por la resolución o sentencia judicial”. Este inciso incurre, a juicio del Alto Tribunal, en una doble vulneración competencial: por un lado, vulnera las competencias estatales en materia de legislación civil, a cuyo amparo, corresponde al Estado delimitar tanto el concepto de cláusula abusiva como los efectos que produce en un contrato la inclusión de una cláusula de tal carácter (art. 83 TRLGDCU); por otra parte, “al disponer la inaplicación de la cláusula en todos los contratos regula los

efectos de la sentencia o decisión judicial que la declaró abusiva, por cuanto hace extensivos *ex lege* sus efectos a contratos distintos de aquel que motivó el pronunciamiento judicial, con lo que infringe las competencias estatales en materia de legislación procesal del art. 149.1.6 CE.” [FJ 5 b)].

d) Por último, el art. 29 de la Ley 6/2012 impone a la entidad financiera que pretenda llevar a cabo la titulización la obligación de informar previamente y por escrito al deudor hipotecario, así como detalla el modo concreto en que debe notificarse tal información. De este modo, según el Abogado del Estado, la ley extremeña establece una regulación que incide de manera directa en el ámbito de una operación financiera como es la titulización de créditos y, con ello, en el de los préstamos hipotecarios a los que se refiere dicha operación, de tal suerte que se estarían vulnerando las competencias exclusivas que corresponden al Estado en materia de legislación mercantil, bases de la ordenación del crédito y bases y coordinación de la planificación de la actividad económica. En esta línea, recurre el Alto Tribunal a su jurisprudencia señalando que: “De la doctrina de la STC 54/2018, FFJJ 6 c) y 9, que reitera la STC 13/2019, FJ 3 C), se deriva que el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de defensa de los consumidores y usuarios, tienen como límite, entre otros, que no se produzca un *novum* en el contenido contractual; o en otras palabras, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas, ya que, en caso contrario, se estaría adentrando a regular ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado por el art. 149.1.6 y 8 CE, lo que bastaría para concluir en su inconstitucionalidad” (FJ 6).

El precepto de la ley extremeña no solo introduce *ex novo* obligaciones en una relación contractual privada, sino que también modifica el régimen del préstamo hipotecario, en cuanto que impone a una de las partes, el cedente de un crédito hipotecario, una obligación de notificación (hasta ahora no regulada) que se corresponde con un correlativo derecho de información sobre la transmisión, que la norma autonómica otorga al consumidor que ha obtenido el crédito hipotecario ahora cedido. En esta línea el Alto Tribunal señala que: “Se trata de una cuestión que afecta a las relaciones contractuales privadas, en cuanto se refiere a la regulación de nuevos derechos, los del deudor cedido, y obligaciones,

la de la entidad financiera cedente, en el seno de un contrato de crédito hipotecario. Por tal motivo, su regulación ha de entenderse reservada al Estado, no pudiendo la comunidad autónoma imponer un deber en este sentido, amparándose para ello en sus competencias en materia de consumo. Conforme al canon ya expuesto anteriormente, la comunidad autónoma no puede, al ejercer sus competencias sobre dicho sector material, dejar de acomodar su normativa a la que el Estado ha dictado al amparo de sus competencias exclusivas, como son las que derivan de los arts. 149.1.6 y 8 CE” (FJ 6).

6. LA POSICIÓN DE EXTREMADURA COMO TERRITORIO ESTRATÉGICO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA

Extremadura se encuentra en una situación singular con respecto al futuro estratégico del sector energético en España y Europa. De una parte, en los últimos años han emergido diversas oportunidades de explotación minera relacionadas con el litio, especialmente en la provincia de Cáceres. Este es un material indispensable para la fabricación de baterías eléctricas. Por otra parte, la región produce una enorme cantidad de esta energía eléctrica, que exporta hacia el resto del país y al exterior, gracias a una serie de instalaciones que están en entredicho de forma recurrente, o en torno a las cuales se producen situaciones de cierta conflictividad política y social: el vaciado de los pantanos, las prórrogas a la actividad o el cierre de la central nuclear de Almaraz, la instalación a gran escala de plantas fotovoltaicas, la creación de industrias vinculadas a la extracción de las reservas de litio, etc. Las inversiones y otras medidas favorables (desde instancias europeas y nacionales) a la denominada transición energética, y la consiguiente apuesta por la sostenibilidad en la producción de la electricidad, hacen que estos asuntos revistan una particular importancia para la región, *ad intra* y *ad extra*.

6.1. CAPACIDAD PRODUCTIVA

El 30 de junio de 2021, la Junta de Extremadura aprobó el Plan Extremeño Integrado de Energía y Clima (PEIEC) para el período 2021-2030. Este Plan contempla una inversión de 18.640 millones de euros, de los cuales 17.487 procederían de inversión privada, y 1.152 de inversión pública. El PEIEC prevé la instalación de 11.060 megavatios (MW) adicionales de energía renovable en diez años para la región. Para entender el contexto de esta planificación de la Administración regional, conviene considerar algunos datos de partida previos al Plan.

La producción de energía eléctrica en Extremadura es hoy fruto, esencialmente, del uso de tecnología nuclear y renovable (hidroeléctrica, solar, eólica y biomasa). Por ello, el 99,7% de la generación eléctrica se produce libre de emisiones de CO₂. En los últimos años, la capacidad de producción eléctrica de Extremadura ha aumentado progresivamente (entre el 1,6 y el 0,23% en 2020 y 2019, respectivamente), algo que contribuye a un balance eléctrico notablemente positivo, en el que la producción supera ampliamente a la demanda en los últimos años (424,07% de superávit en 2019 y 413,3% en 2020, por ejemplo). Tres cuartas partes de la producción, por tanto, son exportables, beneficiando al resto del país. De hecho, Extremadura era en 2020 la sexta Comunidad Autónoma del país con mayor producción de energía eléctrica, la séptima en energía renovable, y la tercera en balance positivo.

En particular, las autoridades públicas achacan el aumento de la producción al “notable aumento de la generación de energía eléctrica renovable”, de la que se extrajo casi un tercio del total en 2019⁴, y la solar fotovoltaica se convirtió en tecnología líder en 2020 (superando el 32,9% de la potencia instalada, y el 39,73% de la aportación a la producción renovable). De hecho, con estas fuentes pudo cubrirse el 93,88% de la demanda regional total en 2019 y el 121,49% en 2020, por lo que ya antes de la reestructuración estratégica suscitada por la

4 Véanse, a este respecto, los informes sobre Balance Eléctrico de Extremadura de los últimos años (para el entrecomillado, en particular, cfr. el correspondiente a 2019, p. 5), disponibles (a 17 de enero de 2022) en la página web oficial de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, de la Junta de Extremadura:

<http://industriaextremadura.juntaex.es/kamino/index.php/area-de-energia>

pandemia de la Covid-19, la Comunidad extremeña se encontraba muy próxima a una plena capacidad de abastecimiento energético fruto de fuentes renovables, especialmente de origen solar. Desde la última década (2009), se ha producido un incremento del 165,02% en el parámetro de cobertura de la demanda de electricidad a partir de fuentes renovables, en los términos que contempla la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE.

El mayor incremento de las últimas dos décadas obedece, sin duda, a la potencia fotovoltaica instalada en la región: si en 2006 se instalaron 4 MW de potencia fotovoltaica en Extremadura, solo al año siguiente (2007) fueron 56 MW, en 2008 fueron 399, en 2011 sobrepasó los 530, experimentando un lento crecimiento hasta 2018, cuando se instalaron 564 MW, pero que fueron casi duplicados en 2019 (1.075 MG), y doblados en 2020 (con 2.564 MW instalados de potencia). El autoconsumo no ha hecho más que aumentar (más de un 500% el primer año de la pandemia, por ejemplo) y siguen realizándose instalaciones y tramitándose centenares de nuevos proyectos, que suman varios miles de nuevos MW potenciales. De hecho, desde 2020, en Extremadura se instala la mitad de la energía fotovoltaica de todo el país. Como muestra, la compañía Iberdrola prevé inaugurar en 2022 la planta fotovoltaica más grande de Europa en la región, en los municipios de Torrecillas de la Tiesa y Aldeacentenera (1.300 hectáreas), superando la actual denominada “Núñez de Balboa” (también en la región, en los municipios de Usagre, Hinojosa del Valle y Bienvenida, con 1.000 hectáreas).

6.2. PROYECTOS MINEROS EN ENTREDICHO

Desde hace más de un siglo, la actividad minera en Extremadura ha sido relevante, dando lugar a que existan, en la actualidad, una veintena de áreas con más de medio centenar de elementos patrimoniales relevantes desde el punto de vista histórico. En la actualidad, la región cuenta con alrededor de 160 explotaciones mineras activas (dos tercios de ellos en la provincia de Badajoz, y el

resto en la cacereña), que representan un volumen de negocio estimado en 2018 de entorno a los 103 millones de euros. Pero esta cifra de actividad refleja, al mismo tiempo, que tres cuartas partes (75,7%) de las explotaciones inventariadas se encuentran en estado de abandono, por haber finalizado su actividad extractiva, y un 7% inactivas.

En este contexto, en los últimos años se han realizado diversas exploraciones del terreno (mediante permisos de investigación) por parte de compañías privadas para identificar la existencia de yacimientos de minerales susceptibles de ser explotados. En los veintiún municipios que comprende la comarca pacense de la Campiña Sur, por ejemplo, la Administración minera de Extremadura anunciaba en febrero de 2021 la tramitación de una decena de estos permisos, en búsqueda de cobre y vanadio, principalmente. En la provincia de Cáceres, también, se han concedido diversas licencias de prospección, sondeos, catas y otros trabajos similares, entre los que sobresalen, por la repercusión social adquirida, los orientados a la búsqueda de litio.

Este tipo de proyectos no suelen estar exentos, todos ellos, de cierta polémica recurrente en las zonas en las que se proyectan, debido a su compatibilidad con la normativa vigente, los riesgos medioambientales y los datos del impacto económico real aducidos por diversas plataformas ciudadanas, instituciones y, en algunos casos, estudios académicos que entran en contradicción con las cifras de las distintas partes involucradas. Varios de estos casos han suscitado especial controversia en los últimos años, y el 2021 ha resultado de capital importancia para su desarrollo.

En primer lugar, en marzo de 2021 cambió de titularidad la mina de níquel de Aguablanca, en Monesterio (al sur de la provincia de Badajoz), uno de los casos de mayor polémica en los últimos años (adquirió en 2017 una Declaración de Impacto Ambiental favorable por parte del Ejecutivo nacional, aunque no llegó a ponerse en marcha la extracción del mineral). Ahora se adquiere por parte de un grupo empresarial involucrado en el establecimiento de una fábrica de baterías en Badajoz, también objeto de controversia por el origen de la materia prima con la que operaría. Esta mina dispone de reservas de níquel, cobre,

platino y oro, en principio, materiales útiles para la producción de las baterías, según la compradora.

En segundo lugar, el conflicto en torno a la cuestión minera tiene un claro exponente en dos iniciativas vinculadas a la extracción de litio en la provincia de Cáceres. Se trata del “yacimiento de Las Navas” (en el término municipal de Cañaveral), y otro en el propio término municipal de la capital cacereña (llamado “San José de Valdeflórez”). A lo largo de 2021 se han sucedido diversas noticias a propósito de ambos proyectos, haciendo que el de Las Navas parezca el único viable a corto plazo (la empresa prevé el inicio efectivo de la explotación para 2023, al haber presentado el proyecto de explotación en octubre de 2021). En el caso de Valdeflórez, los promotores llevan más de seis años litigando con la Administración municipal por la validez jurídica de diversas resoluciones que han obstaculizado la continuación del proyecto, por considerarlo incompatible con diversos planes y normas municipales. En abril de 2021, la Administración autonómica denegaba nuevos permisos de investigación a la empresa promotora de esta, y en octubre del mismo año la empresa anunciaba un nuevo proyecto, soterrando la explotación del yacimiento para tratar de sortear las limitaciones jurídicas a la previa idea de realizarla a cielo abierto. A final del año no existían nuevas resoluciones administrativas ni judiciales a propósito del cambio de proyecto.

6.3. ALMACENAMIENTO DE ENERGÍA

En íntima relación con las iniciativas mineras antedichas, y con otros proyectos de iniciativa pública, las instituciones públicas extremeñas han querido posicionarse en los últimos años como territorio para un potencial desarrollo industrial vinculado a la producción, la investigación, el desarrollo y la innovación en el almacenamiento de energía. Sobresalen varios proyectos específicos en este sentido, en distinto estadio de evolución.

El 24 de marzo de 2021, la compañía Phi14Tech confirmó la instalación en Badajoz de la primera fábrica de celdas baterías como proyecto integral de

almacenamiento energético (la primera del sur de Europa), con una inversión prevista de alrededor de mil millones de euros hasta 2023, de los cuales ya estarían comprometido el 60%. Ya se han adjudicado 177.000 metros cuadrados de superficie para esta iniciativa en la Plataforma Logística del Suroeste Europeo, y a finales de año estaba previsto el inicio de las obras de construcción. La misma empresa planea instalar otra fábrica vinculada (de cátodos de baterías) en el mismo municipio de la extracción minera del litio en el que está involucrada (“Las Navas”, en Cañaveral, provincia de Cáceres).

Distinto del proyecto anterior, el grupo alemán Volkswagen y el Gobierno de España ponderaban a final de año la elección de Extremadura (o Comunitat Valenciana) para albergar otra gigafactoría de baterías eléctricas para automoción de esta otra compañía. Las previsiones de inversión en este caso alcanzarían los 3.500 millones de euros, según la empresa, y la generación de hasta 5.000 empleos directos en el punto de mayor desarrollo. La existencia y viabilidad de los proyectos mineros de litio, antes expuestos, pueden influir en la decisión final de esta compañía europea, que contaría además con financiación de los fondos europeos Next Generation.

Finalmente, el 28 de diciembre de 2021 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado un convenio para poner en marcha en Cáceres el Centro Ibérico de Investigación en Almacenamiento Energético, como fruto de la colaboración entre el Ministerio de Ciencia e Innovación, el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), la Junta de Extremadura y la Fundación Fundecyt-Parque Científico y Tecnológico de Extremadura. Se trata de una importante apuesta pública por la I+D+i dirigida a solventar los retos científicos y tecnológicos derivados del almacenamiento de la energía eléctrica, uno de los principales desafíos de la producción sostenible de esta. El carácter ibérico del Centro pretende ser fruto de la imitación del modelo del Laboratorio Ibérico Internacional de Nanotecnología (INL) situado en la ciudad portuguesa de Braga, y creado en 2005 a raíz de los acuerdos adoptados en la XXI Cumbre Hispano-Portuguesa.

6.4. CRISIS DE LOS PANTANOS

Además de la nuclear y la fotovoltaica, la tecnología hidroeléctrica supone otro importantísimo pilar del sistema de producción energética en Extremadura. De hecho, sus doce centrales hacen de esta comunidad la tercera con más potencia hidroeléctrica del país (solo por detrás de Galicia y Castilla y León). Sin embargo, en los últimos años se han sucedido una serie de controversias relativa al uso de los recursos hídricos, que han cuestionado la práctica de las compañías que explotan estas centrales, al dificultar el abastecimiento de los municipios que obtienen sus recursos hídricos de los mismos pantanos o zonas aledañas.

Aunque no sea una novedad, el año 2021 ha visto recrudecerse el conflicto político y social (por ahora), al converger un fenómeno de escasez hídrica, debido a las pobres precipitaciones, y una situación enrarecida en la producción energética, debido al elevado coste del precio final para el consumo eléctrico.

En agosto de 2021, el Gobierno de España reconoció que estaba investigando el vaciado del pantano de Valdecañas, a iniciativa de varias Administraciones municipales de la zona. Pocos días después, el 2 de septiembre, dos grupos de la Cámara legislativa autonómica (Ciudadanos y Unidas por Extremadura) solicitaron formalmente la creación de una Comisión de Investigación parlamentaria sobre el desembalse de agua en este pantano y también en el de El Cíjara. La iniciativa fue rechazada cuatro días más tarde por la oposición del Grupo parlamentario popular y socialista, justificándolo en la falta de competencias autonómicas sobre la materia.

En definitiva, la cuestión energética despierta un interés creciente en la ciudadanía y en las instituciones extremeñas, al constatar el valor y el potencial de la región como productora de energía eléctrica, y su aprovechamiento para el desarrollo del propio territorio y su población. La característica de esta producción, en su mayoría sin generar CO₂, hace de Extremadura y de sus recursos naturales un espacio estratégico para el desarrollo de iniciativas vinculadas a aquella transición energética que se propugna desde los principales planes estratégicos transnacionales e internos, desde los Objetivos de Desarrollo Sostenible al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Es muy probable

que, los próximos años, estas cuestiones y los conflictos derivados susciten una aún más importante actividad política y jurídica en nuestra Comunidad Autónoma.

VICENTE ÁLVAREZ GARCÍA
Área de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
vjalvarez@unex.es
<https://orcid.org/0000-0003-1979-603X>

FLOR ARIAS APARICIO
Área de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
florarias@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-9822-8905>

ENRIQUE HERNÁNDEZ DIEZ
Área de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
ehernandezdiez@unex.es
<https://orcid.org/0000-0003-3112-8704>

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS



Carmen José ALEJOS GRAU y José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ. *Las Leyes de Reforma y su aplicación en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2021. 586 pp. ISBN 9786073050197

La obra de estos dos consagrados investigadores –española y mexicano– es producto de una ardua labor de investigación realizada con la documentación inédita de los archivos vaticanos y de la propia legislación decimonónica. Como es bien sabido, la historia del liberalismo en México tuvo como hecho catalizador la citada normativa, además del duro enfrentamiento entre el naciente Estado mexicano y la Iglesia católica. En esta época tan difícil para el país, en donde se implementaron las famosas desamortizaciones de las tierras comunales o la nacionalización de los bienes del clero, se optó por una concepción del Estado en oposición a la Iglesia y a la herencia hispana, lo que llevó a la Iglesia a forzar su alianza con el conservadurismo.

Este respaldo hacia la facción conservadora hizo que saliera también mal parada, pues la corriente general de los tiempos revolucionarios había fraguado en una fuerte mentalidad liberal secularizante, donde el laicismo y el rechazo hacia el influjo eclesiástico se había extendido por la nueva realidad política occidental –habría que recordar, por ejemplo, los distintos movimientos nacionales que llevaron en el caso italiano a la anexión de los Estados Pontificios y a la aprehensión del propio Papa Pío IX–.

Esa política anticlerical fue todavía más drástica con los gobiernos liberales,¹ quienes consideraban a la Iglesia como un obstáculo para el desarrollo de la sociedad. De esta manera, lo que se propusieron estos investigadores fue conocer desde un punto de vista mucho más real que la narración edulcorada de la historia oficial, lo que sucedió realmente en México entre 1848 y 1874 –años clave en todo este proceso laicista y de imposición de los proyectos de Estado-Nación de los distintos grupos políticos–.

Los años funestos que se avizoraban en el horizonte, tuvieron como trasfondo las múltiples guerras civiles entre conservadores y liberales, que para pagar préstamos –como en el caso de Benito Juárez a los EE.UU. – se establecieron como garantía los bienes nacionales del clero. La prohibición de portar hábito en público, no salir de la República sin permiso, el mantenimiento de la validez de ordenamientos de corte liberal como la Ley Lerdo, o la abolición del fuero eclesiástico y de nacionalización del clero, llevaron al expolio general de la Iglesia en toda la república.

En el caso mexicano, estas nuevas leyes, lejos de contribuir al bien común lo hicieron en favor del interés particular de algunos individuos, lo que llevó a Pío IX en 1856 a condenar los atentados del gobierno mexicano contra los derechos de la Iglesia por tanta impiedad:² “Peligra la de muchos y sobre todo de los pobres, no sólo su patrimonio sino su sustento, su casa e incluso la vida misma”.

En resumidas cuentas, la guerra liberal-conservadora de mediados de siglo llevó al saqueo de la Iglesia, a la intervención de los EE.UU. y de las potencias europeas del país, y a un drama social que acarreó la intervención por parte de los gobiernos de los recursos del clero para sufragar los gastos militares de las tropas constitucionales. La plata fundida de la Catedral de Michoacán en la casa

1 Como en el caso de Santa Anna, que con el nuevo préstamo comprometido obligó a aportar al clero cuatro millones de escudos y un millón en letras pagaderas.

2 Lerdo había propuesto al presidente Ignacio Comonfort la nacionalización de los bienes del clero, para hipotecarlos por veinte millones con garantía del gobierno de los EE.UU. Asimismo, se extinguían los conventos de religiosos, se reducían a cuatro los de monjas y se abolían los derechos parroquiales.

del ministro de los EE.UU. da buena cuenta de los pactos oscuros que se concretaron para apoyar a las tropas revolucionarias.

El reconocimiento de los EE.UU. hacia la facción constitucionalista y el presidente Benito Juárez, no estuvo desprovisto de un gran suministro de armas, dinero y fuerzas militares, lo que llevó a los conservadores a exigir un nuevo sacrificio económico –y cito: “los dos eran pesos de la misma angustia”– por su continuo saqueando impune del patrimonio del clero.

El “diluvio de males que sufrió la Iglesia” en su persecución con las leyes decretadas por Juárez produjo la separación Iglesia-Estado, la supresión de las órdenes religiosas, la expulsión de los conventos, la prohibición de entrar en el noviciado, la venta de bienes eclesiásticos, o la celebración del matrimonio civil. Así, el pueblo se convirtió en vasallo del vecino del norte –más el apoyo de Inglaterra– que con el tratado McLane-Ocampo había previsto una cesión territorial del Atlántico al Pacífico por el istmo de Tehuantepec, con el objetivo de que los Norteamericanos tuvieran libre circulación de mercancías y tropas por el país –nada nuevo con respecto a la política de los últimos siglos tras la doctrina Monroe en Hispanoamérica–³.

Para sostener los gastos urgentes de la guerra se presionaba al clero con el fin de la obtención de rápidos suministros pecuniarios, pero lo peor de todo es que ambos estaban de acuerdo. Los conservadores se jactaban de defenderla, pero imitaron en el despojo sacrilego la actuación de los liberales con las catedrales de Michoacán y Durango... Y es que ya lo decía el nuncio apostólico Luigi Clementi: “aunque triunfe uno u otro partido, la Iglesia perderá todo bajo la esclavitud que oprime el imperioso regalismo”.⁴

³ “América para los americanos”, o más bien la traducción correcta podría ser: “América para los EE.UU.”

⁴ Desde mi punto de vista, este hecho se puede entender mucho mejor bajo la óptica que señala Jaime Balmes. Y es que, la diferenciación que se hace en la política moderna entre conservadores y liberales, es más entendible y real si se habla de liberales moderados y liberales progresistas, donde unos conservan la revolución y otros avanzan en la revolución. Unos y otros son parte de una misma lógica revolucionaria, lo que lleva hoy hacia la equiparación ideológica del juego izquierda y derecha.

La aplicación de las Leyes de Reforma y las consecuencias de las dos siguientes décadas “ocasionó un daño gravísimo a la pureza del dogma y de la moral católica”. Además, con la llegada de los constitucionalistas al poder se suspendió el pago de la deuda exterior, rompiéndose relaciones con Inglaterra, Francia y España. Así fue que Napoleón III deseara instaurar una monarquía que sostuviera Francia, y de ahí la llegada de los Habsburgo y con ella las primeras desilusiones, pues lejos de darse un giro a toda esta línea señalada, se ratificaron los ataques contra la Iglesia, puesto que no se varió el trazo marcado por las leyes de Juárez. El abandono absoluto del partido conservador fue un hecho, que tuvo su continuación con Juárez y la famosa Ley Lerdo de Tejada en el período de 1867 a 1872. Era la constitucionalización de las Leyes de Reforma.

A modo de conclusión, me gustaría señalar que los autores, con gran imparcialidad sobre el tema, dan a conocer los hechos sin decantarse de forma previa. Es la documentación e investigación realizada la que revela cada una de las crueldades narradas. Por ello, el lector podrá comprobar que tras la independencia en el primer tercio del XIX, las relaciones entre los gobiernos de México y la Iglesia católica pasaron por tremendas dificultades. Los políticos de todas las tendencias defendieron la separación Iglesia-Estado, pero a costa de que el Estado mantuviera el control sobre ésta reclamando los derechos de patronato. Hasta ahora se conocía muy poco del despojo violento de las propiedades de la Iglesia en México, por lo que, creo que esta profunda investigación sobre las fuentes originales –y que se convertirá de consulta obligada para los especialistas de este ámbito– da un giro necesario en busca de la verdad de los hechos del país mesoamericano en la centuria decimonónica.

MANUEL ANDREU GÁLVEZ
Profesor de Historia del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Panamericana, Mixcoac, Ciudad de México
mandreu@up.edu.mx
<https://orcid.org/0000-0002-8474-0983>

Vicente ÁLVAREZ GARCÍA. 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*. Madrid: Iustel, 2021. 153 pp. ISBN 9788498904017

Una de las principales líneas de investigación del Profesor Álvarez García, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura, ha sido la dedicada al análisis del Derecho de necesidad o Derecho de las crisis. Sus estudios doctrinales en esta materia son un referente en el ámbito jurídico desde que en el año 1996 publicó como libro su Tesis Doctoral con el título *El concepto de necesidad en Derecho Público* (Civitas).

Como especialista en este tema, ha seguido con atención los acontecimientos que hemos vivido en el año 2020 con la pandemia del coronavirus que ha obligado a los Poderes Públicos a aplicar las normas previstas en nuestro ordenamiento para hacer frente a las crisis sanitarias, incluso con el recurso al Derecho constitucional de excepción, y ha dedicado varios trabajos al examen de la aplicación de estas normas y de las medidas adoptadas por las autoridades.

Algunos de estos estudios, publicados en revistas de reconocido prestigio como *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* y la *Revista General de Derecho Administrativo*, junto con otros inéditos, se recopilan en el libro que comentamos en el que el Profesor Álvarez García desarrolla, siguiendo un orden cronológico, la historia jurídica que se inicia a finales del invierno de 2020 y que estructura en tres partes tituladas: la primavera de 2020, el verano de 2020 y el otoño de 2020.

En la primera parte, se incluyen dos capítulos.

En el primero, explica cuáles son los principios rectores del Derecho de necesidad y su funcionamiento. Tras ello, se refiere a las normas aplicables para hacer frente a emergencias sanitarias en España que pueden ser de origen estatal y autonómico. A nivel estatal, destaca cómo las leyes sanitarias y otras normas transversales permiten tomar medidas en situaciones de crisis y activar poderes de necesidad ante epidemias; además, existe la posibilidad de aprobar Decretos-Leyes si concurre una extraordinaria y urgente necesidad. Por otra parte, puede recurrirse al llamado Derecho Constitucional de excepción con la

declaración de alguno de los estados excepcionales (alarma, excepción y sitio). El de alarma, cuyas reglas básicas expone el Profesor Álvarez García, sería el apropiado para crisis sanitarias.

A continuación, analiza la declaración del estado de alarma por Real Decreto el 14 de marzo de 2020 para la gestión de la crisis ocasionada por el coronavirus, que supuso la intervención directa y la asunción del protagonismo en la gestión de la pandemia por la Administración General del Estado, pues hasta ese momento el peso en la lucha sanitaria se había llevado por las Comunidades Autónomas. Examina, de forma pormenorizada, el contenido del Real Decreto. Resalta la centralización de competencias en manos estatales y también repasa las medidas de necesidad que se activan siendo, quizás, la más llamativa el confinamiento domiciliario que planteaba dudas sobre su constitucionalidad puesto que el estado de alarma no permite suspender ningún derecho fundamental y, en este caso, se afectaba a la libertad fundamental de circulación.

Concluye su análisis destacando que existen en España numerosas normas de necesidad para luchar contra las crisis que podrían haberse utilizado antes y mejor, pero, llegados a la situación de marzo, momento en el que escribe ese texto, considera que la declaración del estado de alarma fue oportuna, por el gran simbolismo que esta medida constitucional extrema entrañaba.

El segundo capítulo recoge un documento de mayo de 2020 encargado por el Círculo Cívico de Opinión en el que realiza un balance preliminar de las fortalezas y las debilidades de nuestro sistema social y jurídico en la lucha contra la pandemia del coronavirus. Los aspectos positivos han sido muchos e importantes, pero también detecta carencias significativas, que deberán solucionarse para hacer frente a futuras crisis, como el deficiente funcionamiento de la lucha sanitaria a nivel supranacional europeo, la falta de medios y capacidad de gestión del Ministerio de Sanidad o ciertos aspectos de la regulación de las medidas de necesidad, entre otros. No se limita el Profesor Álvarez a apuntar estos defectos, sino que propone soluciones como la posibilidad de crear una agencia gubernamental o una autoridad administrativa independiente con capacidad para luchar contra catástrofes de grandes dimensiones.

Termina este capítulo con unos breves apuntes a tener en cuenta en la desescalada que se refieren a la legislación aplicable tras la finalización del estado de alarma y a la necesidad de que se permita a las Comunidades Autónomas la recuperación de sus competencias en materia sanitaria.

Este último tema se analiza en el tercer capítulo del libro, incluido en la segunda parte (el verano de 2020).

Se recuerda al inicio cómo el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de sanidad se alteró tras la declaración del estado de alarma, que centralizó todas las competencias para la lucha contra el coronavirus en la Administración General del Estado (designando como autoridad competente para la gestión al Presidente del Gobierno y como autoridades delegadas a cuatro Ministros). Las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales podían continuar con la gestión ordinaria de sus servicios bajo las órdenes de estas autoridades.

Esta recentralización estuvo vigente muchas semanas (los quince días iniciales del estado de alarma y las seis prórrogas de la misma duración), pero se aplicaron técnicas, que el Profesor Álvarez va detallando, para una vuelta paulatina a la descentralización sanitaria con el plan estatal para la desescalada.

La primera de esas técnicas fue el proceso de “cogobernanza”, con las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, para la transición a una nueva normalidad, regulado en una Orden Ministerial de mayo de 2020 y que se reitera por los Reales Decretos de cuarta, quinta y sexta prórroga. Estos añaden otras como la llamada “codecisión”; la devolución a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales de sus competencias en materia policial y de protección civil o los cambios en las autoridades delegadas, considerándose también como tales a los Presidentes de las Comunidades Autónomas.

En el mes de junio, durante la vigencia de la sexta prórroga, se dictó un Real Decreto-ley en el que se tomaban medidas urgentes para la expiración de la vigencia del estado de alarma y mientras perdure la crisis sanitaria del coronavirus; a su análisis dedica unas líneas el Profesor Álvarez. También las

Comunidades Autónomas, que recuperaron sus competencias en la materia, aprobaron normas para hacer frente al coronavirus tras la finalización del estado de alarma y, al elevarse el número de rebrotes, aplicando las normas de salud pública que no se habían reformado, tomaron medidas que fueron controladas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con discrepancias extraordinariamente importantes.

La generalización del número de rebrotes en todo el territorio nacional llevó a que se dictara, tras una reunión del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud celebrada en el mes de agosto, una Orden Ministerial que fue comunicada (aunque no publicada oficialmente) a las Comunidades Autónomas que la traspusieron y sometieron a ratificación judicial las disposiciones regionales. En la Comunidad de Madrid no fueron inicialmente aprobadas suscitándose judicialmente un muy interesante problema jurídico que se explica con detalle en el libro.

Asimismo, se hace referencia a la “oferta” realizada por el Presidente del Gobierno a las Comunidades Autónomas, también en el mes de agosto, para que solicitaran la declaración del estado de alarma en todo o parte de su territorio que plantea algunas dudas desde el punto de vista jurídico.

Tras constatar las dificultades surgidas en la aplicación de la legislación ordinaria para hacer frente a la pandemia, cree el Profesor Álvarez García que sería conveniente aprobar una ley estatal específica y pormenorizada para luchar de forma eficaz contra las epidemias.

La tercera parte del libro (el otoño de 2020) incluye el cuarto capítulo en el que el autor expresa su opinión sobre cómo se ha comportado el Derecho durante la segunda ola de la pandemia.

Se refiere, por una parte, al periodo que se inicia a partir del mes de junio de 2020, tras la finalización del estado de alarma, durante el que aparecen rebrotes y las Comunidades Autónomas toman medidas sanitarias. En este momento se produce el que considera el primer gran error jurídico grave cometido durante la lucha contra la pandemia.

Este se plantea porque las autoridades regionales sometieron sus normas sanitarias a la ratificación de los Jueces de lo Contencioso-Administrativo y éstos aceptaron la competencia, a juicio del Profesor Álvarez, por un error de interpretación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que sólo les atribuía la supervisión de medidas administrativas singulares que afectasen a derechos fundamentales de una persona o de un grupo concreto de personas.

En septiembre de 2020, se modifica esta Ley y se prevé la autorización y la ratificación por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo de las disposiciones sanitarias generales que puedan suponer una limitación de un derecho fundamental aprobadas por las Comunidades Autónomas y autoridades estatales (por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, respectivamente). Esto, dice el Profesor Álvarez, convierte al Poder Judicial en otro “poder normador” afectando, incluso, al principio de separación de poderes.

Por otra parte, se explica cómo vuelve a recurrirse a la declaración del estado de alarma durante la segunda ola de la pandemia. A comienzos del mes de octubre de 2020, el día 9, se aprueba una primera declaración limitada a la Comunidad de Madrid, restringiendo la entrada y salida de personas en los nueve Municipios afectados (tras varios conflictos en la ratificación judicial de las medidas sanitarias adoptadas por ésta implementando las Órdenes Ministeriales aprobadas tras las reuniones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud) y unos días más tarde, el 25 de octubre, otra declaración para todo el país que también plantea ciertas cuestiones de interés como la renuncia a la centralización en la gestión; la habilitación a los Presidentes autonómicos para dirigir la lucha contra la pandemia, a pesar de afectar ésta a todo el territorio nacional, o su duración ya que, tras la declaración inicial por quince días, fue prorrogado seis meses.

Se pregunta el Profesor Álvarez García si era necesario este recurso al Derecho Constitucional de excepción, pues, transcurridos siete meses desde la primera declaración del estado de alarma, podría haberse aprobado una Ley anti-epidemias para luchar de manera eficaz contra las enfermedades infecciosas.

Este libro, de gran actualidad e interés, es una nueva contribución del autor al estudio del Derecho de necesidad y, como todas sus aportaciones, será de lectura obligada para los operadores jurídicos y los interesados en esta cuestión. Asimismo, sería deseable que las autoridades públicas tuvieran en cuenta sus propuestas para mejorar el Derecho, que ha sido un instrumento indispensable en la lucha contra esta crisis sanitaria que todavía no ha terminado, y al que habrá que recurrir en las que puedan producirse en el futuro.

M. MATILDE SÁNCHEZ GUTIÉRREZ
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
msangut@unex.es
<https://orcid.org/0000-0001-7814-1645>

Manuel ANDREU GÁLVEZ y Rodrigo RUIZ VELASCO BARBA (Coords.). *La forja de México: a doscientos años del surgimiento de una nación política*. Pamplona-Ciudad de México: EUNSA e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2021. 563 pp. ISBN 978-84-313-3581-6

La obra materia que se reseña en el presente escrito fue publicada en el año 2021 bajo la coordinación de los Dres. Manuel Andreu Gálvez y Rodrigo Ruiz Velasco Barba, ambos profesores a nivel Licenciatura y Posgrado de la Universidad Panamericana, campus México; así como pertenecientes al Sistema Nacional de Investigadora del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de la República Mexicana (CONACyT), del CONICET argentino y de la ANECA española. La obra que se somete a somero análisis en la presente recensión representa un trabajo arduo de exigencia metodológica y académica por parte de una serie de autores y profesores especialistas a nivel Iberoamérica en temas de Derecho, Filosofía e Historia, quienes desde diversas geografías tanto europeas como americanas abordan el tema de los doscientos años de la fundación de México desde contextos además de diversamente académicos, también contextos internacionales, regionales y naturalmente nacionales.

La publicación que reseñamos tiene como objetivo a alumnos y profesores de nivel universitario, dedicados a las disciplinas del Derecho, la filosofía y la historia, siendo útil para iniciar una reflexión de los hechos históricos y jurídicos que dieron lugar a un momento fundacional del Estado Mexicano, concretamente el habido en septiembre de 1821 así como sus causas e innumerables efectos. Pero aún más que ello también se estudian las ideas filosóficas, políticas y naturalmente los sustentos en el pensamiento cristiano que dieron cuerpo a los hechos históricos y jurídicos que dieron nacimiento a la nación mexicana. La reflexión no solamente se detiene en un análisis de causas, también se incluyen interesantes reflexiones acerca de lo que tales acontecimientos implican hoy, no sólo para México sino para el resto del mundo y sobre todo el resto del mundo hispanoamericano.

Los artículos en los que se materializa esta obra se organizan en cuatro capítulos que otorgan un esquema temático de la materia iniciando con el marco

de pensamiento filosófico y político que dio lugar a las secesiones americanas, en segundo término se plantea un capítulo acerca del pensamiento constitucional de la incipiente nación mexicana; en tercer lugar, se plantea un interesante capítulo sobre la vida de la Iglesia Católica en los momentos secesionistas de la América Española y finalmente el cuarto capítulo trata sobre el devenir del constitucionalismo en México y en América Latina a partir de la fecha de consumación de la Independencia en 1821, capítulo que aunque breve devela potentes carencias y desafíos a la realidad actual de México y las antiguas posesiones ultramarinas hispánicas.

En el primer capítulo titulado “El Entorno Político y Cultural en los Albores de la Secesión” nos encontramos con las plumas de los profesores el Dr. Manuel Andreu Gálvez, el Dr. José Antonio Lozano Díez, la Dra. Beatriz Badorrey, el Dr. Rubén Saéñz Abad y la Dra. Mónica del Carmen Meza, en dicho capítulo se analizan los antecedentes filosóficos no solamente propios de la Ilustración, que naturalmente influenciaron la labor de los independentistas, sino inclusive desde la escolástica y el pensamiento clásico. Por otro lado se hacen interesantes relatorías sobre la obra de Jose Eguiara sobre la Bibliotheca Mexicana obra que detalla el pensamiento criollo en la Nueva España, así como una interesante y curiosa relatoría de las fiestas que se celebraban en la Nueva España antes y después de la consumación de la Independencia (fiestas religiosas y civiles que involucraban lides de toros, mascaradas, comedias y demás) y finalmente un estudio sobre las relaciones entre España e Inglaterra dentro del marco de las secesiones y cómo tal relación mutó de una declarada enemistad a una convivencia amistosa en el concierto internacional.

El tercer capítulo de título “El pensamiento constitucional de la joven nación” participan el Dr. Juan Francisco Baltar Rodríguez, el Dr. Juan Pablo Salazar Andreu, el Dr. Fernando Méndez Sánchez, el Dr. José María Soberanes Díez y el Dr. Jaime del Arenal Fenocho. Inicia el capítulo con dos relatos sobre un personaje clave en la construcción del pensamiento constitucional mexicano, el Obispo Antonio Joaquín Pérez Martínez, de quien se relata su participación como diputado constituyente de la provincia de Puebla así como presidente en las Cortés de Cádiz, del mismo modo se relata la relación habida entre el Prelado

y Agustín de Iturbide con ocasión de la Conspiración de la Profesa que permite vincular las obras del Plan de Iguala como causadas por el pensamiento del Obispo de Puebla. Del mismo modo se retoma críticamente los instrumentos jurídicos que implicaron el Plan de Iguala y el Acta de Independencia del Imperio Mexicano desde perspectivas jurídicas y filosóficas, debiendo entender estos documentos normativos como el acta de nacimiento del Estado Mexicano.

En el tercer capítulo titulado “La Iglesia Católica en las encrucijadas del proceso secesionista” participan el Dr. Jean Meyer, la Dra. Carmen José Alejos Grau, la Dra. María Eugenia García Ugarte y el Dr. Paolo Valvo. En este capítulo se examina profundamente el papel de la Iglesia Católica en los procesos secesionistas de México y de las demás naciones latinoamericanas y como instituciones como el Regio Patronato cimentaron una identidad nacional difícil de no observar. no solo en aquel entonces sino hoy en día. De igual modo se relata como fue el difícil trance de la Iglesia en América, tras la gesta de independencia, al tener que buscar una vinculación más directa con Roma dada la desaparición del regalismo, Este capítulo cumple con el reto de vincular la historia de México como nación independiente con un innegable sentimiento social vinculado al catolicismo.

El cuarto capítulo que aunque breve es muy importante se titula “Constitucionalismo y Política en el Nuevo Régimen: España, México y América Latina” es de vital importancia porque plantea retos, insuficiencias, aciertos, pero sobre todo varias tareas de cara al futuro en cuanto a la labor del Estado en México y América Latina frente a sus identidades sociales, que necesariamente implican un replanteamiento de fondo de las estructuras jurídicas, políticas y en general institucionales de la Nación. Participan con elocuentes plumas el Dr. Francisco Vázquez Gómez Bisogno, el Dr. Héctor Ghiretti y el Dr. Faustino Martínez Martínez.

La obra cumple el cometido de invitar a una reflexión y cuestionamientos profundos sobre la narrativa usualmente utilizada sobre las motivaciones y fundamentos de la Independencia de la Nueva España, así como sus causas en latitudes y geografías lejanas a la mexicana, para al final plantear que se trata de un

proceso inacabado (aunque parezca ocioso plantearlo a 200 años de tal evento) que exige voltear a ver peticiones de revisionismo sobre aspectos que son socialmente relevantes para la sociedad mexicana (como su acendrado catolicismo) y que criticablemente han sido ignoradas por el Estado o los Estados en América Latina. Se trata pues al final de una obra que cumple el cometido de reexaminar la identidad del Estado Mexicano a través de las exigencias más profundas de su ciudadanía (arraigadas en su historia), por lo que resulta útil su estudio académico para la formación de nuevas y mejores generaciones de universitarios.

GUILLERMO TEJEDA BECERRA
Profesor de Historia del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad Panamericana, Mixcoac, Ciudad de México
gtejeda@up.edu.mx
<https://orcid.org/0000-0003-3615-8849>

Eber Omar BETANZOS TORRES; María Alaide BRUNO TEIXERIA y Claudia Cristina T.G. de ARAUJO COSTA (Coords.). *El Derecho ante la Pandemia de la Covid-19*. México: Tirant lo Blanch, 2021. 283 pp. ISBN 9788413782249

El 11 de marzo de 2020 marcó un hito en la joven historia del siglo XXI; ese día, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el brote del virus SARS-CoV-2 era una pandemia. Para ese momento, ya habían comenzado los confinamientos en Asia y Europa, pronto iniciarían en el continente americano. Si bien la pandemia una crisis de salud pública, es un fenómeno sistémico con severas consecuencias económicas, sociales y humanas, cuyos efectos se res sentirán por varios años.

En los primeros meses de la primera ola de la pandemia, el Banco Mundial estimaba que América Latina y el Caribe resentirían particularmente el impacto de la pandemia, ya que nos alcanzó en un contexto de lento crecimiento económico, escasos progresos en los indicadores de bienestar y tensiones sociales en aumento. Las medidas para controlar la transmisión de la pandemia agudizaron las marcadas desigualdades de nuestra región, quienes viven en condiciones de pobreza y vulnerabilidad resintieron de manera desproporcionada sus consecuencias, limitando su ya precario acceso a la educación, al empleo y a servicios básicos.

Si toda crisis puede transformarse en una oportunidad, este libro es prueba de ello. Durante el confinamiento, mis alumnos del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por el Dr. Ricardo Rabinovich-Berkman, me plantearon la necesidad de reflexionar sobre la pandemia y la nueva realidad que construyó desde perspectiva jurídica, identificar las problemáticas que se habían exacerbado y proponer acciones para disminuir o revertir sus secuelas negativas.

“El Derecho ante la pandemia de la COVID-19” se integra por 15 colaboraciones que analizan las implicaciones de la pandemia en la administración de justicia, los derechos humanos, la violencia contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, los derechos de los trabajadores, las afectaciones diferenciadas a los grupos en condición de vulnerabilidad, el bioderecho y la construcción de la paz.

En el ámbito del Derecho laboral, Frederico Silva Hoffman explica el fenómeno de los despidos masivos ocurridos en Brasil, considerando la reforma laboral de 2017 y analiza las opciones para brindar seguridad a los trabajadores en dichas circunstancias. Por su parte, María Alaíde Bruno Teixeira analiza el fenómeno de la precarización del trabajo y su relación con la justicia laboral. En tanto, el trabajo de Mauro Roberto Vaz Curvo se pregunta si la COVID-19 puede ser reconocida como una enfermedad profesional y las consecuencias de dicho reconocimiento. Debido al cierre de varias empresas en Brasil, Rayanne Kelly Ribero Gonçalves estudia la figura de la sucesión laboral y los fraudes que pueden surgir debido a la venta o transferencias de empresas para evitar su quiebra y que enmascaran la sucesión laboral.

Evidentemente, la pandemia ha afectado de manera desproporcional a las personas en situación de vulnerabilidad, especialmente en sus opciones para acceder al empleo y a ingresos suficientes para subsistir, como explica Juan Enrique Sologuren Álvarez. Claudia Cristina T.G. de Araujo Costa analiza el impacto de la pandemia en las trabajadoras domésticas, debido la falta del reconocimiento del valor del trabajo doméstico y la discriminación que conlleva este tipo de trabajo y a que, en muchas ocasiones se presta de manera informal, las trabajadoras domésticas no pueden acceder a prestaciones laborales y la pérdida de su empleo ponen en riesgo su subsistencia, situación que se agrava en un contexto crítico.

Las restricciones de movilidad y el confinamiento llevaron a los poderes judiciales a disponer la suspensión de plazos lo que agravó el problema del rezago judicial. Bráulio de Almeida Pereira Paiva analiza las consecuencias de la suspensión de plazos en los procesos laborales en Brasil y apunta la necesidad de impulsar la justicia en línea como un medio para garantizar la razonabilidad de los plazos en el proceso y garantizar el acceso a la justicia. Edson Oliveira da Silva y Keeze Montalvão Fonseca da Silva analizan el rezago judicial en los procesos civiles y proponen el fortalecimiento de la solución alternativa de controversias para aliviar las cargas de trabajo en el Poder Judicial brasileño, ya que permite dar solución a los asuntos con mayor celeridad. Y Gabriel Santiago Pereira Gómez aboga por el uso de las nuevas tecnologías en la administración de justicia para brindar una solución más expedita a los justiciables.

El confinamiento incrementó la violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Daiane Alves de Sa estudia este fenómeno en Brasil y señala que, a pesar de que el ordenamiento promueve la coordinación entre los distintos órganos y niveles de gobierno y un diálogo con la sociedad civil, la pandemia ha evidenciado que no se ha implementado la legislación y las políticas públicas necesarias para hacerle frente. Por su parte, Vanesse Louzada Coelho, estudia el aumento de la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes durante la pandemia y la necesidad de garantizar sus derechos y atender estos casos considerando su interés superior.

La bioética, el bioderecho y la salud son temas de gran relevancia en estos momentos. Yolange Véliz Valencia analiza los atentados contra la dignidad humana en la atención médica y el manejo de cadáveres en Ecuador desde la perspectiva del bioderecho e identifica las violaciones a los derechos humanos que estos actos significaron para miles de personas y sus familias. Por su parte, tanto Elizabeth Cecilia Silva como Silvia Angélica Giurlani estudian a las distintas pandemias y epidemias que han marcado la historia de la humanidad y, al compararlas con la actual pandemia de COVID-19, es claro que las características de nuestras sociedades actuales, globalizadas e interconectadas facilitaron la dispersión del virus y dificultan la construcción de la paz sin condiciones de justicia social.

Es innegable que la pandemia nos ha permitido reflexionar sobre lo vivido y los ajustes que deben realizarse para lograr una recuperación justa y equitativa, acorde con los principios del estado democrático y constitucional de derecho. La obra, a partir de una preocupación común, ofrece un análisis crítico del accionar y tratamiento a las diferentes problemáticas agravadas por la pandemia y establece la urgencia de impulsar un cambio de conciencia, así como adoptar nuevas políticas y promover reformas legislativas para estar preparados para futuras pandemias y construir una sociedad más igualitaria, incluyente, resiliente y sostenible.

EBER OMAR BETANZOS TORRES

Profesor Programa de Doctorado en Derecho. Universidad de Buenos Aires
Profesor Facultad de Economía. Universidad Nacional Autónoma de México
Titular de la Unidad Técnica de la Auditoría Superior de la Federación (México)
miterceraletra@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-6642-221X>

Pedro BRUFAO CURIEL. *La intervención pública en el tráfico de bienes culturales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. 237 pp. ISBN 9788413785950

Pedro Brufao Curiel, autor de esta monografía, es Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura en la actualidad. La obra que se presenta aborda con profusión y exquisito rigor científico la intervención pública en el tráfico de bienes culturales.

Fascinado siempre por el tema que se presenta y como amante empedernido del buen cine y de las series televisivas, a quien escribe estas líneas le viene a la cabeza la reciente serie televisiva “La Fortuna” del laureado y oscarizado director de cine español Alejandro Amenábar. La serie adapta el cómic de aventuras de Francisco Roca “El Tesoro del cisne negro”, y ello bajo el telón de fondo del expolio marítimo de nuestro patrimonio histórico que barcos como el *Odyssey* realizaron en su día y el pretendido desdén de las autoridades públicas en la protección jurídico-patrimonial de los bienes culturales. A riesgo de ser iluso, quizás series como la comentada en esta recensión coadyuven a poner en valor el verdadero alcance de estudios como el ahora evocado.

En el prólogo de la obra, José Eugenio Soriano García, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Complutense, revela la audacia de su discípulo en el abordaje del estudio llevado a cabo. Al igual que el protagonista de la divertida versión española de Tintín “La Fortuna”, Álex Ventura, el autor se erige cual Tintín en estandarte de la defensa de nuestro patrimonio al poner de manifiesto el valor del patrimonio histórico español como bien cultural y no económico. Con un lenguaje sencillo y clarificador, lejano de lo engalanado y enrevesado, el autor demuestra su capacidad de análisis y exposición mediante una metodología científica bien aprendida.

El estudio busca responder a toda una serie de interrogantes que se plantean y resuelven a lo largo de los cinco capítulos en los que se estructura este libro junto con una breve introducción. Cabe destacar la aproximación holística pergeñada al respecto a lo largo de la obra, ya que el autor no se conforma con

una mera aproximación descriptiva al objeto de análisis, sino que ahonda en una aproximación pragmática o práctica mediante la interpretación y aplicación del régimen jurídico aplicable al tráfico de los bienes culturales. Al efecto, usa con soltura la doctrina científica más autorizada sobre la materia, sin descuidar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la jurisprudencia de los tribunales ordinarios. Es más, frente a la *lege data*, el profesor Brufao no rehúye propuestas *de lege ferenda* mediante una aproximación teleológica, propositiva y valorativa. Quizás, lo más valioso al respecto sean las conclusiones que enarbola el autor al final del libro al mostrar una visión clarificadora de este fenómeno sumamente complejo.

En el primer capítulo, el autor comienza por el principio, si, por el principio, esto es, por la aproximación a los antecedentes históricos de la intervención pública en los bienes culturales en España, todo ello con el propósito primordial de poder llegar a hilvanar un relato coherente.

En el segundo capítulo, como no puede ser de otro modo, y en mi opinión de manera acertada, acto seguido procede a bosquejar un acercamiento al Derecho Internacional sobre el tráfico de los bienes culturales. Para ello, realiza un análisis de los principales textos internacionales que regulan el tráfico de bienes culturales y la lucha contra la expoliación, esto es, los Convenios de la UNESCO y de UNIDROIT, amén de mostrar la actividad de la Organización Internacional Consejo de Europa. Se atreve con la delimitación conceptual entre restitución, repatriación y devolución. Pues bien, hay que decir que el autor se maneja con soltura en el ámbito del Derecho Internacional y de las Organizaciones Internacionales respecto a la manifestación de la deseada protección internacional de los bienes culturales en los instrumentos internacionales que analiza. Más aún, en esta parte de la obra late la idea-fuerza de que el tráfico ilícito de bienes culturales se acrecienta de manera ostensible en las situaciones de crisis internacionales y conflictos armados.

En el tercer capítulo, se pone el foco en la regulación europea del tráfico de bienes culturales. En este caso, el punto de partida no es otro que entretejer cuales son las principales restricciones a la libre circulación de mercancías entre los

Estados miembros en el caso de bienes culturales en el seno de la UE y las restricciones al tráfico de bienes culturales de acuerdo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Acto seguido, dedica la atención que merece a la Directiva 2014/60/UE sobre la restitución de bienes culturales exportados ilegalmente del territorio de un Estado miembro y al régimen europeo de la introducción e importación de bienes culturales.

En el cuarto capítulo, llega el momento de analizar el derecho español regulador del movimiento y la protección de los bienes culturales y la lucha contra el tráfico ilegal. Es así que el autor pone el énfasis en la Ley de Patrimonio Histórico Español como ejemplo de intervención pública en el tráfico cultural al estudiar sus elementos principales. Éstos no son otros que la constitucionalización de la protección cultural y la siempre controvertida distribución de competencias sobre el tráfico de bienes culturales.

En este nuclear cuarto capítulo, se pone el prisma en las medidas de fomento relativas a los bienes culturales. Es más, se señala la importancia de la Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro estado miembro de la Unión Europea. Asimismo, se contempla la represión del tráfico ilícito de bienes culturales, prestando especial atención al régimen sancionador administrativo y penal y a la intervención policial contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

Finalmente, en el quinto y último capítulo de la obra se afronta de manera insoslayable el papel desempeñado por la Administración Pública ante el tráfico de bienes culturales mediante su organización y estructura en la materia objeto de estudio. El Profesor Brufao realiza un abordaje exhaustivo de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico y desentraña con pulcritud los criterios de actuación empleados por dicho órgano administrativo.

Para ir poniendo fin a esta breve reseña, nada mejor que reproducir las palabras del prólogo, escrito como se ha avanzado ya por el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense, D José Eugenio Soriano García, cuando termina concluyendo que “Todos estos asuntos y cuestiones,

planteados en forma de problemas (...), van permitiendo construir al autor un racional y razonable engarce preciso y lógico en que cada tema que se resuelve es consecuencia del anterior y causa del siguiente, permite así, resolviendo problemas en casos concretos, algunos magníficamente ilustrados en láminas que merece la pena mirar con detenimiento, llegar a conclusiones tras el repaso, enorme, a esas mismas razones y argumentos en el ordenamiento interno. De ahí que con buena lógica- y buena pluma- llegue a conclusiones, que reservo para el amable lector de este estupendo trabajo”.

En fin, estamos en presencia de una obra de obligada lectura para aquellos juristas que quieran acercarse a este fenómeno perdurable de la regulación de la intervención pública en el tráfico de bienes culturales en la sociedad del tiempo presente. A buen seguro, pasará a la historia jurídico-administrativa, tanto por la forma como por el fondo, ya que está escrita con rigor y seriedad, además de merecer el beneficio de la curiosidad al estar en presencia de un relato bien armado y que no defrauda para nada en las expectativas generadas.

Por tanto, en el guion que se nos presenta no se notan las costuras al estar bien trenzadas las peripecias de la trama relativas al control sobre el tráfico ilegal de bienes culturales en el ordenamiento internacional, europeo y español. Más aún, creo, sin temor a confundirme, que será un referente ineludible para las futuras investigaciones de la materia abordada.

JUAN ANTONIO PAVÓN PÉREZ
Profesor de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
jpavper@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-2410-7182>

Gabriela C. COBO DEL ROSAL PÉREZ (Dir.^a). *Derechos Fundamentales en Estado de Alarma: una aproximación multidisciplinar*. Madrid: Dykinson, 2020. 243 pp. ISBN 978-84-1377-150-2; ISBN ELECTRÓNICO 9788413772561

Podría resultar casi innecesario destacar la relevancia de la obra colectiva que recensamos aquí dada la evidencia de la misma comprobada tanto en la oportunidad como en la vigencia de la temática que trata. Y es que, como apunta la directora de la misma utilizando las palabras de Lorenzo Cotino Hueso dichas en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, al referirse a los actuales tiempos los califica de “revueltos” y del mismo modo entiende que “revueltos” también lo son para preservar las “garantías constitucionales”.

Como perspectiva metodológica se cuenta en esta obra con el doble y complementario prisma que ofrecen el Derecho y la Medicina. Plantea pues esta aproximación una interrelación y mutua subordinación entre Medicina y Derecho. Tal es el ángulo desde el cual en el presente estudio los autores analizan las dificultades y retos que afrontan el Estado y la ciudadanía en esta aún crítica situación provocada por la pandemia iniciada en el año 2019. Cabe decirse que, con carácter general, aparece como hilo conductor que marca el rumbo de toda la obra la común convicción por la cual los autores parten de la premisa por la cual se entiende que el Derecho que observan las democracias está perfectamente preparado para vencer la presente pandemia dentro del concretado y existente marco que ofrece el orden constitucional. Se trata, en suma, de una aproximación multidisciplinar a través de la cual, se observa como común entender de los autores, que el Derecho, en su función de diseñar, limitar y desarrollar las funciones del Estado debe también ponerse al servicio de la búsqueda concreta de las soluciones óptimas tanto para defender la vida como para favorecer la convivencia. Y ello entienden los participantes de la presente obra recensionada, debe ser así incluso en las circunstancias más adversas que acontezcan a la sociedad. En su conjunto ofrece la obra un planteamiento esencialmente optimista, que podría llegar responder, como en su mismo texto se reconoce, a la creencia por la cual se afirma la existencia de una Justicia Suprema inmutable, que algunos han denominado “Derecho natural”, a la cual deben

aspirar alcanzar tanto el Derecho positivo como los planteamientos de la doctrina jurídica.

Para abordar el tema la obra se distribuye en tres Secciones que responden cada una a una temática claramente diferenciada, enmarcadas por un prefacio elaborado por la directora del libro, Gabriela Cobo del Rosal. Una Sección Primera tiene una finalidad introductoria y queda estructurada a través dos capítulos. Dicha Sección Primera ofrece un marco conceptual e histórico preliminar que seguidamente da paso a una Sección Segunda, integrada por tres capítulos en los que se estudian y presentan los retos a los que se enfrenta la salud pública a la luz de la protección de los Derechos Fundamentales. Finalmente, la obra termina con una Sección Tercera, integrada por cuatro capítulos de contenido jurídico, en los cuales se analiza con detenimiento aspectos tocantes al Derecho positivo con especial vinculación al principio de legalidad de la Ley penal y a los Derechos Fundamentales.

La primera parte introductoria, en su primer Capítulo, ofrece una visión y perspectiva general conceptual Gabriela C. Cobo del Rosal que abre el paso a una visión iushistórica de las pandemias más duras por las que ha atravesado la humanidad así como de las reacciones de los distintos poderes públicos para afrontarlas. Dicha metodología es la respuesta a una verdad científica por la cual se entiende que si el Derecho no es inmutable sino que, por lo contrario, es una realidad histórica que se altera y sufre transformaciones con el paso del tiempo, conviene conocerlo para verdaderamente entenderlo en su contexto temporal. Prevalece en esta orientación metodológica la idea que, en continuidad con el pensamiento de Ortega y Gasset, entiende el Derecho como “vida humana objetivada” y que resulta ser el inseparable “producto de la cultura” y que, además, reclama una presencia constante de un hombre que sea capaz de entenderla a fin de sostenerla.

En el precitado primer Capítulo titulado “La novedad de una pandemia en el contexto de un mundo democrático: miradas multidisciplinares”, elaborado por la directora del libro recensionado, Gabriela C. Cobo del Rosal Pérez, Profesora Titular de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Rey

Juan Carlos, se estudian tres temas claramente distinguidos en su tratamiento y exposición pero que, en realidad, se encuentran radicalmente relacionados entre sí en su concreto contenido, a saber: la posibilidad de una “deshumanización” generalizada en la aproximación y tratamiento de la ciencia; la posible presencia de una decadencia también generalizada y, finalmente, el manifiesto abandono de la Historia y de la Filosofía. No se trata de una divagación de contenido meramente reflexivo e intelectual sino que propone concretas soluciones que, no por optimistas, pierden su congruencia y eficacia. En suma, se plantea en ellas, a través de argumentos netamente científicos, colaborar a que la pandemia sea vencida de la mano de una ciencia comprometida con la sociedad, con su Historia y con la cultura a la que pertenece.

En el Capítulo segundo con el título “Normas excepcionales en tiempos de calamidades sanitarias: constantes en el pasado”, obra del Doctor en Historia del Derecho, el profesor Jesús María Navalpotro Sánchez-Peinado, se ofrece un estudio en el que se analiza la relación entre las epidemias y el Derecho a la luz que arroja una perspectiva iushistórica. Expone en sus páginas episodios epidemiológicos de importante repercusión en la Historia humana, y analiza la actuación de los poderes públicos, así como los avances científicos y la evolución de las mentalidades, observando las intervenciones de los gobiernos hasta el periodo constitucional.

La Segunda Sección lleva por título “Retos para la salud pública en la defensa de los Derechos Fundamentales ante la pandemia de 2019” elaborada por distintos profesionales y académicos y sanitarios desde distintas ramas del saber. Se describe en ella buena parte de las necesidades evidenciadas en la crisis así como los protocolos, las más importantes medidas y decisiones adoptadas para recuperar las condiciones sanitarias anteriores a la crisis, desde el prisma que vela por salvaguardar los Derechos Fundamentales tanto de los pacientes como de los trabajadores del sector sanitario.

Se inicia esta Sección a través del Capítulo tercero titulado “El Estado de Alarma: su justificación desde el punto de vista de la Salud Pública”, elaborado por Pilar Mori Vara, que es profesora del área de Salud Pública y Salud

Comunitaria y Secretaria Académica de la Facultad de Enfermería, Fisioterapia y Podología de la Universidad Complutense de Madrid, quien en su trabajo ofrece una relación sintética de las enfermedades transmisibles así como de su transmisión y su prevención. Aborda en sus páginas la concreta forma de detener la “cadena epidemiológica” y expone las medidas no farmacológicas para impedir la transmisión en la comunidad.

En el Capítulo cuarto, titulado “Directrices de la organización mundial de la salud ante los retos de la asistencia sanitaria hospitalaria derivados de la pandemia de COVID-19”, Juan Antonio Suñé, quien es médico militar ejerciente en el Hospital Central de la Defensa “Gómez Ulla”, ofrece en su estudio un recorrido de los acontecimientos que precedieron la declaración de la pandemia. Recuerda además que a lo largo de las dos primeras décadas del siglo XXI se han producido varias emergencias sanitarias, tales como SARS en 2003, la conocida como gripe aviar H5N1 al año siguiente, la gripe A H1N1 en 2009 y, más recientemente, el MERS en 2012. También nos recuerda el autor que en 2014 se produjo la emergencia sanitaria por el virus del Ébola que aún no está completamente superada, concretamente en determinados países africanos y en 2015 la del virus Zika. Recuerda en su estudio además la importancia en todas ellas de la actuación de la OMS. En el trabajo se examinan los criterios clínicos y epidemiológicos de casos Covid-19 así como los principales modos de transmisión y detección de conformidad con las directrices elaboradas por la OMS. Ello además de examinar el protocolo de vigilancia de la enfermedad así como la evaluación de factores de riesgo del personal sanitario. Resultan irreductibles en pocas palabras las sugerentes recomendaciones y el detenido análisis de la situación sanitaria que arroja este estudio sin incurrir en una omisión que desmereciera su contenido.

El Capítulo quinto con el título “Pandemia de COVID-19 y sus consecuencias en la salud mental de la población”, es elaborado por Rocío Paricio del Castillo, quien es médica especialista en Psiquiatría. En su estudio analiza cómo la pandemia ha traído otra importante y muy penosa consecuencia a causa del estrés individual y social que está generando importantes repercusiones en la salud mental poblacional. Analiza en sus páginas cómo la mayor incidencia de

síntomas de estrés postraumático, común en las epidemias de enfermedades infecciosas, se produce sobre todo en colectivos especialmente expuestos a la enfermedad. Sin embargo, estudia cómo también, a nivel poblacional, han aumentado los cuadros ansiosos y depresivos vinculados a los duelos por las pérdidas de vidas, a las dificultades de adaptación a los vertiginosos cambios sociales acaecidos así como al miedo o a la incertidumbre generados por esta enfermedad. Incide en su estudio además y de forma singularizada en algunos colectivos sociales cuya salud mental se ha visto especialmente afectada como ha sido el caso de los profesionales sanitarios expuestos a la misma en condiciones laborales del todo extremas; los mayores; los niños o las mujeres. Anima en su trabajo a que, con carácter prioritario, las autoridades competentes ofrezcan estrategias encaminadas a atender las nuevas demandas de salud mental provocadas por este escenario. Además no se olvida de que, aparte del tratamiento de las secuelas mentales de la pandemia, el modelo de salud biopsicosocial implica que las mejores medidas preventivas de los trastornos mentales son las que son capaces de parar la pobreza, el desempleo, la inequidad así como las situaciones que conculcan los derechos.

Los trabajos que componen la tercera Sección del libro tratan sobre “El mantenimiento del orden constitucional: salvaguarda del principio de legalidad de la Ley penal y de los Derechos Fundamentales”. Se trata de la parte del libro que ha sido elaborada por juristas y profesionales del Derecho positivo. En esta Tercera Sección se estudia la concreta técnica que ofrece el sistema jurídico para luchar contra la pandemia, a través fundamentalmente de una serie de excepcionales normas de convivencia social que, en todo caso, son capaces de preservar el orden constitucional.

El Capítulo sexto, titulado “Desafíos constitucionales ante el coronavirus”, Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo, quien es profesor de Derecho Constitucional, Contratado Doctor de la Universidad Rey Juan Carlos, ofrece en su estudio una crítica visión en torno a los desafíos que debe afrontar el Derecho Constitucional español ante la pandemia. Fernández de Casadevante, en su posición crítica observa una serie de “disfuncionalidades” jurídicas acaecidas en el contexto de la lucha contra el Covid-19, y alerta de una “nueva anormalidad” en

la cual se ha sumido España desde los inicios de la pandemia. Analiza en su estudio estas denominadas por el autor como “disfuncionalidades” que sintetiza a través de tres “desafíos” con los cuales estructuran su trabajo. En el primer desafío analiza si es el estado de alarma o bien lo es el estado de excepción el mejor escenario para afrontar la crisis y acoge un planteamiento doctrinal minoritario por entender que el estado de alarma no estaba habilitado para la suspensión general de Derechos Fundamentales que se ha producido prescindiendo por ello de una garantía establecida por el constituyente para situaciones de emergencia constitucional como lo es la autorización previa de las Cortes Generales a fin de contrarrestar la concentración de poderes ejecutivos -contenido en los artículos 55.1 y 116 CE-. Propone pues el estado de excepción como la solución constitucionalmente más adecuada para lo cual ofrece todos los argumentos jurídicos que acompañan dicha propuesta. Como segundo desafío constitucional, plantea los aislamientos y/o confinamientos decretados por las administraciones autonómicas y locales vía Ley Orgánica 3/1986. Donde comprueba una ausencia de criterios jurisprudenciales homogéneos que ha dado lugar a unas resoluciones judiciales altamente contradictorias entre sí, que favorecen la inseguridad jurídica. En su tercer desafío constitucional analiza las extralimitaciones adicionales perpetradas por las administraciones en materia de Derechos Fundamentales. Estudia cómo durante el estado de alarma, el Gobierno central hizo un uso abusivo de la técnica de la autorremisión al Real Decreto 463/2020 para limitar o suspender Derechos Fundamentales por el mecanismo del uso de simples órdenes ministeriales. Del mismo modo observa que, decaído el mismo, ello contribuyó a propiciar una actividad reguladora de las administraciones autonómicas en la materia, que en interpretación del autor, produjo la violación de una de las garantías básicas del Estado de Derecho como lo es la reserva de ley. Finalmente de forma más sucinta, analiza otras disfuncionalidades constitucionales como el caso de la hibernación inicial casi absoluta del Congreso de los Diputados o la suspensión de las actuaciones judiciales no esenciales así como la ausencia de plenos en el Tribunal Constitucional durante la mayor parte de duración del estado de alarma; o la denunciada como inconstitucional privación del

derecho de sufragio a las personas infectadas por Covid-19, además de otros ejemplos.

En el Capítulo séptimo la doctora en Derecho penal Leyre Sáenz de Pipaón del Rosal, abogada en ejercicio y profesora de Derecho penal en C.U.N.E.F. ofrece un estudio de contenido jurídico penal titulado “Intervención penal, Derechos Fundamentales y cuestiones criminológicas del Estado de Alarma”. En su estudio aparecen como hilo conductor dos ideas esenciales: la primera sería partir de la premisa de que el Derecho penal, al igual que el Derecho en general, es una disciplina “cambiante” y la segunda lo sería recordar la importancia de no desvincular la disciplina penal de la criminología. Analiza el devenir de los acontecimientos desde la perspectiva de la disciplina penal para estudiar el tratamiento de los Derechos Fundamentales y otras cuestiones de interés del ámbito criminológico a partir la declaración del estado de alarma en España con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 e ilustra en sus páginas acerca del relieve jurídico penal de las medidas adoptadas. Su estudio descansa en uso de la normativa de referencia, así como de significados autores en la materia además de otras fuentes de actualidad como lo son los artículos de prensa.

En el Capítulo octavo bajo el título “Herramientas de la Comunidad Internacional frente a la pandemia por COVID-19: La Organización Mundial de la Salud y el Reglamento Sanitario internacional”, M^a Ángeles Cano Linares, profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos, analiza dos de las herramientas principales a disposición de la Comunidad Internacional institucionalizada para luchar contra la pandemia. Parte en su estudio del hecho por el cual en 1948 es sabido que los Estados organizaron una cooperación estable en materia de la salud a través de un organismo especializado de las Naciones Unidas: la Organización Mundial de la Salud. Dicha organización tenía como principal objetivo lograr para todos los pueblos el mayor grado de salud. También nos recuerda cómo al poco tiempo en 1951 se aprobó el primer Reglamento Sanitario Internacional para evitar la expansión de las enfermedades, principalmente centrado en el control de las fronteras. Recuerda en su trabajo cómo el cambio de paradigma se produjo verdaderamente cuando se aprobó en el año 2005 un Reglamento Sanitario Internacional a fin de

prevenir la propagación internacional de enfermedades el cual manifiesta que el control de las emergencias y los riesgos para la salud pública deben realizarse en su origen y además es éste un instrumento jurídico de carácter vinculante para los 194 estados que integran la OMS. El trabajo desde un espíritu crítico arroja luz, desde la óptica del Derecho internacional, a fin de esclarecer cómo, habida cuenta de los mencionados instrumentos a disposición de los Estados, se ha tenido que paralizar prácticamente el mundo entero, y estudia si tal solución hubiera podido ser paliada o incluso evitada.

El Capítulo noveno titulado “Una reflexión a la sombra de la crisis de la COVID-19 sobre la necesidad de adoptar la Declaración Universal de Derechos Humanos como Constitución global” es el estudio ofrecido por el Dr. Juan Emilio Suñé, profesor de la Universidad Complutense de Madrid, en él plantea su autor una reflexión que acaricia la idea por la cual queda abierta la posibilidad de entender que es posible que en el fondo la cuestión esconda una crisis de Derechos Humanos a escala global. Con espíritu crítico observa el profesor Suñé cómo desde 1948 se disponía de una herramienta que hubiese podido, en interpretación del autor, atemperar esta y otras crisis: la Declaración Universal de Derechos Humanos. Abiertamente el autor propone que la misma sea adoptada como una Constitución Mundial. Estructura su estudio identificando la “crisis de la Covid-19” con “una crisis de derechos humanos”. Parte de su estudio queda destinado a destacar el hecho por el cual, en Europa, en opinión del autor, las cuestiones económicas parecen ganar el terreno y considera que juega Europa un papel secundario cada vez más acusado a fin de evitar problemas para la economía. Dedicaba también su atención al papel de China y a la discriminación por género.

La obra que comentamos podemos entenderla como un logrado intento de enfocar una realidad que se nos ha presentado de improviso para ofrecer una aportación multidisciplinar de interés.

CARMEN CABALLERO LOZANO
Profesora de Fundamentos de Derecho Moderno y Contemporáneo
Instituto de Estudios Bursátiles de Madrid
carmen.caballero@clauastro-ieb.es
<https://orcid.org/0000-0002-2762-9402>

Gabriela C. COBO DEL ROSAL PÉREZ. *Bicentenario del Código penal de 1822: la defensa penal de la Constitución de 1812 en su contexto histórico institucional*. Madrid: Dykinson, 2021. 152 pp. ISBN 9788413779195

La luz que arroja una perspectiva histórico jurídica al conocimiento del Derecho en general resulta una realidad reconocida por la doctrina desde todas las ramas del saber jurídico. Significativamente ello ha sido reivindicado con insistencia tradicionalmente no sólo desde el ámbito histórico jurídico sino también desde el ámbito Penal. De tal modo que, autoridades como Luis Silvela, Luis Jiménez de Asúa, Juan del Rosal o Manuel Luzón a través de sus reconocidas grandes obras y Tratados, seguidos y precedidos de un largo etcétera, por citar sólo algunos de los referentes especialmente reconocidos, insistieron en la importancia que aporta la visión histórico jurídica a la hora de emprender cualquier investigación penal. Es por ello por lo que, por lo general, los precitados autores arrancaban sus obras en el Derecho de la Antigüedad. Lo hacían sin buscar una erudición adjetiva sino evidenciando su importancia sustantiva y manifestando con sus cientos de páginas preliminares dedicadas al saber histórico jurídico por conocer la imprescindible visión panorámica que la Historia del Derecho ofrece al jurista, cuando éste verdaderamente quiere ostentar dicha condición. La lista de autores en este sentido, especialmente hasta la primera mitad del siglo XX en todo caso podría ser indefinida en todas las ramas del saber jurídico. Afortunadamente en sectores más contemporáneos se sigue propugnando especialmente de parte de la doctrina Constitucional representada, en este caso, entre otros en Iñigo Cavero, Pedro González Trevijano, o más recientemente, en los trabajos de José Manuel Vera Santos por citar tan solo algunos de los autores que en esta dirección son referenciados en el libro que recensio-
namos. Desde la filosofía o incluso desde la psiquiatría forense, según la faceta que queramos destacar en la figura de Karl Jaspers, dicha utilidad práctica que arroja la perspectiva histórica también la observó el conocido psiquiatra forense del siglo XX al afirmar algo parecido en su lengua materna, cuando nos recordó que, a su modo de entender, no existe realidad más patente para el conocimiento de nosotros mismos que el estudio de la Historia.

El presente libro que recensionamos aprovecha el bicentenario del Código penal de 1822 que el próximo año celebraremos, para presentarnos la concreta función que ofrece el Derecho Penal como instrumento de defensa de la Constitución de 1812. El análisis lo verifica la autora ofreciendo una disección histórica e institucional por la cual estudia el marco de acogida del que será el primer Código penal de España desde su principal función: la protección del orden constitucional. El convulso periodo que analiza así como su proyección en el constitucionalismo y en el resultado codificador lo hace siguiendo en primer término un criterio metodológico cronológico y fundadamente en su propósito se acoge la autora a las palabras dichas por Cavero y Zamora a la hora de concertar sus objetivos: “Las instituciones políticas vigentes de un país, en un momento determinado, no surgen como producto de un proceso político improvisado y aislado de la historia precedente de esa comunidad nacional. Cuanto aconteció, con efectos positivos o negativos, influye y condiciona, sustancialmente, el desarrollo del ordenamiento constitucional que le sucede”⁵.

Precisa la autora que el Código penal se promulgó en respuesta no solamente al mandato contenido en el conocido artículo 258 por el cual se anunciaba la codificación, sino también es respuesta clara al imperativo legal que el constitucional de 1812 recogía en su artículo 4^o y por cuyo tenor se hacía saber que: “La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”. Son muchos los autores que han resuelto observar dicho artículo como tautológico o circunscrito en el marco del a veces ampuloso estilo del legislador decimonónico, sin embargo, el presente libro que recensionamos recuerda que en aquellos momentos los nuevos criterios de legitimidad estaban consolidándose y dicho artículo muestra como el legislador no desaprovechó ninguna ocasión para evidenciarlos o reforzarlos. Recordaba pues a través del antedicho artículo el legislador con su imperativa fórmula primeramente que el sujeto obligado era ya “la Nación” y el medio del que se servía era el Derecho,

5 Iñigo Cavero Lataillade y Tomás Zamora Rodríguez, *Constitucionalismo Histórico* (Madrid: Editorial Universitas, 1995), 15.

especialmente concretado en las “leyes”. El presente trabajo, en suma, se ocupa de estudiar el contexto histórico político que acoge dicho imperativo legal concretado por primera vez en el Código de 1822. Ello desde la perspectiva de la protección penal que dicho cuerpo normativo ofrecerá al concreto marco constitucional que lo había hecho nacer.

El libro se estructura en dos bloques temáticos claramente diferenciados que quedan encuadrados a través de unas previas y comunes cuestiones preliminares que explicitan la forma en que se adecuó en 1812 la concepción del Derecho como el cauce jurídico para armonizar la convivencia. De esto último se ocupa en un primer capítulo y destina los capítulos segundo y tercero al análisis de contenido institucional del marco de acogida del nuevo Código penal y a la creación de los tipos delictivos contra la Constitución que ven por vez primera la luz en el Código de 1822, respectivamente. Finalmente el trabajo concluye con unas conclusiones en las que, a través de reflexiones breves que responden a una metodología expositiva eficaz, se observa el tema central tratado en el libro desde la luz diferente que arroja la visión de conjunto que tiene la autora.

En el precitado primer capítulo titulado “La articulación de un ideal: la Constitución como instrumento jurídico para la convivencia” en su análisis de la Constitución se observa cómo el Derecho Penal no será el único instrumento del que se valdrá el constitucionalista de 1812 para proteger el marco político que estaba estableciendo. En este capítulo la autora instruye al lector acerca de las otras variadas fórmulas que se articulan desde el propio Derecho Constitucional para su auto-defensa, a través de un detallado estudio del texto constitucional y de la doctrina más señera que ha tratado estos asuntos, a la sazón: la rigidez del texto, la garantía que ofrece su artículo 373 por el cual se ofrecía a todo ciudadano la posibilidad de reclamar su cumplimiento o, incluso, aparece como mecanismo de defensa política la promoción del conocimiento del texto constitucional, al cual originalmente se insta desde su propio articulado...En esta dirección se analiza finalmente el mandato constitucional y su proyección penal para finalmente aclarar, en palabras de la autora, cómo, “el Código Penal de 1822 aparece como la concreción coactiva que precisaba el Derecho Constitucional inaugurado con carácter propiamente nacional en 1812” (p. 33).

El segundo capítulo queda destinado como su título indica, al “preludio gaditano” acogiendo la afortunada expresión de Francisco Tomás y Valiente, así como a “los comienzos revolucionarios en España”. En sus páginas estudia de forma prolija y siguiendo una metodología cronológica ordenada que analiza también el marco histórico institucional, desde el Tratado de Fontainebleau de 27 de octubre de 1807 hasta la formación de las juntas provinciales, la formación de las Cortes de Cádiz, pasando por los acontecimientos de Aranjuez poniendo especial empeño en analizar cómo éstos pusieron en jaque los criterios legitimadores del Antiguo Régimen, para analizar la sede política que acogería los nuevos parámetros de legitimidad que prepararon el escenario en el que se redactaría finalmente el Código penal de 1822. Dicho capítulo lo concluye concretando el modo en que dichos parámetros fueron revertidos por Fernando VII para, de forma inexorable, y tras truncarse un número indefinido de pronunciamientos, prosperara el pronunciamiento de 1820 que, a la postre, acogería el primer Código penal español. Todo lo cual lo realiza teniendo como objeto definido el esclarecer las circunstancias históricas y políticas en que eclosionaron los dos cuerpos normativos calificados por la autora como más “sensibles para el sistema constitucional de derechos y libertades: el Derecho Constitucional y su protector, el Derecho Penal” (p. 35).

El tercer capítulo lo destina a exponer los delitos contra la Constitución como aquellos que desde la concreción de sus figuras delictivas acogen el texto constitucional gaditano como el bien jurídico protegido por vez primera. Con base en la doctrina de Luis Jiménez de Asúa la autora recuerda cómo la importancia de su estudio se multiplica a la luz del carácter eminentemente público del Derecho Penal así como de su condición de garante de los intereses que protege el Derecho. Su estudio desde el concreto marco histórico resulta clave para conocer la idiosincrasia jurídica propia del poder político que definió dichos delitos y viceversa, en la medida en que contribuye a enriquecer la comprensión del momento histórico político en que se crearon estos delitos y, por tanto, a comprender los mismos delitos en su total dimensión. Y es que la importancia de la comprensión de ambos aspectos resulta estructural en la configuración del modelo constitucional de Estado. Ello lo recuerda al recordar los pasados

tiempos en que no existían las Constituciones, y donde los castigos, por ejemplo, por delitos de lesa majestad llevarían a Carrara a calificarlos de “pavorosos”.

Podemos concluir que, a través de este libro que aquí se recensiona, el “preludio gaditano” y el conocido como “Trienio Liberal” se comprenden mejor a la luz del estudio que ofrece en torno a la configuración de los delitos contra la Constitución y viceversa, se evidencia y recuerda en estas páginas que el Derecho Penal se nutre definitivamente en la configuración de sus tipos del momento histórico político en el que éstos se perfilan, y para su comprensión es preciso ésta se verifique a la luz de su perspectiva histórico jurídica. En este sentido cobran vigencia renovada las palabras dichas por Cavero y Zamora recogidas por la autora: “Conocer esta perspectiva histórica nos parece indispensable para encontrar el verdadero sentido de las categorías jurídicas, máxime en nuestra historia política reciente en que el Derecho Constitucional, en su expresión genuina y propia de texto escrito codificado o en su acepción material de normas fundamentales de organización, no sólo ha sido expresión de las ideas-fuerza imperantes en la sociedad o la opción unilateral del partido dominante en un determinado momento histórico, o la imposición de los grupos hegemónicos en la vida social, sino incluso arma arrojada con la que se trataba de dejar fuera del juego político al adversario de turno”⁶.

MARÍA ÁNGELES CANO LINARES
Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho Público II y Filología
Facultad de CC. Jurídicas y Sociales
Universidad Rey Juan Carlos
angeles.cano.linares@urjc.es
<https://orcid.org/0000-0002-1440-5880>

6 Iñigo Cavero Lataillade y Tomás Zamora Rodríguez., 16.

Gabriela C. COBO DEL ROSAL PÉREZ. *Modelos para la construcción política de Europa: El Proyecto de William Penn*. Madrid: Dykinson, 2021. 124 pp. ISBN: 9788411220293

La necesidad de una aproximación histórico jurídica al conocimiento del Derecho es reivindicada por la más señera doctrina jurídica desde todas sus ramas. En este sentido el Derecho Internacional Público cuenta con el inestimable magisterio de Antonio Truyol y Serra quien ha dedicado extensos trabajos de incalculable valía científica desde un prisma histórico jurídico el cual se impone como uno de los referentes científicos en los que la autora descansa su estudio.

El libro que recensamos ofrece a lo largo de tres capítulos y unas conclusiones un estudio que se remonta a la antigua Grecia sobre el decurso histórico que la idea de Europa ha tenido en el pensamiento europeo. Inscribe en sus páginas dicha evolución en el concreto marco de los distintos modelos políticos a lo largo de la Historia común de Europa para, finalmente, presentar en su último capítulo y dentro de su contexto histórico político, la propuesta institucional que plantea William Penn para la unidad de una Europa agotada en las guerras a través de su ensayo titulado *An Essay towards the present and future Peace of Europe by the establishment of an European Dyet, Parliament or Estates* y de cuyo texto ya se ocupó la autora de traducir y publicar dicha traducción en la revista *e-SLegal History Review* 16 (2013).

Demuestra la presente obra que el texto de William Penn, así como las distintas propuestas que han planteado la articulación de una Europa unida, no pueden entenderse sin inscribirlas en su realidad histórica y, viceversa, la concreta Historia de Europa no puede entenderse al margen de dichas propuestas de unidad europea, sean éstas más o menos quiméricas, pues contribuyen a esclarecer y evidenciar el pulso intelectual que en esta dirección de unidad existía en contraste con la realidad institucional y las dificultades históricas en que se inscribían dichos esfuerzos intelectuales.

Recuerda la autora acoger en sus páginas la idea de una Europa como cuna de la democracia, así como del pensamiento escolástico y de la universidad y

cuenta para todo ello con las imponderables aportaciones científicas que realizaron Denis de Rougemont y Gonzague de Reynold, entre otros, por citar los más conocidos. Esta obra en su aproximación enriquece la exposición de dicho complejo tema al incorporar también la atención a elementos como la conformación de una mentalidad compartida en Europa la cual quedó fundamentalmente edificada desde el pensamiento griego, el Imperio Romano, la forma de vida germana y el cristianismo. Todo lo cual formó parte inexorable de la idiosincrasia europea como demuestra el presente estudio. Dichos elementos estudiados con la peculiar visión que ofrece la perspectiva histórico jurídica quedan expuestos a través de un complejo esfuerzo de síntesis donde arroja nueva luz al contextualizar su estudio en el marco de las construcciones políticas, a veces contingentes u ocasionales, erigidas a lo largo de la Historia de Europa que trataron con mayor o menor éxito de hacer efectiva esa unidad. De ello se ocupa el capítulo segundo, bajo el título “Modelos para la construcción política de Europa”.

Finalmente, en su tercer capítulo, la autora inscribe el proyecto del cuáquero William Penn en la línea de proyectos que defienden la idea de una Europa unida desde la neta búsqueda de la paz, no sin haber ofrecido un previo y claro recorrido en el anterior capítulo por las distintas corrientes intelectuales concretadas en una larga lista de obras y autores que la autora estudia y recoge, las cuales con anterioridad, propugnaban la unidad de Europa y que concretaron sus esfuerzos en proyectos, más o menos utópicos, sin haber aún perdido su abierto elemento cristiano y de enfrentamiento al islam.

El nuevo planteamiento que arrojaba la Edad Moderna de la idea de Europa, a diferencia del ofrecido por la Edad Media pero inexorablemente a él vinculado, queda aclarado tras la lectura de estas páginas en las que, desde la luz que concede la perspectiva histórico jurídica aclara, entre otros aspectos, el paso de una Europa geográfica a una Europa como civilización la cual se observa desde la Antigüedad, acusando desde Grecia y Roma, su marcada confrontación frente a Asia, distinguiéndose desde entonces Europa desde su percepción de la libertad a la cual quedará inexorablemente vinculada en contraposición a la servidumbre a la que se vinculará Asia. Ello, mostrará la autora, que fue así, aunque no prosperara dicha percepción de la libertad en un planteamiento netamente político.

A dichos elementos se incorporará con posterioridad el cristiano que, si bien dejará de quedar éste expresamente reivindicado en la Edad Moderna como factor cohesor de la comunidad europea, sin embargo, se muestra en estas páginas que su impronta afectará durante la Edad Media de tal manera que la civilización europea no se entiende sin el cristianismo. En dicha afirmación se acoge la autora al magisterio, especialmente de entre otros, Antonio Antonio Truyol y Serra, John Morris Robert, Antonio Fontán, Luis Suárez o Bruno Aguilera Barchet. Y es que como recuerda en sus páginas, incluso desde el ámbito eclesiástico, el Papa San Juan Pablo II afirmó, que, “La historia de la formación de las naciones europeas va a la par con su evangelización; hasta el punto de que las fronteras europeas coinciden con las de la penetración del Evangelio”⁷.

Este complicado asunto en el que se propone sintetizar aspectos tan amplios y complejos como los que finalmente perfilaron la idiosincrasia de Europa aparece expuesto sintéticamente y en el marco concreto de su evolución en las conclusiones finales. Sin duda el presente libro contribuye a comprender mejor las dificultades de la aún azarosa configuración de una Europa unida en la medida en que, como apunta la autora: “La conformación de Europa es en gran medida el resultado de una prolongada convivencia muy enfrentada y su concepción como civilización diferenciada surge de la integración de una diversidad cultural muy acusada y de la búsqueda por evitar su confrontación entre sus pueblos y ante otras culturas con las que no encontraron integración posible y que potenciaron su unidad” (p. 10).

MARÍA ÁNGELES CANO LINARES
Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho Público II y Filología
Facultad de CC. Jurídicas y Sociales
Universidad Rey Juan Carlos
angeles.cano.linares@urjc.es
<https://orcid.org/0000-0002-1440-5880>

7 Discurso del Papa Juan Pablo II, “Acto Europeo en Santiago de Compostela”. En http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/speeches/1982/november/documents/hf_jp_ii_spe_19821109_atto-europeistico.html

José A. CUEVAS SEGARRA. *Las medidas cautelares y la ejecución de sentencia*. Barcelona: Bosch, 2020. 872 pp. ISBN 9788412115826

Mi querido colega el Dr. José A. CUEVAS SEGARRA, gran jurista de Puerto Rico, ha publicado una espléndida e interesante obra sobre “Las medidas cautelares y la ejecución de sentencia”. En una primera parte, examina los denominados remedios cautelares defensivos y de garantía: medidas de seguridad urgentes, precautorias, preliminares, previas, preparativas, preventivas y provisionales de la conservación de la cautela; o cautelares; que también, efectivamente, podrán ser convertidos en medios asegurativos permanentes en el trámite de ejecución forzosa de la sentencia.

Con el gran sentido práctico, y la fina sensibilidad jurídica que le caracteriza, distingue, con buen criterio, las medidas cautelares de las medidas propias de una ejecución definitiva o provisional del título ejecutivo judicial o extrajudicial. Y, también las que corresponden específicamente al procedimiento arbitral y al arbitraje comercial internacional.

Es el mismo tratamiento que a las medidas cautelares se otorga en nuestro ordenamiento jurídico: instrumentalidad (accesoriedad e idoneidad), proporcionalidad, de aplicación a todo tipo de pretensiones (no sólo a las de condena), homogeneidad; y en muchas ocasiones urgencia e intento de consolidación anticipada de la resolución final del proceso. En ello reside su innegable utilidad práctica, que viene apoyada en nuestra tradición jurídica romanista. Como decía F. SCHULZ, el Derecho privado romano “está vivo, incluso en la actualidad. Su historia no ha terminado”.

En la segunda parte de su obra, analiza la sentencia, con especial referencia a la eficacia de la cosa juzgada; explicando que la resolución sobre la medida cautelar es siempre provisional; por lo cual no producirá los efectos propios de la cosa juzgada.

En la tercera y cuarta parte se determinan las características del proceso de ejecución forzosa de los diferentes tipos de resoluciones judiciales, con un

interesante comentario sobre el alcance jurídico de la homologación o convalidación de las sentencias extranjeras, por el procedimiento del *exequatur*.

Y, finalmente en la quinta parte, el autor realiza un pormenorizado estudio sobre las medidas procesales y cautelares recogidas en el nuevo Código Civil de Puerto Rico, aprobado con fecha 1º de junio de 2020, con especial referencia a la cláusula de garantía, embargos, protección del incapaz, administración de bienes (incluidos los del ausente), efectos de la declaración de defunción, del divorcio y vigencia de las medidas provisionales, disposiciones comunes a todo régimen económico matrimonial (lo que en los Derechos continentales europeos denominamos normas de régimen económico matrimonial primario), patria potestad, alimentos entre parientes, protección de la posesión y de los derechos reales, con especial referencia a los de garantía (prenda, hipoteca y anticresis), anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad, medidas cautelares en Derecho internacional privado, defensa y remedios en relación a la prescripción y a la caducidad, ante las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los derechos del fiador, invalidez y forma en los negocios jurídicos, interpretación de los mismos, cumplimiento de las obligaciones, responsabilidad del deudor, revisión de los contratos, con especial referencia a los contratos de fianza y depósito. Y aborda esta problemática también en la sucesión *mortis causa*: en la administración y liquidación de la herencia.

Este tratamiento procesal se hace desde la perspectiva de un experto y excelente civilista, con el cual he tenido el honor de colaborar en los últimos treinta años, publicando numerosos estudios sobre Derecho de contratos y Derecho de sucesiones; así como con la experiencia de un excelente Abogado.

Queremos destacar que en la obra del Dr. CUEVAS SEGARRA se produce un acercamiento sistemático de la metodología propia del *Common Law*, con la que se utiliza en los Derechos continentales europeos. Diferencia, que si bien se justificó históricamente por la distinta recepción del Derecho romano en el continente y en Inglaterra y Escocia, que determinó un estilo de pensamiento jurídico propio, por la contraposición entre el racionalismo y el empirismo, que convertirá a los sistemas angloamericanos del *Common Law* en prototipos

jurisprudenciales prácticos, mientras que en los de los países continentales europeos esto no fue así, por el excesivo legalismo y la interpretación libre producto del idealismo jurídico que, en muchas ocasiones, conllevará una evidente disociación entre el sentimiento jurídico y el aparato dogmático-legal: expresión racional del ordenamiento jurídico. Lo cual, es muy interesante para los juristas europeos, que indudablemente son partidarios del acercamiento de ambos sistemas; y en la actualidad sienten una gran fascinación por los planteamientos metodológicos del Derecho angloamericano.

Por todo esto, felicitamos vivamente al autor y nos congratulamos por contar con esta excelente obra en nuestro acervo cultural, que será muy útil a todos los juristas.

ANTONIO M. ROMÁN GARCÍA
Catedrático de Derecho de Civil
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
<https://orcid.org/0000-0002-1983-8757>
romangarcia@unex.es

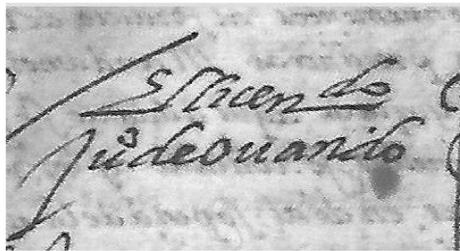
Alicia DÍAZ MAYORDOMO (Ed.). *La Gobernación espiritual de las Indias. Juan de Ovando*. Badajoz: Junta de Extremadura-Extrem@mérica, 2020. 143 pp+93 ff. r-v. ISBN 9788496733589

En la reconstrucción de los acontecimientos históricos en los que los naturales de los territorios de España han tenido un protagonismo, como es el caso que nos ocupa, la recuperación de su pensamiento vertebrado en las iniciativas publicistas de allende los tiempos, en suma, la reedición de fuentes históricas es uno de los elementos esenciales a los que todo buen historiador debe enfrentarse en algún momento de su trayectoria académica y científica. Es por ésta y otras razones, a las que ahora haremos referencia que, la iniciativa de reeditar la obra del cacereño Juan de Ovando, *La Gobernación espiritual de las Indias*, con el aditamento de seis estudios complementarios, de carácter interdisciplinar, es un hecho que merece unas palabras de reconocimiento y de enhorabuena, tanto a su coordinadora, Alicia Díaz Mayordomo, como al grupo de investigación que soporta la edición, Extrem@mérica (Grupo de Investigación Extremadura y América – HUM032), con el apoyo de la Junta de Extremadura y la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste.

La Gobernación espiritual de Indias originalmente estaba inserta en un proyecto mucho más ambicioso de Juan de Ovando, el que debía ser su obra vital, un proyecto de recopilación de Indias, que pretendía, al parecer, continuar con la obra López de Velasco, siguiendo la estructura en siete libros como el Código de las Siete Partidas. Finalmente, apenas si vio la luz el primero de los siete libros planificados (distribuidos en veintidós títulos), y algunos títulos del segundo libro. Incluso en el título, la pretensión de continuar la obra de López de Velasco se cierne sobre la intencionalidad de la obra de Ovando. La *Copulata de Leyes de Indias*, también llamada *Libro de la Gobernación espiritual y temporal de las Indias*, fue realizada por Juan López de Velasco, por encargo del Consejo de Indias, de quien era su secretario. Recopiló más de nueve mil disposiciones, distribuidas en siete libros, desde las capitulaciones de Santa Fe, hasta 1569, momento en el que vio la luz.

Esta obra que recensamos tiene en su haber una serie de fortalezas que ahora analizaremos, pero permítame el lector comenzar con la descripción del

manuscrito editado para esta ocasión. El título original viene identificado en su portada como *Libro de las leyes de las Yndias*, luego identificado en su interior como *Libro primero de la Governacion spiritual de las Yndias*, escrito en perfecta humanística, sobre soporte de 31x21cm, que nutre un total de 93 folios numerados en los rectos y repetición de la misma numeración en los vueltos. Se conserva en la Sala Cervantes, de la Biblioteca Nacional en la colección Biblioteca Digital Hispánica. Escrito por Juan de Ovando como primer intento serio de recopilación de las leyes indianas durante el reinado de Felipe II, pasó durante muchos siglos desapercibido, siendo descubierto a finales del siglo XIX, en 1891, por Jiménez de la Espada, en la misma Biblioteca Nacional de España (y del que edita un estudio publicado en Madrid ese mismo año de 1891), siendo posteriormente publicado, tal y como se identifica en el vuelto de la portada del manuscrito original: “Publicado por D. Víctor M. Maurtua, Madrid, 1906”. Como curiosidad, en el último folio, el 93, en su vuelto, se incorporan las firmas autógrafas del licenciado Gómez Zapata, del doctor Luis de Molina, del doctor Aguilera, del licenciado Botello Maldonado, del licenciado Otalora, y del licenciado Diego Gasca de Salazar. El segundo de la parte superior de los cuatro firmantes es la rúbrica del licenciado Juan de Ovando.



Una de las dichas fortalezas de la edición del presente texto de Ovando se encuentra en los precedentes que la enmarcan, así como en la pretensión de ésta y futuras ediciones que, seguro, nos esperan. A iniciativa del Dr. Pizarro Gómez, Catedrático de Historia del Arte Iberoamericano en la Universidad de Extremadura, tal y como la propia editora, Alicia Díaz Mayordomo nos cuenta en su

presentación, y con varios precedentes ya a la espalda, se crea el Grupo de Investigación “Extremadura y América” en la Universidad extremeña, bajo el acrónimo “Extrem@mérica”, con los objetivos científicos focalizados en temas históricos, histórico-artísticos, jurídicos, educativos y culturales que relacionen y vinculen el común itinerario histórico entre Extremadura e Iberoamérica.

Uno de los objetivos de Extrem@mérica se encuentra en la labor y difusión del conocimiento y de la cultura extremeña e iberoamericana mediante la edición de trabajos científicos, bajo el que se enmarca este primer producto editorial, cual es la edición de esta *Gobernación espiritual de las Indias*, de Juan de Ovando.

Otra de las grandes fortalezas con la que se concibe esta fantástica edición es su visión interdisciplinar, la misma visión con la que nace el grupo de investigación, permitiendo así, en sus propuestas editoriales en general, y en esta de Ovando en particular, la inclusión de trabajos de historiadores del arte y expertos en Derecho que ocupan campos de estudios desde el documental y biográfico, pasando por la realidad social e histórico-artística del momento, hasta llegar a aspectos jurídicos.

Y con estos mimbres y con estos objetivos se insertan en esta edición de la obra de Ovando, un total de seis estudios desde campos científicos tan diversos como la Historia del Arte, el Patrimonio Histórico y la Historia del Derecho.

El conjunto de estudios se inaugura con el “Itinerario vital de Juan de Ovando” (pp. 17-37), de la mano de la historiadora del Derecho, Elisa Díaz Álvarez, quien desde una perspectiva fundamental en las líneas de actuación histórico-jurídicas, cual es el campo de la biografía histórica, reconstruye la vida de Juan de Ovando, desde los orígenes gallegos del linaje de los Ovando, pasando por su asentamiento en Cáceres, donde nacerá nuestro protagonista en torno a 1514. Le sigue en dicho itinerario vital su formación universitaria en Salamanca, tras su ingreso en el Colegio Mayor salmantino de San Bartolomé, uno de los cuatro más prestigiosos de la ciudad universitaria. Más tarde pasará a vivir en Sevilla, donde Fernando de Valdés, arzobispo hispalense, que también había sido colegial en Salamanca, puso su mirada en Juan de Ovando, nombrándole

el 5 de marzo de 1556, provisor general de la Santa Iglesia Catedral Diocesana de Sevilla. La vinculación de Ovando con la vida universitaria que había vivido en Salamanca, sin perjuicio de sus responsabilidades sacerdotales y eclesiásticas, no le impedirán retomar dichos vínculos con la Universidad, siendo nombrado primer visitador en el reinado de Felipe II, en septiembre de 1564. Su cometido fue el de investigar las posibles irregularidades que pudiera haber en el procedimiento por el que el rector y los colegiales eran elegidos. De ahí pasó a colaborar con el Consejo de la Suprema Inquisición gracias a su Inquisidor general, Diego de Espinosa, quien le nombró Consiliario. Sin embargo, y en relación con la obra editada de Ovando, su vínculo con el Consejo de Indias se produce cuando es nombrado Visitador de dicho Consejo, comenzando sus trabajos en junio de 1567 hasta el mes de agosto de 1571. Es en esta etapa, en sus contactos con Juan López de Velasco donde se fragua el itinerario recopilador de Juan de Ovando de toda la legislación indiana, y cuyo resultado es la obra ahora reeditada. Tras unos años en la presidencia del Consejo de Hacienda, Juan de Ovando muere a los 70 años de edad, un 8 de septiembre de 1575, dejando un legado espiritual para las naciones de las Indias incorporadas a Castilla.

Desde la perspectiva de la Historia del Arte, Florencio Javier García Mogollón, Catedrático de la disciplina en la Universidad de Extremadura, teoriza sobre “La capilla y el sepulcro del presidente Don Juan de Ovando y Aguirre (1514-1575) en la parroquia cacereña de San Mateo. Una complicada historia constructiva y judicial” (pp. 39-73). García Mogollón nos informa que, tras la muerte de Juan de Ovando, enterrado inicialmente en la madrileña parroquia de Santa María la Real de la Almudena, fueron posteriormente trasladados sus restos a la parroquia cacereña de San Mateo. Su estudio se centra en la capilla y sepulcro de Juan de Ovando que se encuentra dentro del ábside de la iglesia parroquial de San Mateo, en el muro de la Epístola, en el que actualmente hay varios sepulcros, presentándonos un variado y documentado estudio, entre pleitos y contratos que han permitido la reconstrucción de la complicada historia constructiva y judicial de dicha capilla y sepulcro. Itinerario documental que, algunos de ellos (un total de 17 documentos), se acompañan a este trabajo como apéndice documental, procedentes del archivo diocesano de la parroquia de San Mateo (15

documentos), o del Archivo histórico de Cáceres, en su sección de Protocolos (2 documentos).

La tercera de las aportaciones, realizada de forma conjunta entre mi buen colega y amigo Sixto Sánchez-Lauro, y Elisa Díaz Álvarez, que repite en aportación, ambos dos historiadores del Derecho en la Universidad de Extremadura, versa sobre “Proyección jurídica e institucional de *La Gobernación espiritual de las Indias*. Libro I del Código de Ovando” (pp. 75-100). Se trata del estudio, del total de seis aportaciones, que más se encuentra afectado al acercamiento formal y material de la obra de Juan de Ovando. No en vano, dedica su primer apartado precisamente a una descripción formal de la obra ovandina identificada como el proyecto vital de elaborar un cuerpo jurídico que sustituyese a la farragosa legislación dictada para las Indias desde finales del siglo XV; en suma, un cuerpo jurídico que permitiera superar la diversidad, confusión e inseguridad –jurídica- existente. Reconstruye las fuentes que sirven de estímulo a Ovando, el modelo sistemático de Partidas y la base ya existente de la *Copulata* de López de Velasco, en su descripción formal. Está fuera de toda duda que la misión colonizadora española en las Indias, además de otros componentes socio-políticos y económicos, estaba principiada por un proceso de evangelización de los naturales de las Indias, así como del establecimiento de una política espiritual, evangelizadora y catecúmena. Y como bien se ha escrito, la obra de Ovando marcará la política religiosa indiana de la Monarquía hispánica, y en gran medida, ese es el objeto de la aportación de nuestros colegas historiadores del Derecho.

Analizan, en primer lugar, la visión ovandina del fortalecimiento del poder real, de los soberanos católicos españoles y su fundamental misión evangelizadora. Esta misión estuvo auspiciada desde las primeras disposiciones alejandrinas, siendo el basamento ideológico y político que legitima el expansionismo castellano en Indias. Obviamente y viendo los 22 títulos de este libro de Ovando, el estatuto jurídico del clero, en sus distintos estadios organizativos, desde los prelados, los clérigos y religiosos, pasando por aspectos sacramentales como la propia ordenación sacerdotal son aspectos fundamentales traídos en el epígrafe tercero de esta aportación. A la que hay que sumar la fundamental obra evangelizadora a través del contenido ovandino en torno a la impartición de la doctrina

canónica. Un último apartado antes de la vigencia del código ovandino se centra en aspectos esenciales de la Iglesia cristiana en Indias, tal y como, el importante derecho de patronato como modelo de intervencionismo religioso en la monarquía hispánica, la exigencia del diezmo eclesiástico, como tributo que legitima el sostenimiento del culto divino, y finalmente el proyecto de creación de diócesis o iglesias regulares, con el fin de acabar definitivamente con las luchas intestinas entre los miembros del clero. Un último apartado dedicado a la vigencia en Indias del Código Ovandino para el que se nos indica que Juan de Ovando habría terminado dicha obra para ser publicada antes de acceder a la Presidencia del Consejo de Indias en agosto de 1571; es en ese momento cuando se presenta este primer libro, y único, a su Majestad Felipe II, para que lo revisara y lo aprobara mediante “estampando la firma real”. Firma que nunca llegó a producirse. Tampoco la Iglesia aceptó proponer una Junta que estudiara la vigencia o virtualidad práctica del texto ovandino, siendo negada por Gregorio XIII la creación de una Junta que así lo estudiara. Aunque, como bien indican los autores, el hecho de que este libro de Juan de Ovando no recibiera ningún tipo de sanción legal no implica que cayera en el olvido. Todo lo contrario. Y a pesar de los intentos de Felipe II de obtener el asentimiento de la Santa Sede para con la obra de Ovando, aunque sin resultado, esta obra, en la práctica, terminó marcando con posterioridad la política religiosa indiana de la Monarquía Católica.

El cuarto estudio corresponde a los historiadores del arte, Yolanda Fernández Muñoz y Francisco Javier Pizarro Gómez –alter ego, al fin y al cabo, de la edición gracias al grupo de Investigación-, bajo el título de “La arquitectura religiosa y su papel evangélico en *La Gobernación espiritual de Indias* de Juan de Ovando” (pp. 101-112). En este trabajo, y como se ha dicho, desde una perspectiva histórico-artística, pero también desde la visión arquitectónica, se estudia el papel que jugó la arquitectura religiosa en el proceso de evangelización de las Indias. Se manifiesta la política religiosa articulada por Juan de Ovando en su obra, con esa franca finalidad de predicar el evangelio a los naturales de las Indias, con todos los medios que los evangelizadores pudieran para que “los indios vengan al conocimiento de nuestra santa fe católica”. Así, este estudio se vertebra fundamentalmente en torno al contenido del título IX, del libro de Ovando,

dedicado a las Iglesias, desde su erección, le reglamentación de los estipendios de los beneficiados de las catedrales, los tiempos y formas de celebración de los oficios divinos, el nombramiento de prebendados y elección de oficiales, las formas de distribución de los diezmos, edificación de iglesias, y otros tantos aspectos en dicho título recogidos. Para ello, los autores traen a colación algunas de las iglesias fundamentales que se elevaron al cielo en tierras indianas, tales como la Catedral de Cuzco, en Perú, o la catedral metropolitana de México.

La quinta contribución, procedente de la pluma de la profesora Titular de Universidad de Historia del Arte en la Universidad de Extremadura, Rosa María Perales Piqueres, se ciñe a “Juan de Ovando y Godoy impulsor de la cosmografía americana” (pp. 113-132). Y es que, como cualquier lector, convendrá con la autora, y con nosotros, la empresa indiana, desde el primer viaje de Colón, careció de una geografía, no sólo para navegantes, que se basaron precisamente en la cosmografía, sino en la necesaria elaboración de una geografía física que describiera las Indias. En este trabajo, la Dra. Perales analiza esta labor impulsada por Juan de Ovando, teniendo como aliado a Felipe II, admirador de la ciencia cosmográfica y geográfica, gracias al influjo de su propio padre, el Emperador Carlos; precisamente, Carlos V regaló al joven Felipe, siendo niño, un libro de mapas cuya lectura y visionado iniciaron al futuro rey en esta especialidad, siendo consciente de su importancia. Igualmente, Juan de Ovando era conocido por su afición al estudio de la cosmografía, tal y como se demuestra en la correspondencia que realizó con el humanista Benito Arias Montano. El estudio de los antecedentes de la cosmografía española del siglo XVI fue una labor desarrollada a estos efectos por Juan de Ovando como visitador en el Consejo de Indias. Impulsó distintas iniciativas para conocer el territorio, tales como la publicación de las reales ordenanzas de 1571 y el envío de cuestionarios a las Indias, con el fin de recabar información completa y fidedigna sobre la administración de las Indias en todos sus aspectos, tanto en los de geografía política –descripción política, administrativa y jurídica del territorio- como y sobre todo, de la geografía física del mismo. Todos estos aspectos son estudiados en esta aportación de la profesora Perales. Cierra su trabajo la edición y breve estudio de la *Geografía y descripción universales de las Indias* de Juan López de Velas, de 1570.

La última aportación es traída por Francisco Javier Cambero Santano bajo el título de “Juan de Ovando y su obra *La Gobernación espiritual de las Indias: un análisis historiográfico a partir de la bibliografía especializada*” (pp. 133-142), reproduce precisamente lo que evidencia su título. Se trata de un acercamiento y análisis historiográfico a la figura de Juan de Ovando a través de aquellas obras que hayan reconstruido la vida y obra del jurista cacereño. Resulta relevante el epígrafe sobre la amistad entre Juan de Ovando y el humanista Benito Arias Montano, con una importante colección epistolar que permite comprender las inquietudes del cacereño. Todos los aspectos vitales de Ovando han sido traídos aquí a este capítulo, pero desde la perspectiva de los teóricos que han publicado alguna obra sobre este jurista, tanto en su tiempo en la Universidad alcalaína, como después en el Consejo de Indias; como finalmente la obra de Marcos Jiménez de la Espada, que fue el que descubrió el manuscrito del Código de Ovando y realizó un estudio publicado en Madrid en 1890.

En suma, una obra colectiva que comprende aportaciones de primer nivel académico, tanto histórico-artístico como jurídico, que tiene como telón de fondo la obra de Juan de Ovando, acompañándole la edición o reproducción del libro original custodiado en la Biblioteca Nacional de España. Enhorabuena a los autores, en particular, y a la editora con carácter general.

MIGUEL ÁNGEL CHAMOCHO CANTUDO

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones
Departamento de Derecho Público y Derecho Privado Especial

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de Jaén

chamocho@ujaen.es

<https://orcid.org/0000-0001-6605-4990>

Gustavo GARDUÑO DOMÍNGUEZ y Manuel ANDREU GÁLVEZ (Coords). *La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019. 479 pp. ISBN 9786073015059

Con motivo del primer centenario de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se nos presenta *La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación*, una obra coordinada por Gustavo Garduño Domínguez y Manuel Andreu Gálvez con la que se pretende reflexionar no sólo sobre el pasado de nuestra Carta Magna, sino también su presente, teniendo en cuenta la enorme cantidad de reformas aplicadas sobre el texto original, y las posibles aplicaciones que esta pueda tener en un futuro.

Este trabajo reúne a dieciocho brillantes juristas de México y del resto de Hispanoamérica para hablar de los temas de su competencia y a los que han dedicado su vida académica. Temáticamente, los diecisiete artículos plasmados en esta obra sobre los que los autores elaboran sus reflexiones se agrupan en tres bloques temáticos, que ya se vislumbran desde el título de la obra, y tratan temas relevantes a lo largo de estos cien años de existencia constitucional, aunque varios de ellos suelen ser desconocidos para el público en general, e incluso para algunos juristas.

El primer bloque, denominado “Estudios jurídicos sobre la actualidad constitucional mexicana”, cuenta con seis artículos donde se tocan temas técnicos de derecho constitucional tanto sustantivo como adjetivo. Es así como, por ejemplo, cuenta con escritos dedicados a la protección de los consumidores, al derecho a la educación o un análisis sobre la autonomía constitucional a partir de la regulación de la Fiscalía General de la República, pero también se ocupan de temas como el control difuso de constitucionalidad en México, la naturaleza y alcances del interés legítimo o la supremacía constitucional y el margen nacional de apreciación.

En el bloque “El tránsito histórico constitucional de México”, segundo de esta obra, se encuentran seis ensayos dedicados al estudio de la historia de nuestro régimen constitucional, que al mismo tiempo tratan temas tanto de dogmática como de organización meramente orgánica, y cómo estas regulaciones se modificaron a lo largo de los siglos XX y XXI, pero que también retratan los idearios que impulsaron la redacción del texto constitucional en 1917 y el impacto de la Constitución en la historia constitucional estatal y de otros países. Tal es el caso que podemos encontrar escritos sobre la evolución del derecho de

libertad religiosa en nuestro país, los antecedentes históricos y modificaciones del artículo 48 constitucional, referente a islas, cayos y arrecifes, el derecho revolucionario carrancista, las diputaciones oriundas de Puebla en el Congreso Constituyente de 1916-1917, la historia constitucional del Estado de Veracruz y la influencia de la Constitución mexicana en Argentina por medio de los discursos presidenciales de Arturo Frondizi.

Por último, el tercer bloque se intitula “La Constitución de 1917 en el Derecho Comparado”, y en él aparecen cinco escritos donde se exponen las influencias que tuvo el constitucionalismo mexicano en otras naciones hispanas, pero también la influencia de la jurisprudencia norteamericana en México, comparando los modelos constitucionales de Argentina, Colombia y España con el nuestro, y analizando las libertades sexuales y el derecho al aborto como ideas surgidas de los razonamientos jurídicos del Poder Judicial de Estados Unidos.

El trabajo cumple con sus objetivos, pues muestra cómo se fue desarrollando nuestro texto constitucional en el pasado y en el presente, da pautas para seguir la evolución de nuestra Carta Magna en un futuro, y pone al alcance de la mano temas que ayudan a comprender la evolución constitucional, las influencias que ayudaron a definir el texto vigente, y expone cómo nuestra teoría constitucional contribuyó a la construcción de la Ley Suprema de nuestros países hermanos. Por ello, definitivamente este trabajo es una parada obligada para quienes quieren acercarse al estudio de nuestra Constitución desde la historia, el estudio técnico o el derecho comparado, y pone al alcance de la mano de todo aquel interesado temas que ayudan a comprender la evolución jurídico-constitucional.

EUGENIO VALLE RUIZ
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad Panamericana. México
<https://orcid.org/0171641@up.edu.mx>
0000-0002-9543-9950

Gabriel MORENO GONZÁLEZ. *Cómo se gobiernan los portugueses: historia constitucional y sistema político de Portugal*. Granada: Comares, 2022. 222 pp. ISBN 978-84-1369-299-9

Constituye ya casi un tópico, aunque no por ello menos cierto, el afirmar que en España existe un desconocimiento de la realidad política e institucional de nuestro país vecino, Portugal. Algo absurdo e injustificado si tenemos en cuenta tanto la interdependencia de las historias nacionales de ambos países, que comparten el mismo territorio natural, como los aportes que en el campo del derecho público ha protagonizado Portugal y su posición, muchas veces aventajada, en el conjunto del constitucionalismo europeo.

Con la pretensión de colmar esa laguna y de dar a la realidad constitucional portuguesa el sitio que se merece en la doctrina española, el profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura, Gabriel Moreno González, ha escrito la obra que aquí recensionamos. En “Cómo se gobiernan los portugueses”, editada por la prestigiosa firma de Comares, aborda tanto la historia constitucional como el sistema político, actual, de Portugal, con un lenguaje sencillo, claro y riguroso. Una obra con pretensión didáctica, dirigida a un público amplio y a todo aquel interesado en Portugal, así como a los académicos e iuspublicistas que deseen tener una información más detallada de las características singulares del Estado luso y de su conformación histórica.

El libro viene acompañado por una extensísima bibliografía, eminentemente portuguesa y a veces de difícil localización para los españoles, así como de ilustraciones y algunos esquemas que sirven para complementar, visualmente, muchos de los aspectos que trata. El profesor Moreno, español y portugués al mismo tiempo, es un apasionado de la realidad que vive y se encuentra tras la raya compartida, o “al otro lado de la raya”, como le gusta decir, y en esta obra el lector puede notarlo sin necesidad de explicaciones previas o de vanidosos circunloquios.

La obra se divide claramente en dos partes. En la primera se estudia la historia del constitucionalismo en Portugal, desde sus inicios en el siglo XIX,

haciendo hincapié en la configuración nacional del Estado decimonónico y en las revoluciones liberales, sobre todo la vintista del Trienio (1820-1823) que dio lugar a la primera Constitución portuguesa, la de 1822, cuyo bicentenario coincide con la publicación del libro. Continúa, por supuesto, con un análisis pormenorizado de los vaivenes del constitucionalismo liberal y monárquico en todo el siglo, caracterizado por un enfrentamiento continuo entre el principio representativo/democrático y el monárquico. De este conflicto, y como solución de compromiso entre dos idearios que respondían, a su vez, a sendos conjuntos de intereses económicos, se erigirán la Carta Constitucional otorgada por D. Pedro IV y la ideología subyacente, el cartismo, en tanto consagración del liberalismo moderado y doctrinario pero abierto, al menos, a paulatinas reformas. He aquí una de las notas que el profesor de la UEx destaca más en el libro, la de la flexibilidad que demostró el sistema constitucional portugués del XIX, el de la Carta, para reformarse y mutar, permitiendo que a la larga las opciones liberales más alejadas del doctrinarismo se integraran en el régimen. No obstante, las contradicciones internas de éste, la dificultad que demostró de solucionar los históricos problemas de Portugal, como la dependencia económica externa o la debilidad de su expansión colonial, acabaron provocando la caída de la monarquía constitucional. El principio monárquico no pudo sostenerse en el tiempo, y máxime cuando el propio Rey intentó acudir a finales del XIX a soluciones extra-parlamentarias y abiertamente autoritarias (João Franco), lo que alentó las críticas de un nacionalismo portugués, exaltado y republicano, que eclosionaba en el cambio de siglo. Ya en el XX, con el magnicidio del monarca y su heredero, y la posterior proclamación de la I República, Portugal se adentraba en la senda de las democracias republicanas del entorno. La Constitución de 1911 adolecía, aun así, de un exceso de liberalismo conservador en cuanto al diseño de las instituciones del Estado y a la determinación del catálogo de derechos, entre los que no se incluían aún los sociales.

Como apunta el profesor Moreno, la inestabilidad intrínseca de un sistema excesivamente parlamentarizado, sin un esquema claro y estable de partidos, hizo que finalmente la República entrara en crisis y la solución militar, autoritaria, se impusiera. El golpe de 1926 inauguró así uno de los periodos

dictatoriales más extensos de la historia europea, pues se perpetuó hasta la Revolución de los Claveles de 1974. En este periodo el autor analiza la Constitución del Estado Novo salazarista, la de 1933, y sus fuentes de inspiración, las del fascismo italiano y, curiosamente, la experiencia de Weimar. Al tiempo, denuncia el carácter semántico del texto fundamental (Loewenstein), pues tras la fachada democrática y de legitimación directa del Presidente de la República subyacía una dictadura autoritaria, represiva e incompatible con la garantía de los derechos fundamentales. Dictadura, además, sumamente singular, puesto que el poder real recaía en el Presidente del Consejo de Ministros, Salazar (y al final Caetano), y no en el Jefe de Estado, que era el único “legitimado” formalmente en las urnas. Esta primera parte acaba, cómo no, con el estallido del 25 de abril de 1974 y una interesantísima exposición de la estructura jurídica y constitucional provisional con la que la Revolución se dotó hasta la aprobación de la Constitución actual (Proceso Revolucionario en Curso), poniendo de manifiesto las carencias democráticas del proceso transicional luso y las hipotecas que dejó en el texto fundamental. Sobre todo, se hace énfasis en la contradicción y tensión, esta vez, entre el principio revolucionario-militar y el democrático-representativo, con los llamados Pactos entre el Movimiento de las Fuerzas Armadas (MFA) y los partidos políticos, compromisos que adquirieron naturaleza pseudo-constitucional y cuyo contenido se terminó vertiendo, en gran medida, en la labor de un constituyente muy condicionado y hasta coaccionado, a pesar de ser el único órgano democráticamente electo durante todo el proceso.

La segunda parte del libro se centra en el actual sistema político portugués, la Constitución de 1976 y sus instituciones. Así, se despliegan las características que definen a la democracia constitucional lusa, con atención especial a la caracterización misma de la forma de gobierno. ¿Presidencialista? ¿Parlamentaria? ¿Semipresidencialista? Gabriel Moreno se suma aquí a una polémica y a un debate ya largo en el tiempo sobre la tipología específica del modelo portugués. Y termina considerándolo como un parlamentarismo atenuado por algunos caracteres presidencialistas, los cuales en ningún momento justificarían catalogarlo como el francés o los latinoamericanos. La explicación de esta complejidad, más allá de elementos internos propios de la historia constitucional portuguesa

y del peculiar momento constituyente, se deriva de las continuas reformas constitucionales que han ido parlamentarizando el sistema, sobre todo la de 1982. Aquí el profesor también estudia cómo dichas reformas no solo han incidido en la división de poderes, sino también en la constitución económica del país, originariamente revolucionaria y rupturista y progresivamente más alineada con los nuevos parámetros económicos del entorno y del proyecto europeo.

A continuación, el autor se vuelca en explicar la naturaleza, composición y funcionamiento de las altas instituciones del Estado portugués, comenzando por el Presidente de la República. De éste destaca su elección democrática directa y su, a pesar de ello, poca relevancia práctica en la dirección política del país, aunque siga poseyendo instrumentos de control sobre la acción gubernamental y legislativa más o menos incisivos, como la capacidad de veto (superable por el parlamento) o de recurso previo de constitucionalidad. De la Asamblea de la República, parlamento unicameral de Portugal, el profesor reseña sobre todo la centralidad que ocupa como segundo órgano de soberanía electo y su posición preeminente en la reforma constitucional, de la que detenta el monopolio absoluto. Del Gobierno, por su parte, la independencia que tras la reforma del 82 muestra respecto al Presidente de la República, su dependencia, a contrario sensu, de la Asamblea de la República y la capacidad legislativa propia que disfruta. En efecto, la Constitución portuguesa le concede al Gobierno, al frente del cual se erige el Primer Ministro, la posibilidad de aprobar originariamente normas con rango de ley sin necesidad de que concurren presupuestos habilitantes algunos y siempre que respete la reserva de parlamento que, para determinadas materias, se establece apriorísticamente en el propio texto fundamental. Por último, del Tribunal Constitucional destaca la singularidad de la complejidad procedimental de sus instrumentos, puesto que se puede llevar a cabo un control concentrado y difuso de constitucionalidad, un control previo y sucesivo, y un control por acción y omisión. Como si el constituyente hubiese querido compendiar y juntar todas las experiencias que en justicia constitucional se daban en el contexto comparado, el TC portugués cuenta con todos esos instrumentos, pero y he aquí la paradoja, no dispone de un recurso de amparo que le permita enjuiciar los actos concretos, más allá de las normas abstractas, que puedan vulnerar

derechos fundamentales y ser contrarios, por ende, al núcleo esencial de la Constitución.

Por último, en esta segunda parte el profesor se centra en explicar la organización territorial portuguesa, caracterizada históricamente, y aún hoy, por un obstinado centralismo, a estas alturas prácticamente único en Europa. Frente al mismo solo se yerguen los municipios, que beben de una tradición municipalista fuertemente arraigada en el país, y cuyo tamaño y escala es superior a las de sus homólogos españoles, sumidos en la debilidad del inframunicipalismo y en la formalidad, falsa, de una autonomía local constitucionalmente proclamada. En la obra se aborda el funcionamiento de los municipios portugueses, bastante diferente al respecto de los españoles, pues siguen un modelo de gobierno directorial en el que se separan ejecutivo y órgano deliberativo, con sus legitimidades directas diferenciadas, y en el que se integran entes locales menores, las llamadas “freguesías”, en un complejísimo modelo de yuxtaposición de representaciones especialmente llamativo para el lector y hasta para el especialista en derecho público. Por último, se termina estudiando y analizando la malograda descentralización regional del país, bendecida constitucionalmente pero finalmente no conseguida, referéndum negativo mediante, y que ha tendido a ser suplida por una “regionalización encubierta” mediante las llamadas Comisiones de Coordinación y Desarrollo Regional (CCDR), que presentan múltiples problemáticas y grandes carencias democráticas.

La obra, en definitiva, es altamente recomendable por lo que se aprende de nuevo de ella, por lo que nos ilustra de una historia constitucional rica en hechos y experiencias jurídicas, la mayor parte de ellos estrechamente vinculados al devenir español, y por lo que nos enseña del actual sistema político portugués, del que el autor parece colegir determinadas lecciones para el patrio. Así, por ejemplo, la posibilidad de ampliar los mecanismos jurisdiccionales con los que cuenta el TC en España, siguiendo el modelo luso, o, por ejemplo, también, la necesidad de replantear nuestra planta local para hacerla verdaderamente autónoma, como acontece en Portugal.

Como comprobará el lector que se acerque al libro, esta aportación marcará un antes y un después en el estudio de la realidad política, institucional y constitucional de nuestro país vecino para ir acabando, de una vez por todas, con esas manidas “costas voltadas” que hoy deberían haberse ya superado.

ANA TORRECILLAS MARTÍNEZ
Investigadora del Área de Derecho Constitucional
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
anatm@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-1816-798X>

Gillo PONTECORVO (Dir.). *Prisionero del mar (La grande strada azzurra)*. Italia: G.E.S.I., 1957.

Primer largometraje de un director muy especial (judío, marxista, partisano antifascista, militante comunista activo) que con sólo cinco películas (y un par de documentales) ocupa un lugar muy destacado en la historia del cine italiano y que, para nosotros, será siempre recordado por ser el director que escenificó el asesinato por la banda criminal ETA del por entonces Presidente del Consejo de Ministros Luis Carrero Blanco a escasos trescientos metros de la sede de la embajada de EE.UU. en pleno centro de Madrid, en 1973.

Las otras cuatro películas son: *Kapò* (1960) que narra una durísima historia sobre la adaptación de una prisionera judía (Susan Strasberg, estupenda en *La tela de araña* [Vicent Minnelli, 1955] y en *Mafia* [Martin Ritt, 1968]) en un campo de concentración al “evarla” a la categoría de “Kapo”, es decir, a vigilante de un barracón, una especie de colaboracionista de los carceleros dentro del campo. Es, probablemente, la mejor de las películas de esta temática, menos sórdida y cruda que *Escape de Sobidor* (Jack Gold, 1987), pero de mejor factura.

La extraordinaria *La batalla de Argel* (1966), relato fidedigno de la historia del (Frente de Liberación Nacional) y la conquista de una Argelia libre frente a una metrópoli francesa embrutecida y deshumanizada. Dura, seca, provocativa, real, y muy comprometida, con un guion prodigioso y una técnica de filmación en una ciudad enrevesada e intrincada que consigue meterte dentro de las actividades subversivas que llevan a cabo los protagonistas.

Queimada (1969) es, seguramente su película más conocida. Protagonizada por Marlon Branco y actor no profesional que realmente bordó el papel, Evaristo Márquez. Narra un supuesto motín de los negros esclavos de una isla imaginaria en el Caribe dominada por los portugueses. Los británicos mandan un aventurero con el objetivo de entrometerse en la rebelión de los esclavos contra los portugueses para hacer que el equilibrio de poder vire hacia sus intereses de

8 Las cinco películas las he analizado, con desigual dedicación, en mi blog de cine: <https://levstepanovich.blogspot.com>

dominio. El control dialéctico que ejerce el protagonista sobre los blancos de la isla que aspiran a convertirse en una nación y el discurso sobre el costo de los esclavos en relación con los asalariados es un ortodoxo discurso marxista que puede visionarse como una lección elemental de sociología del trabajo. Una música casi sacra de Ennio Morricone y una interpretación apabullante de Brando completan un film realmente inolvidable, que aporta una inteligente visión, no excesivamente bondadosa, de la realidad que acontece en los procesos emancipadores de las colonias.

Operación Ogro (1979) es una verdadera joya, sobre todo por la fidelidad del relato y los detalles, por la dirección de producción. El momento más emotivo de la cinta es el del diálogo entre el cura que organiza actividades sindicales y huelgas y el etarra maldito que quiere matar a Carrero Blanco en vez de secuestrarle, aportando dos posturas, seguramente irreconciliables, sobre el asunto. Sería interesante poder preguntarle al director qué opina sobre la deriva política de la banda criminal y el pactismo estratégico que mantiene con ellos la izquierda española, llena de complejos y de clichés mal digeridos en este tema. Un lujo de reparto: Gian Maria Volonté, José Sacristán, probablemente unos de los mejores actores españoles de todos los tiempos, una Ángela Molina jovencísima, y un Eusebio Poncela en su rol de siempre, ayudan a llevar a un buen puerto una gran película, que adquiere prácticamente el status de documental canónico sobre el magnicidio.

Prisionero del mar es un drama alrededor de la tensión que se respira entre pescadores con red y pescadores con bombas en un pueblo cerrado del sur de Italia. Para mi es su peor película. Pretende recordar a Stromboli (1950), pero es mucho peor película, naturalmente. El ambiente no es tan opresivo y, además, el papel de la mujer es meramente testimonial, y no protagonista como en la obra maestra de Rossellini.

Una situación laboral conflictiva en un pueblo de pescadores italiano, por el cierre de una cantera, favorece que algunos trabajadores se ocupen de realizar la pesca con explosivos. Un pescador lo hace habitualmente (Yves Montand), con el único propósito de ganar más dinero que los artes tradicionales de pesca.

Un brigada de ese mismo pueblo le persigue habitualmente, y en una de esas persecuciones un chico que le ayudaba a transportar los explosivos se cae al suelo y fallece. Era el novio de su hija mayor.

El pescador es, además, un cierto líder entre los pescadores, protesta por el precio del pescado ante el mayorista, y ejerce de referente poco ético de cómo deben ejercerse las artes de pesca. Pero no hay un jurídico negativo por parte del director. Simplemente expone cómo son las cosas. Entre sus compañeros no está bien visto, y algunos de ellos le tienen verdadera inquina, particularmente dos, nuestro Francisco Rabal y Terence Hill (padre e hijo). El chico está enamorado de la hija del pescador, pero ella sigue enamorada de su novio fallecido.

El problema que muestra es que se gana mucho más dinero con explosivos que pescando con red. La tensión emocional está bien conseguida, pero no penetra en la problemática laboral ni emocional con fuerza y vigor. Expone el contexto, y lo hace bien y verídicamente, pero no profundiza en la trama. La relación con su mujer es, sin ninguna duda, un punto oscuro de la historia.

Después de comprarse un motor nuevo a plazos para la barca con el que poder salir más lejos a pesar y facilitar la huida de la policía en caso de persecuciones, se encuentra enredado en su propia dinámica. Si vuelve a pescar con red no ganará tanto dinero como antes, pero vivirá más tranquilo; si continúa con la práctica ilegal continuará siendo perseguido por un nuevo brigadier, que se ha propuesto cazarle con las manos en la masa y encarcelarle.

La llegada de una nueva cámara frigorífica gestionada por una incipiente cooperativa puede ser la solución para todos los pescadores, sobre todo porque permite seguir pescando con artes tradicionales y facilita la remuneración justa de su trabajo. Él, sin embargo, viéndose perseguido y cazado por la policía decide hundir su propio barco, con el motor nuevo que acaba de comprar y que todavía no ha pagado. Tiene que recuperarla, pero está a treinta metros de profundidad y nadie puede ayudarle porque no quieren bajar sin escafandra. Las letras del motor han sido protestadas, y el drama que se avecina se desencadena irremisiblemente. Hay que pesar más deprisa cada vez, más ilegalmente, lo que le lleva a cometer un error fatal al manipular la dinamita, muriendo en el acto.

La pesca con dinamita suele estar prohibida en casi todos los países del mundo civilizado, básicamente por dos motivos: por su peligrosidad para quienes la practica y porque arrasa completamente el ecosistema marino, esquilmando el mar e impidiendo la recuperación biológica del caladero ⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico se prohíbe tanto en el ámbito fluvial como el en marítimo. Así, el art. 101.h) de Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado entiende como falta muy grave “La utilización para la pesca de explosivos, armas, sustancias tóxicas, venenosas, soporíferas o corrosivas”. Por su parte el art. 26 de la Ley de 20 de febrero de 1942 por la que se regula el fomento y conservación de la pesca fluvial “prohíbe terminantemente en las aguas públicas y en las privadas: 1.º El empleo de dinamita y demás materiales explosivos”¹⁰.

En el ámbito de la OIT cobre especial relevancia el Convenio núm. 188 sobre el trabajo en la pesca, de 2007. Entró en vigencia general en noviembre de 2017, pero sólo ha sido ratificado por 19 países, no siendo España uno de ellos.

Es de una importancia capital, y por eso se trae aquí con el pie forzado del comentario de la película. Básicamente porque compila varios otros instrumentos de la Organización, erigiéndose en el tratado de referencia en la materia, sobre todo en lo que importa a la protección de los derechos de los trabajadores en una actividad milenaria, que genera mucho empleo y que genera una importancia económica capital, y porque sería conveniente que España lo suscribiese.

Una guía ordenada de sus principalmente exigencias pasa por exponer los derechos que regula e identificad a los responsables del cumplimiento de sus dictados. Lo que se pretende en esta breve exposición es, por tanto, meramente divulgativa de cuáles han de ser los derechos a tener en consideración en el momento de la firma del Convenio.

⁹ Un ejemplo de cómo se procede mediante esta técnica puede apreciarse en el siguiente video en Youtube rodado en los lagos de Tanzania: <https://www.youtube.com/watch?v=1rtXjcaIQT4>

¹⁰ Para Extremadura, el art. 39 de la Ley 11/2010, de 16 de noviembre, de pesca y acuicultura de Extremadura, titulado “Prohibiciones en todas las aguas” dispone que “Se prohíbe en todas las aguas a los efectos de esta Ley: b) El empleo de dinamita y demás materiales explosivos”.

Es trascendente que se impone al propietario del buque la responsabilidad de asegurar que el capitán disponga de los “recursos y los medios necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del presente Convenio” (art. 8.1), siendo este último el “responsable de la seguridad de los pescadores embarcados” (art. 8.2), lo que implica el cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales y los demás derechos de contenido social del convenio.

Como se prevé en el ET patrio se fija en 16 años la edad mínima para embarcarse (art. 9.1), aunque se podrá excepcionar por los estados miembros esta regla para permitir el embarque de niños de 15 siempre que se asegure que no se encuentran sujetos “a la enseñanza obligatoria prevista por la legislación nacional” (art. 9.2). Se dispone, no obstante, también en consonancia de lo que ocurre en la legislación interna española, que las actividades consideradas peligrosas “para la salud, la seguridad o la moralidad de los jóvenes” (art. 9.4) y las de carácter nocturno (art. 9.6) sólo puedan ser desempeñadas por los trabajadores mayores de edad.

De manera categórica, se dispone en el art. 10 que no deberá “permitirse que trabaje a bordo de un buque pesquero ningún pescador que no disponga de un certificado médico válido que acredite su aptitud para desempeñar sus tareas”, previéndose exigencias concretas en el art. 11 en relación con las medidas que deben adoptarse por todo estado miembro para asegurar el cumplimiento de la obligación del examen médico.

El descanso laboral en cada buque debe tener una duración no inferior a “diez horas por cada período de 24 horas, y 77 horas por cada período de siete días” (art. 14.1).

Una exigencia particularmente importante es que todos los buques pesqueros deben “llevar a bordo una lista de tripulantes”, aportando una copia a las autoridades en “tierra antes del zarpe del buque” (art. 15).

El corazón del Convenio es el “Acuerdo de trabajo del pescador”, trasunto de un contrato de trabajo, regulado en su art. 16. Se exige que los pescadores estén amparados por un acuerdo “que resulte comprensible para los pescadores”

y se haya regulado conforme a las previsiones previstas en este Convenio. Una copia del mismo debe ser entregada al trabajador (art. 18), haciendo responsable al propietario del buque pesquero del aseguramiento de que cada “pescador tenga un acuerdo de trabajo escrito, firmado conjuntamente por el pescador y el propietario del buque pesquero” (art. 20).

Como es tradicional en los textos jurídico-internacionales del mar, se regula específicamente el derecho a la repatriación del marinero “en los casos en que el acuerdo de trabajo del pescador haya vencido.../...o cuando los pescadores se vean incapacitados para prestar sus servicios”, corriendo de cuenta del propietario del buque el coste de la repatriación (art. 21)

Dentro del apartado dedicado a los mecanismos de contratación se permite la existencia de servicios privados de colocación, pero asegurándose de que se prohíban las listas destinadas a impedir la contratación de los pescadores, y se impone que se imputen a los pescadores los gastos correspondientes a su contratación (art. 22)

En relación con la remuneración se prevé la exigencia de que los pescadores perciban un salario remunerado “mensualmente o según otro intervalo regular” (art. 23), exigiéndose también que se prevea un mecanismo por el cual se pueda “transferir a sus respectivas familias, sin costo alguno, la totalidad o parte de las remuneraciones percibidas, inclusive los anticipos” (art. 24).

También se prevé que todos los Estados miembros deben prever mecanismos que aseguren el “alojamiento, los alimentos y el agua potable a bordo de los buques pesqueros que enarbolan su pabellón” (art. 25), con especificaciones en relación con que el tamaño y calidad de los alojamientos sean adecuados (art. 26), para asegurar la calidad de los alimentos y suficiente agua potable (art. 27)

Interesante son las especificidades en relación con que los buques tengan a bordo el equipo y los suministros médicos “apropiados para el servicio del buque, teniendo en cuenta el número de pescadores a bordo, la zona de operaciones y la duración del viaje” (art. 29). Aspectos que se relacionan con la prevención de los accidentes de trabajo y la necesidad de evaluar los riesgos laborales (art. 33),

patrocinando una específica formación de los trabajadores en este sentido (art. 31) y el patrocinio de los equipos de protección personal (art. 32).

La protección de Seguridad Social viene articulada en los art. 34 a 38, patrocinando la inclusión de los marineros en el sistema de seguridad social (art. 34) con mecanismos de protección completa (art. 35), asegurando los derechos adquiridos “independientemente de su lugar de residencia” (art. 36), con medidas específicas para las situaciones de enfermedad, lesión o muerte relacionadas con el trabajo (art. 38).

España debe suscribir este convenio de protección de los trabajadores del mar, y aunque ya tiene cumplidas gran parte de las reglas de contenido mínimo del Convenio, se aprovecharía la oportunidad para reformular los mecanismos de protección institucional de los trabajadores del mar.

Obviamente, con este sistema de protección, la problemática tratada en *Prisionero del mar* no hubiera acontecido.

ANGEL ARIAS DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
aarias@unex.es
<https://orcid.org/0000-0003-4696-7754>

Francisco Manuel REVERTE MARTÍNEZ. *Las asociaciones juveniles en la España democrática*. Colección de Estudios sobre Juventud, nº 3. Cáceres: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, 2021. 350 pp. ISBN 9788491970744 (ed. impresa); ISSN 788409260577 (ed. on-line)

Quienes hemos sido activos en la sociedad civil y en el estudio sobre la participación juvenil conocíamos las extraordinarias dificultades que tienen los jóvenes para asociarse en España, no digamos ya en la dictadura, sino también en la democracia. Ahora Francisco Manuel Reverte nos da luz sobre las razones jurídicas de la pobre participación asociativa (juvenil) en España. Es decir, el miedo a la participación heredado de la dictadura tiene en democracia una serie de obstáculos jurídicos que descubrimos en este magnífico libro.

No es este el lugar para hablar del pobre tejido asociativo español. Los cuarenta años de dictadura lo explican. Lo que es menos lógico es que en cuarenta años de democracia a esta situación precaria no se le haya dado la vuelta. Al contrario, da la impresión que cada vez estamos más lejos de los índices de participación de la Transición. Centrarse en la participación juvenil como hace Reverte tiene una ventaja: los jóvenes anticipan futuros. Es decir, si los jóvenes de hoy no participan, los adultos de mañana no lo van a hacer.

Es obvio decir que durante el franquismo estaban prohibidas todas las asociaciones juveniles excepto la OJE y las dependientes de la Iglesia, en su mayor parte nacionalcatólicas y colaboracionistas con el régimen. Así pues, en 1974, cuando empezaban a ver que se les escapaban algunas de la mano, intentaron obtener el control del movimiento scout con el Decreto de 20 de julio de 1974 de Presidencia de Gobierno sobre “la organización e inspección de campamentos, colonias y marchas juveniles.” Los franquistas sabían de dónde venía el peligro. Pretendían, por ejemplo, que los títulos de los monitores de tiempo libre los expidiera la OJE¹¹.

11 Andreu Castells, “Informe de l’oposició”, en *El franquisme i l’oposició sabadellenca 1939-1976*, vol. VI, Sabadell: Riutort, 1983, 29.48.

En el año 1975, en el marco de la III Conferencia de la Unión de Juventudes Comunistas (UJCE) celebrada en Madrid, a un grupo de jóvenes dirigentes comunistas ilusionados con la extensión de las movilizaciones antifranquistas en nuevos ámbitos más amplios, Carrillo les respondió: “¿este es el problema más importante de los jóvenes catalanes?”¹². No entendió que significaba la creación del antifranquismo asociativo juvenil.

Ya en aquellos días en democracia se era consciente de que había impedimentos a la participación juvenil por parte de Reino de España. De hecho, existe una Proposición no de Ley (PNL) de Participación de la Juventud, que fue presentada por la práctica totalidad de los Grupos Parlamentarios el 19 de mayo de 1981 (BOCG de 1 de junio de 1981), aunque finalmente no fuera aprobada. Entre las medidas propuestas se dice: “Revisión urgente de la normativa específica sobre asociacionismo juvenil, adecuándola a la realidad juvenil, para fomentar el hecho asociativo y obtener criterios claros de representación. Culminar el proceso constituyente del Consejo de la Juventud y presentación de un proyecto de ley sobre el Consejo.” Y el más sorprendente “Programa plurianual de inversiones para reparar, acondicionar y construir locales para los jóvenes, previa información de cuál es el estado actual del patrimonio juvenil público.” Increíble. A todos aquellos que dicen que en España hay poca participación por el carácter “latino” o “mediterráneo” Reverte les saca los colores. Los legisladores eran conscientes del problema ya en los albores de la democracia. Y no se hizo nada. De hecho, según Reverte “la voluntad de incorporación plena de nuestro país a los procesos de integración europea marcaba la tendencia de las líneas a potenciar en materia de participación y asociacionismo entre los jóvenes, para alcanzar niveles semejantes a los principales países europeos”. Efectivamente, estábamos muy lejos.

No será hasta 1988 cuando las cosas empiezan a cambiar con la modificación del RD de 1977, mediante el R.D. 397/1988, de inscripción registral de las Asociaciones Juveniles. En él se plantea acabar con los aspectos

12 Evidencia verbal Domènec Martínez, dirigente de la JCC y de la UJCE.

antidemocráticos de la norma, como “la eliminación de la necesidad de que el acta de constitución fuera firmada por dos personas mayores de edad con plena capacidad de obrar”. Entre otros, pero sobre todo “la presentación en la Administración del acta fundacional y los estatutos sería a meros efectos de inscripción registral y no de reconocimiento”. Y “la supresión del artículo 5º del RD de 1977, referido a la suspensión por la autoridad gubernativa de las actividades de las asociaciones juveniles o de acuerdos de éstas”. Un cambio revolucionario, pero al fin y al cabo puramente democrático. Se aprobó el 22 de abril de 1988. Habían pasado diez años de la aprobación de la Constitución y once de la llegada de la libertad. Reverte nos dice que “podemos afirmar que, ahora sí, el derecho positivo español regula las asociaciones juveniles de forma plena y sin restricciones.”

La preeminencia del esculatismo católico se construye durante la dictadura y dura hasta hoy. Veamos cómo: “por su parte el Movimiento Scout Católico MSC según sus propios Estatutos: «es una Federación de Asociaciones públicas de fieles, con personalidad jurídica pública, que integra Asociaciones y Delegaciones Diocesanas de Escultismo y Asociaciones o Federaciones Interdiocesanas de la Iglesia Católica en España. El Movimiento Scout Católico, erigido canónicamente por la Conferencia Episcopal Española (6-VII-1973), como movimiento de apostolado seglar, orienta su actuación de acuerdo con las normas dimanadas de ésta, y se relaciona con la misma a través de la Comisión Episcopal de Apostolado Seglar. La personalidad jurídica del Movimiento Scout Católico nace de la citada erección canónica, y su reconocimiento civil de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia.” Hay que añadir el hecho de que la teórica alternativa al esculatismo católico, es decir, ASDE, nunca se ha declarado expresamente como laica. Una anomalía asociativa más.

En el libro de Reverte, vamos de sorpresa en sorpresa, incluso para aquellos, como quien escribe estas líneas, que nos hemos dedicado toda la vida a promover el asociacionismo laico. Damos un salto hasta el año 2014, el entonces Gobierno del PP, presidido por Mariano Rajoy, impulsa la derogación de la única ley que desarrolla al artículo 48 de la Constitución, como es la de creación del Consejo de la Juventud de España (CJE) del año 1983. La supresión de la Ley es

delirante. La “razón” es la duplicación de funciones entre el Instituto de la Juventud y el CJE. Cualquier demócrata caería desmayado. Además, otro argumento utilizado es que hay que suprimir duplicidades y la burocracia y se cargan el mecanismo de participación juvenil más importante de España. Como si no hubiera en los ministerios burocracia para eliminar.

Reverte plantea la “necesidad de una Ley de Participación de la Juventud y Fomento del Movimiento Asociativo Juvenil. En mi opinión, manifestada desde hace largo tiempo, la debilidad e inseguridad jurídica administrativa que ha caracterizado a las políticas de juventud en la España democrática ha facilitado el desmantelamiento de organismos, programas y servicios de juventud y recortes en las partidas económicas destinadas al fomento del asociacionismo juvenil. En mi opinión, la juventud ha aportado a la sociedad democrática española más de lo que ha recibido en las últimas décadas.” Como señala José Luis Palacios, el autor que más sabe de asociacionismo en Aragón y, posiblemente, en España “para la existencia de un tejido social, sindical y político que sostuviese la nueva democracia española se articularon normativas facilitadoras, recursos ingentes, leyes que sancionaban el papel de la sociedad civil adulta. Los jóvenes no fueron dotados de un marco legal y administrativo que les permitiera tener espacio social para desarrollar su ciudadanía. Y las experiencias sociales que excepcionalmente se desarrollaron el país –impulsadas por gobiernos locales o autonómicos de izquierda y que la respuesta de los jóvenes dotó de un enorme impacto social como Zaragoza o Murcia– pronto iban a desaparecer”¹³.

Para Reverte “basta comparar los recursos económicos y equipamientos de proximidad destinados a otros sectores de población con los puestos a disposición de los jóvenes, para darse cuenta de esta realidad, y esta carencia de la democracia española”. La juventud, continúa, “no se merece el trato recibido por los poderes públicos en España. Especialmente en la última década, los y las jóvenes además de encontrarse ante un futuro personal, laboral y social incierto, sufren el «desmantelamiento de las políticas de juventud», viendo en peligro sus

13 J. L. Palacios Vadillo *et al.*, *El reto de la nueva Política Municipal de Juventud* (Jornadas de buenas prácticas en Política Municipal de Juventud), Hospitalet de Llobregat, 2005.

organizaciones, asociaciones y proyectos sociales y culturales (...) las políticas de juventud se han visto recortadas hasta niveles insostenibles. De hecho, las políticas de juventud han sido uno de los sectores más afectados por los recortes sociales, tan afectado, que, en amplios territorios, en especial en el ámbito municipal han desaparecido, se han diluido o han sido sustituidas por iniciativas puntuales, subcontratadas con entidades creadas por los propios técnicos de juventud tras perder sus puestos de trabajo”, en palabras de denuncia de Domingo Comas y Soler Masó¹⁴.

Además, creo sinceramente que aquellos osados que creyeron en la necesidad de participación juvenil y que tuvieron éxito en su empeño, fueron directamente aniquilados. Por ejemplo, la impresionante realidad asociativa que significaron las Casas de Juventud en Aragón a partir de finales de los años ochenta hasta el 1 de enero de 1997.

Reverte pone un ejemplo más reciente de lo que ha pasado en la Región de Murcia: “en el año 2008 el presupuesto de juventud de la Comunidad Autónoma, a través del Instituto de la Juventud de la Región de Murcia, era de 10.875.000 euros, seis años después, en 2014, el Instituto de la Juventud había desaparecido y los recursos de la Dirección General de Juventud eran de 2.413.215 euros, con un recorte del 77%. Valgan dos detalles de esas partidas presupuestarias de 2014: programas culturales para jóvenes: 1 euro; fomento de la participación y el asociacionismo, 11.420 euros.” Por último, dice “Los enormes recortes presupuestarios, la desaparición de organismos públicos y Consejos de la Juventud en varias autonomías, junto a los intentos por anular o acallar al Consejo de la Juventud de España, reflejan el propósito de hacer desaparecer, o al menos debilitar, un movimiento asociativo juvenil democrático, independiente, pluralista y crítico.” Para él, “las asociaciones juveniles de la España democrática constituyen ya una especie en peligro de extinción. Si el asociacionismo juvenil en su conjunto necesita el apoyo de la sociedad española, las asociaciones juveniles

14 P. Soler Masó y D. Comas Arnau, «Los estudios sobre políticas de juventud en España», *Revista de Estudios de Juventud* 110: *Los estudios sobre la juventud en España: pasado, presente y futuro* (Jorge Benedicto y Carles Feixa [coords.]), diciembre 2015, 173-189, INJUVE.

como tipo específico y propio de la España democrática podemos afirmar que no solo necesitan apoyo, sino que constituyen una especie en peligro de extinción. Y varias son las causas que nos hacen pensar en valorar este peligro como muy serio (...) Si le unimos que desde hace una década los recursos económicos para el fomento asociativo desde las Administraciones Públicas no han dejado de disminuir, y la cada vez mayor complejidad en la gestión asociativa, vamos aportando elementos para un ecosistema social negativo para el asociacionismo juvenil, y sobre todo para las asociaciones juveniles, cuyas bases y raíces son más débiles que las de las organizaciones juveniles con mayor tradición”.

Reverte acaba con un mensaje de futuro: “Larga vida a la participación juvenil. Salvemos el movimiento asociativo juvenil y las asociaciones juveniles. Será un grave error de las Administraciones Públicas continuar el camino para dismantelar los programas de juventud y olvidar al asociacionismo juvenil. Por el contrario, es urgente y necesario un cambio en la orientación de las políticas públicas de juventud, que haga una apuesta decidida y fuerte por la participación como eje central de las políticas públicas de juventud y aporte los recursos necesarios para defender y fortalecer al movimiento asociativo juvenil”.

Y, por si fuera poco, sabemos que aún hoy el INJUVE, en 2019, da subvenciones a la organización OJE con 43.900 euros. Se trata del noveno lugar por cantidad, por delante de las secretarías de juventud de CCOO, UGT o USO, y de JOC, JEC o de la Federación Estatal LGTBI. Un contrasentido por mucho que obviamente cambiaran en su momento los estatutos.

En fin, un libro para entender por qué los jóvenes educados en valores democráticos no participan 40 años después en los estándares europeos. En parte, el 15M de 2011 se explica por la inexistencia de canales democráticos por los cuales los jóvenes puedan expresar su malestar, sus prioridades y sus propuestas. Y en caso de hacerse oír, la ausencia de respuesta institucional.

Hay que agradecer a la Universidad de Extremadura la edición de este espléndido libro y al CJE. Participé en los trabajos previos a la creación del CJE desde la vicepresidencia del Consejo Nacional de la Juventud de Catalunya, y tengo un especial cariño a los organismos de cooperación juvenil, que han

jugado y juegan un papel extraordinario, ante una sociedad y unos medios de comunicación sordos a sus sensatas propuestas. El impresionante trabajo de Reverte, nos da nuevas pistas de interpretación para saber el porqué de donde nos encontramos y también, claro está, de lo que hay que hacer en adelante para cumplir el espíritu -y la letra- del artículo 48 de la Constitución, con dinero, locales y recursos de todo tipo.

Es urgente eliminar las trabas burocráticas que han aumentado a niveles insospechados y que suponen una auténtica barrera imposible de franquear para los jóvenes. Es urgente también recuperar aquella Proposición no de Ley de 1981 para crear un “Programa plurianual de inversiones para reparar, acondicionar y construir locales para los jóvenes, previa información de cuál es el estado actual del patrimonio juvenil público” con el fin de, en palabras del senador Xirinacs, fomentar “las organizaciones de los propios jóvenes.”

JORDI SERRANO BLANQUER
Asociación Universitat Progressista d’Estiu de Catalunya
jserrano@upec.cat
<https://orcid.org/0000.0002-9292-3202>

Rodrigo RUIZ VELASCO BARBA y Manuel ANDREU GÁLVEZ (Coords.). *La fractura del mundo hispánico: Las secesiones americanas en su bicentenario*. Pamplona: EUNSA, 2021. 488 pp. ISBN 9788431335809

El proyecto emprendido por los profesores Rodrigo Ruiz Velasco y Manuel Andreu Gálvez tuvo como punto de partida la celebración del bicentenario del inicio de la vida independiente mexicana, efeméride que en el libro aparece denominada en diversas ocasiones como el bicentenario de la independencia de la Nueva España. No obstante, la oportunidad fue aprovechada para hacer un estudio de secesiones surgidas de forma paralela en otras regiones americanas durante las primeras décadas del siglo XIX. El libro fue prologado por el profesor don Alfonso Bullón de Mendoza y se estructuró a partir de una división cuadripartita.

La primera sección del libro se integra por los capítulos denominados “Hacia una revisión de la historia contemporánea del mundo hispánico”, de Miguel Ayuso Torres, profesor del ICADE y la Universidad Pontificia Comillas; “Guerra de independencia, revolución o guerra civil? “El colapso de la Monarquía católica como problema historiográfico”, de Tomás Pérez Vejo, del INAH de México; y “Causas de las secesiones hispanoamericanas y mitos historiográficos”, de Manuel Andreu Gálvez, profesor de tiempo completo de la Universidad Panamericana, campus México. Esta primera parte del libro se dirigió a estudiar, con perspectiva crítica, la génesis de las revoluciones independentistas en la América hispánica, así como a cuestionar, en clave historiográfica, muchas ideas que se han aliterado incorrectamente sobre los levantamientos decimonónicos del Nuevo Continente contra las autoridades virreinales.

En la segunda parte de la obra se incluyen los artículos “La imposible República Argentina: entre el originalismo republicano y las repúblicas vivientes”, de Juan Fernando Segovia, profesor de la Universidad de Mendoza; “El debate político en los orígenes de la independencia de Chile”, de los profesores José Díaz Nieva y Cristian Garay, de las Universidades de Santo Tomás y Santiago, respectivamente; “La independencia de Chile. Un ensayo sobre la libertad política”, de Javier Infante, profesor de la Universidad Católica de Chile; y “La

batalla de la reflexión: reflexiones sobre el centenario de una «psicosis colectiva», del profesor César Félix Sánchez Martínez, de la Universidad Nacional de San Agustín, de Perú. En suma, esos trabajos analizan las secesiones y los efectos que éstas provocaron hasta el día de hoy en las nuevas naciones americanas.

El tercer gran apartado de esta coordinación se compone de cinco capítulos, denominados “Emancipación y libertad en el pensamiento moderno”, del doctor Carlos Soriano Cienfuegos, de la Universidad Panamericana, campus México; “La influencia de Juan Jacobo Rousseau en la secesión novohispana”, del profesor Rodrigo Fernández Díez, también de la Universidad Panamericana, campus México; “La independencia de la Nueva España y el golpe de Riego. La reacción novohispana al liberalismo”, de Rigoberto Ortiz Treviño, de la Universidad Nacional Autónoma de México, “Reflexiones en torno a la independencia mexicana desde España, México y Zacatecas”, de Marcelino Cuesta Alonso, de la Universidad Autónoma de Zacatecas; y “La Constitución de Cádiz en el Nuevo Santander en los años de 1820 y 1821” del profesor Juan Ramón de Andrés Martín, de la Universidad Rey Juan Carlos. Todos esos escritos se dedicaron a estudiar la influencia que el liberalismo y el movimiento constitucional gaditano ejercieron en los movimientos independentistas de los virreinos hispanicos en América en las primeras décadas del siglo XIX.

El cuarto y último grupo de capítulos contiene los escritos: “Reflejos de la independencia de la Nueva España en la historiografía española”, autoría de la profesora Yolanda Blasco Gil, de la Universidad de Valencia; “La representación historiográfica de Agustín de Iturbide como adalid del conservadurismo católico en México”, de Austreberto Martínez Villegas, profesor de las Universidades Anáhuac y Panamericana, campus México; y “Los otros «fiscales del diablo»: un acercamiento a la crítica conservadora ante la figura de Agustín de Iturbide”, del profesor Rodrigo Ruiz Velasco Barba, de la Universidad Panamericana, campus México. En esta parte del libro, se hizo un riguroso estudio sobre la defenestrada figura de Iturbide, y se reivindica la importancia de este personaje en la historia oficial de un país que decidió convertirlo en un recuerdo reprimido o, incluso peor, olvidarlo.

El epílogo quedó a cargo de José Antonio Ullate Fabo, intelectual que en su colaboración denominada “Desproporción y literalidad de la genealogía de la pietas. A los 200 años de la independencia mexicana” discursió, entre otras cosas, sobre la profundidad de la palabra patria y la necesidad de alcanzar el bien común, así como sobre el carácter resbaladizo de los conceptos en la historia.

La obra reseñada resulta, en esencia, un compendio de investigaciones que suman argumentos para debatir, con ánimo de encontrar la verdad, en un maremágnum de afirmaciones dogmáticas y convencionales, visiones parciales de la historia, malentendidos cronológicos y declaraciones ideologizadas. De tal modo, la conformación del libro ayuda a contrastar ese *totum revolutum* con los hechos y con estudios elaborados con rigor académico interdisciplinario.

GUSTAVO GARDUÑO DOMÍNGUEZ
Profesor Investigador Titular
Facultad de Derecho
Universidad Panamericana. México
ggarduno@up.edu.mx
<https://orcid.org/0000-0003-4027-456X>

Silvia SORIANO MORENO (Coord.). *Perspectivas jurídicas de la igualdad de género en el entorno rural*. Pamplona: Aranzadi, 2021. 288 pp. ISBN 9788413458281

Esta obra aborda desde una perspectiva jurídica los avances legislativos y las políticas públicas en materia de igualdad de género desarrollados en los últimos años en el ámbito rural. En particular trata de determinar si estos han alcanzado un similar grado de desarrollo a los experimentados en el ámbito estatal o si las particularidades de las zonas rurales presentan especificidades, desafíos y complejidades propias que dificultan dicho cometido. Todo ello se efectúa tomando como punto de análisis preeminente la región de Extremadura y resaltando continuamente la importancia de realizar análisis interseccionales del género y lo rural, así como la necesidad de llevar a cabo futuras investigaciones en esta línea generadoras de nuevos debates que atraigan la atención de la doctrina en el marco de lo local.

Y es que, la situación de las mujeres en la “España vaciada” requiere de una reflexión detenida y sosegada que contextualice correctamente las repercusiones que la variable “rural” tiene en la vida de las mujeres, y en la propia investigación, pero también en la legislación y políticas públicas a ser implementadas. A su vez esta idea no puede desligarse de la perspectiva feminista, la cual fundamenta y otorga sentido teórico a toda la obra al tiempo que permite dar luz y examinar la realidad de los datos y hallazgos encontrados relacionándolos con las desigualdades estructurales que por motivos de género se dan en la sociedad y que se agudizan en el mundo rural. Aunque el libro adopta una óptica eminentemente jurídica, son múltiples las disciplinas que se han aproximado al objeto de estudio desde diversas áreas del conocimiento (constitucional, financiero y tributario, deportivo, penal y criminológico) desvelando desde cada una de ellas las especificidades que tienen lugar en las zonas rurales. Sin duda este enfoque ha permitido que el conocimiento confluya enriqueciendo mucho el análisis al abordarse temáticas tan particulares como: la perspectiva de la ruralidad en los instrumentos internacionales, la fiscalidad e independencia económica, la

dependencia y la discapacidad, la actividad agraria, el derecho al deporte, los espacios de poder y toma de decisiones, la violencia de género, etc.

En los diferentes estudios desarrollados a lo largo del libro se ha adoptado una metodología de carácter descriptivo basada en una revisión de fuentes secundarias de información, especialmente de carácter jurídico, si bien también predomina la utilización y explotación de bases de datos estadísticos, estudios científicos académicos, informes gubernamentales y no gubernamentales, documentos del tejido asociativo, entre otros. Cabe destacar que el elenco de referencias normativas empleadas es muy prolijo lo que ha permitido una adecuada triangulación de la información utilizada. Igualmente, y como la propia coordinadora de la obra reseña, sería de especial interés emplear metodologías de otras áreas de conocimiento, opinión que es compartida por la autora de esta reseña ya que garantizaría una triangulación adicional del método. No obstante, la cantidad de propuestas e hipótesis de investigación aportadas en cada uno de los capítulos que integran el libro paliar tal limitación al aportar quienes participen en la obra ideas y métodos nuevos, sobre todo de corte empírico, que dan continuidad y respuesta a muchos de los interrogantes planteados en sus propias investigaciones -incluso para tiempos de la COVID-19-, contribuyendo así a colmar la laguna de conocimiento existente sobre estudios de género en lo rural.

Tras realizar una delimitación conceptual del término rural, que en este trabajo aparece acotado al volumen poblacional de los municipios y en torno a él giran buena parte de los análisis efectuados para evitar sesgos, se suceden los capítulos del libro que comprenden diversos temas de investigación y que sucintamente paso a describir resaltando sus aspectos más notables.

El primer capítulo versa sobre los derechos de las mujeres de las zonas rurales a la luz de las recomendaciones y observaciones de la CEDAW (*Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*). Se justifica la elección temática por ser el primer tratado internacional que aborda los derechos de las mujeres y por integrar la perspectiva de ruralidad. El trabajo centra su análisis en las referencias que se realiza desde la CEDAW a la cuestión rural

analizando a tal fin y cronológicamente cada una de ellas. El examen pormenorizado y sistematizado llevado a cabo extrae como conclusión principal la ausencia de temas clave en las observaciones realizadas a España y que afectan directamente a las mujeres rurales, a saber: la falta de transporte y de infraestructuras; la insuficiencia de servicios básicos; la despoblación y masculinización de zonas rurales; el desarrollo cultural y acceso a la cultura, al deporte y ocio; los derechos LGTBI, diversidad sexual e identidad de género; el derecho de mujeres migrantes; las necesidades y derechos de mujeres con discapacidad; el reparto de tareas de cuidados y necesidad de recursos para conciliar como pueden ser las escuelas infantiles; la implementación de políticas en materia de corresponsabilidad; la situación de las trabajadoras domésticas; así como nuevas perspectivas sobre economía feminista y crisis climática, medioambiental y, actualmente, sanitaria debido a la COVID-19. Muchas de estas carencias irán emergiendo y abordándose en los siguientes capítulos del libro.

Los capítulos segundo, quinto y sexto examinan distintas cuestiones que afectan a las mujeres desde el punto de vista financiero y tributario. Empezando con el primero de ellos, su objetivo se centra en la fiscalidad como instrumento de promoción de la independencia económica de las mujeres rurales. Se afirma que una adecuada fiscalidad, con perspectiva demográfica y de género, puede ser una herramienta muy eficaz en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, con la que recortar, a su vez, las grandes disparidades existentes entre el mundo urbano y el mundo rural. Se identifican las siguientes medidas fiscales vinculadas a la incorporación y mantenimiento de las mujeres rurales en el mercado laboral: la deducción por maternidad, la fallida deducción por emprendimiento femenino, la necesidad de disponer un vehículo propio y la necesidad de favorecer la titularidad de viviendas propias. Lo más interesante de este capítulo son las propuestas tributarias en clave de género planteadas para cada una de ellas. Si bien deberían ir acompañadas de unas adecuadas políticas presupuestarias.

De este asunto trata precisamente el capítulo sexto, del gasto público. En particular analiza si su planificación a través de los presupuestos es ajustada o no a las necesidades detectadas en la sociedad, atendiendo principalmente a las

desigualdades entre hombres y mujeres. En este sentido resulta de especial interés el apartado cuarto del trabajo sobre la aproximación a los presupuestos desde la perspectiva de género ya que centra el objetivo de estudio. De este se desgranar tres conclusiones clave: el presupuesto es una potente herramienta para la aplicación de la transversalidad de género y motor de transformación social; las políticas de igualdad deben desarrollarse de una forma dual; y es necesario analizar el diferente impacto que el gasto público provoca en hombres y mujeres, así como redefinir el mismo cuando se constata que puede perpetuar sesgos negativos de género.

El capítulo quinto se aproxima al tratamiento fiscal en un tema muy particular y claramente identificado con la realidad de las mujeres: los cuidados a otras personas. En este se reseña que la norma vigente en la actualidad ha tenido un desarrollo muy irregular no cumpliendo las expectativas previstas al trasladar a las familias, y sobre todo a las mujeres, la responsabilidad de los cuidados de las personas con discapacidad o en situación de dependencia. Esta situación se agrava en el ámbito rural dada la situación de desigualdad en el acceso a los recursos y servicios, la mayor presencia de estereotipos de género y la masculinización de las poblaciones rurales. En consecuencia, se plantea, junto a otras propuestas finales del trabajo, una cuestión de suma importancia en este ámbito: si la vecindad en un entorno rural en relación con el cuidado a las personas con discapacidad o situación de dependencia debe ser un factor de diferenciación desde el punto de vista fiscal.

El capítulo tercero trata otro asunto igualmente relacionado con el empoderamiento de las mujeres en el ámbito laboral rural y agrario: las titularidades compartidas. Se trata de una política de acción positiva para fomentar la participación de las mujeres en el campo equiparando sus derechos económicos, sociales y laborales a los hombres por el ejercicio de la actividad agraria. En otras palabras, se busca la visibilización y reconocimiento del trabajo de las mujeres en el campo posibilitando que adquieran una titularidad compartida de la explotación agraria en base a una relación de hecho o matrimonial. El trabajo concluye que son muy escasas las titularidades compartidas en Extremadura y que, en consecuencia, se trata de una acción positiva muy residual. Al respecto las

premisas que plantea la autora a la vista de sus propios datos aportan gran valor al trabajo al detallar la hoja de ruta a seguir para una siguiente fase de investigación.

El capítulo cuarto se adentra en la participación de las mujeres en los espacios de poder y toma de decisiones con especial referencia al ámbito local a fin de averiguar si existen desigualdades según sexo. Cuatro son las cuestiones más importantes que, a mi juicio, se identifican como posibles causas de la merma de la participación y, por tanto, empoderamiento de la mujer. Tal y como señala la autora: la ley prevé que no será de aplicación el artículo 44 bis de la LOREG (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General) en el ámbito municipal en candidaturas presentadas en localidades con 3000 o menos habitantes, es decir, no se prevén cuotas de género en pueblos pequeños siendo estos muy numerosos; en la legislación estatal en materia local no se establece ningún requisito de paridad en los órganos de las corporaciones municipales y a nivel autonómico muy pocas leyes lo contemplan; se produce violencia y acoso contra las mujeres en el ámbito político, lo cual podría explicar por qué se mantienen en sus cargos menos tiempo que los hombres; y las mujeres no disponen de mucho tiempo para dedicarlo a actividades relacionadas con la participación política al ocuparse en mayor medida de labores familiares y/o domésticas.

El capítulo octavo también trata la participación de las mujeres, pero en el ámbito deportivo. Para ello efectúa un recorrido histórico, teórico y jurídico muy amplio y panorámico que sirve de base para el posterior análisis de la situación en Extremadura. En este se hace patente la brecha existente entre hombres y mujeres en la práctica deportiva a pesar de los intentos de fomentar la igualdad en la práctica por parte de las instituciones y de algunos colectivos. Por ello, y de manera muy acertada por la autora, propone orientar una futura investigación que identifique las debilidades y problemáticas que impiden la participación igualitaria en el deporte averiguando, entre otros aspectos: el número de mujeres que practican deporte, la modalidad, en qué condiciones, los motivos del absentismo y abandono, etc.

Finalmente, los dos capítulos de corte más criminológico -el séptimo y noveno-, abordan temáticas de suma actualidad vinculadas a la delincuencia o conducta antisocial como son la prostitución y la violencia de género. Ciertas conductas consideradas incívicas o molestas que tienen lugar en lugares públicos han motivado la creación de normas en aras de calmar la preocupación de la comunidad. El botellón, la mendicidad, el *loitering* y la prostitución son aquellas que mayor alarma social generan siendo reguladas, tanto en lo urbano como en lo rural, a través de ordenanzas de civismo. El autor plantea si tales normas no suponen en la práctica la aplicación de un derecho administrativo -e incluso penal- del enemigo sobre ciertos colectivos vulnerables, a saber: jóvenes, inmigrantes, las personas sin hogar, las personas pobres y las mujeres prostitutas. De ahí que el objetivo de su estudio plantee identificar aquellas ordenanzas municipales que muestren diferencias significativas en cuanto al género, particularmente en el ámbito de la prostitución. Así mismo aborda otras cuestiones conexas y de sumo interés, como es la pena del trabajo en beneficio a la comunidad y la sanción pecuniaria impuesta en defecto de esta. El autor concluye que las mujeres son más sancionadas que los hombres y que tienen mayores dificultades para acceder a las medidas alternativas debido a la falta de tiempo por atención a obligaciones familiares y/o domésticas. Además, la aplicación de las ordenanzas de civismo, en sentido amplio, no tienen mucho sentido en poblaciones pequeñas y con pocos problemas de convivencia, a lo que hay que sumar la escasez de recursos para su cumplimiento (por ejemplo: la ausencia de policía). Así las cosas, en muchas ocasiones son los propios vecinos y vecinas quienes realizan estas tareas informales de vigilancia crispando el clima social y generando conflictos. Dichos hallazgos convierten el estudio en una contribución sumamente original y meritoria que contribuye a mejorar la escasa evidencia empírica en la materia al tiempo que revela la necesidad de realizar futuras investigaciones, de ahí que se propongan nuevas líneas a explorar en la conclusión del trabajo.

Por su parte, el capítulo noveno, titulado “aproximación al análisis de la violencia contra las mujeres en el entorno rural”, se acerca a una de las manifestaciones de desigualdad más grave, es decir, la violencia machista. Aunque la

autora advierte quien se acerque a su lectura en las primeras líneas del trabajo que no se va a realizar un análisis detallado de la realidad en torno a la violencia contra las mujeres en el ámbito rural, lo cierto es que la aproximación metodológica adoptada a fin de examinar si las medidas implementadas a nivel legislativo y de políticas públicas son adecuadas en el mundo rural, es muy completa e integral al combinar distintas fuentes secundarias de información no meramente jurídicas. Tras acotar el concepto de violencia de género contra las mujeres adoptado en el estudio y resaltar la importancia de su delimitación para no incurrir en sesgos metodológicos, se muestran los resultados de, a mi juicio, las aportaciones más originales del estudio. Una de ellas es la exhaustiva revisión de toda la normativa autonómica para determinar si han aprobado y desarrollado legislación propia en materia de igualdad y/o violencia de género. Al respecto se muestra de forma sucinta y esquemática las distintas las previsiones específicas contenidas en estas legislaciones y que se refieren a la violencia contra las mujeres en el ámbito rural.

De aquí se extrae una conclusión clave: en casi todas las normas hay alguna previsión relativa al entorno rural y a las funciones de los municipios sobre la violencia de género. La segunda aportación es la revisión sistemática de las distintas medidas contempladas en el Pacto de Estado Contra la Violencia de Género referidas expresamente al ámbito rural, concluyendo que las especificidades presentes en el entorno rural deben valorarse positivamente de cara a la consecución de políticas públicas concretas y adaptadas a distintos territorios. Tras confirmar la existencia de las previsiones legales mencionadas se formula una pregunta político-criminal fundamental: cuál es el grado y tipo de cumplimiento que en un plano práctico se está realizando de todas ellas.

En términos generales considero que se trata de un libro valioso y relevante para el conocimiento científico que cumple con el propósito de investigación planteado. A través de un lenguaje conciso y claro, esta obra resalta la importancia de considerar e investigar lo rural con perspectiva de género para captar todas aquellas peculiaridades de la vida de las mujeres que habitan en la distancia y en pequeñas localidades. Gracias a la visibilización y reconocimiento de las diferentes problemáticas que estas sufren en la esfera social, económica, política,

educativa y familiar es posible incentivar la adopción de medidas de acción positiva dirigidas a su inclusión y empoderamiento, así como a la prevención y reducción de las violencias que experimentan. Del mismo modo se enfatiza la necesidad de realizar futuras investigaciones, no solo de corte jurídico, para así hacer avanzar el conocimiento de cara a plantear y desarrollar políticas públicas más ajustadas a la realidad a modificar. Estamos, por tanto, ante un trabajo muy sólido y notable pero que, al mismo tiempo, necesita ser complementado por otros estudios que aporten una mayor profundidad de análisis y sean continuistas de las investigaciones que en él se proponen adoptando un enfoque interdisciplinar cuyo método de análisis sea en mayor medida empírico-inductivo.

LOREA ARENAS GARCÍA
Profesora de Derecho Penal
Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho
Universidad de Extremadura
lorea@unex.es
<https://orcid.org/0000-0002-4997-9163>

**CRÓNICA DE LA
FACULTAD DE DERECHO**



INAUGURACIÓN DEL CURSO 2021-2022 DE LA FACULTAD DE DERECHO.
CONFERENCIA DE M. TERESA FREIXES SANJUÁN: *NUEVOS RETOS Y
DESAFÍOS DEL ESTADO DE DERECHO EN EUROPA*¹

INAUGURATION OF THE 2021-2022 YEAR OF THE FACULTY OF LAW.
*CONFERENCE BY M. TERESA FREIXES SANJUÁN: NEW CHALLENGES
OF THE RULE OF LAW IN EUROPE*

ANA TORRECILLAS MARTÍNEZ²

Abordar el tema del Estado de Derecho en España es complicado y controvertido, y así lo ha sido siempre. Se ha asimilado el Estado de Derecho unas veces a la división de poderes, y se ha interpretado la división de poderes de una manera distinta según las épocas, según los lugares. Cuando Montesquieu escribió su clásica obra, en el Reino Unido hacía muchos años ya que existían las delegaciones legislativas del Parlamento al Gobierno, lo cual, resultaba inaudito y hasta parecía más bien una quiebra del Estado de Derecho. Pero no, no era una quiebra del Estado de Derecho, sino que, de una determinada manera, con unos determinados requisitos y con determinados controles, la delegación legislativa se asume como una parte integrante del Estado de Derecho.

¹ Es Catedrática de Derecho Constitucional del Departamento de Ciencia Política y de Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet *ad personam*.

² La transcripción de la conferencia ha sido realizada por Ana Torrecillas Martínez. A. Torrecillas es investigadora del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

Por otra parte, en Estados Unidos, cuando se ha hablado del Estado de Derecho y la división de poderes, también han existido controversias. Cuando Tocqueville interpreta el sistema se maravilla de que, aunque normalmente se suele asimilar el Estado de Derecho a un principio de libertad que impregna la propia Constitución americana, una de las cosas que más le impresionó fue que el valor de la igualdad actuase como conector de todos los Estados, y ello no deja de ser una manera adecuada de interpretarlo. También en Estados Unidos se criticó, en la “época del imperio de los jueces”, que el Tribunal Supremo fuera el que conformara la función de las instituciones, y de alguna manera interviniera en la resolución jurídica de problemas políticos. Si uno observa cuando tiene que intervenir el Tribunal Supremo y qué asuntos eran de su competencia, vislumbra finalmente que los jueces tuvieron que intervenir tanto más cuanto menos afortunadamente habían intervenido los políticos. Por lo tanto, para hacer una correcta interpretación del Estado de Derecho, hay que tener en cuenta qué es lo que sucede en cualquier lugar, cuáles son los mecanismos formales por los que se rige la organización de cada país y cuáles son las circunstancias que han hecho evolucionar a ese principio o institución que es el Estado de Derecho, puesto que es ello lo que nos permite darle un sentido y un contenido determinado.

Cuando realizo una interpretación jurídica (evidentemente teniendo en cuenta todo el formalismo kelseniano del ordenamiento jurídico, de la subordinación de unas normas a otras, de su modo de producción, etc.) también resalto que el Derecho no está solamente conformado por normas o superestructuras formales, pues también está formado por instituciones jurídicas, y cada institución jurídica tiene un significado propio, el cual, dota a dicha institución de un determinado carácter del que naturalmente no puede desprenderse, pues puede tener variaciones, distintas interpretaciones, pero nunca hacerle perder su propia naturaleza. En el momento en que le hace perder su propia naturaleza, esa desnaturalización de la institución originaria, propiciaría el que hubiera que cambiarla, porque ya no sería lo mismo. Esto implica que, cualquier controversia que vaya a tratarse, ha de ser tenida en cuenta, a la par que el contexto en el que se desarrolla, la naturaleza jurídica de la institución en la que se centra, cómo está regulada, y cómo se interpreta y aplica.

¿Hablamos de lo mismo cuando nos referimos al Estado de Derecho en la Unión Europea y al Estado de Derecho en España?, básicamente se trata del mismo Estado de Derecho. La UE se construyó teniendo en cuenta las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, es decir, que no surge del vacío, sino de unas realidades preexistentes, de todos y cada uno de los Estados miembros que ya disponían de sus propias instituciones, de una evolución jurídica y de una trayectoria, pero también de ciertos elementos comunes. Así, el Estado de Derecho es una institución transversal a todos los Estados miembros. Cuando pensamos en cómo incorporar la garantía de este principio jurídico en la UE, tuvimos muy presente cual era la tradición jurídica consolidada de los Estados miembros, pero también hubo que dotarle de unas singularidades propias de su naturaleza como organización supranacional y no como Estado miembro. Porque la UE es una organización supranacional a la que los Estados le atribuyen competencias a partir del principio de atribución, y a partir de dichas atribuciones competenciales, se determina que hará la UE y qué harán los Estados. Funciona de una forma parecida a los Estados Federales o a nuestro Estado Autónomo, donde existen unas atribuciones o competencias para los órganos federales o centrales, y otras para los federados o autónomos.

De hecho, para la organización de la UE se tuvo muy en cuenta la experiencia federal, sobre todo la estadounidense y la alemana, pues cuando hablamos de federalismo también hay que preguntarse qué tipo de federalismo, que lo hay de muchas clases. Por ejemplo, Brasil es un Estado federal pero allí el federalismo no pasa de ser una descentralización profunda a nivel administrativo donde los Estados no tienen las competencias propias de una federación. Otro ejemplo sería la India, que también dispone de un federalismo distinto, en la línea ya apuntada. De este modo, fue básicamente el modelo americano y el alemán los que más se tuvieron en cuenta; tanto es así que, Jean Monnet hablaba de “Los Estados Unidos de Europa”, inspirándose en esa idea de que Europa tendría que evolucionar hacia un Estado Federal más clásico, pese a que ya ostentase instrumentos federales.

Otra de las cuestiones sometidas a discusión fue si la UE podía o no tener una constitución, porque se trataba de un conjunto de Estados que atribuían

competencias a unos entes a los cuales se cedían parcelas de soberanía, entonces ¿cabría una constitución?, ¿quién tendría que elaborar esa constitución?, ¿tendría que ser una asamblea constituyente? Si repasamos la trayectoria de todos y cada uno de los Estados miembros de la UE vemos que no en todos ellos la constitución había derivado de una asamblea constituyente. Por ejemplo, nunca la hubo en Francia para elaborar la Constitución de 1958, que continúa vigente con las sucesivas reformas. Ni tampoco la hubo nunca en Alemania, cuando después de la Segunda Guerra Mundial se aprueba la Ley Fundamental de Bonn, que más tarde pasa a ser la Constitución alemana con la unificación. Entonces ¿era necesaria esa asamblea constituyente?, o, ¿el concepto de constitución puede permitir otras elaboraciones porque lo que importa es la función que desempeñe la norma y no tanto su elaboración? Por entonces los Tratados de la UE ya funcionaban como una constitución para Europa, pues distribuían competencias, organizaban instituciones, y, además, existía un Tribunal de Justicia que funcionaba como una especie de Tribunal Constitucional porque tenía que velar por la correcta aplicación de los Tratados, de la misma manera que los Tribunales Constitucionales lo hacen por la correcta aplicación de las constituciones. Había muchos elementos de los Estados miembros que teníamos en cuenta mientras preparábamos aquella constitución que queríamos para Europa y que, finalmente, acabó siendo el Tratado de Lisboa.

En el proceso de elaboración llegó un momento en que la discusión se focalizó en qué valores o principios tenían que fundamentar la existencia de la propia UE, y poco a poco aquello se fue concretando. En aquel entonces yo estaba integrada en el grupo que coordinaba Giuliano Amato dentro de la Convención para el Futuro de Europa, donde se llegó a la conclusión de que existía la necesidad de enumerar aquellos valores y delimitar cuáles eran, para más tarde, concretar para qué servían, pues la mera enumeración de aquellos se podía quedar en una entelequia que no tuviera ningún tipo de efecto. Se decidió incluir aquellos valores en el artículo 2, entre los que se encontraba el Estado de Derecho, que ya preexistía también dentro de los Estados miembros, pero ahora, lo que se haría sería vincularlo a la organización propia de la UE. Una vez incluidos los valores, el debate se centró en cuál sería la función que desempeñarían los mismos, y aquí ha de tenerse en cuenta que la elaboración de la Constitución Euro-

pea coincidió con la gran ampliación, es decir, con el fenómeno que propició que pasásemos de tener 15 a 28 Estados miembros. Se previó que aquel hito podía plantear problemas serios porque había países que venían de tradiciones jurídico políticas muy diferentes, y no todos estaban en el mismo nivel de acercamiento jurídico constitucional a lo que podía ser esa aproximación a los valores dentro de la UE. Hacía relativamente muy poco tiempo que todos los países de la Europa del Este habían comenzado a elaborar sus constituciones, y adaptar aquellas a la nueva realidad, con la premura necesaria, se veía complicado.

¿Debía asumirse que todos los países entendían lo mismo por Estado de Derecho? Finalmente se decidió que los valores, no solo el Estado de Derecho, sino todos los que se incluyeron en el artículo 2, tenían que ser asumidos por cualquier Estado que quisiera pasar a formar parte de la UE. El modo de asumir dichos valores se realizaba a través de la firma de un compromiso formal específicamente previsto para ello, pues los valores además de servir para entrar a la UE, también servirían para poder permanecer con todos los derechos dentro de ella. Así, se entendió que cuando un Estado entrase en la UE, también pasaría a formar parte de sus instituciones, y eso significaba que sus ciudadanos elegirían parlamentarios europeos, es decir, que los ciudadanos estarían representados directamente en el Parlamento Europeo; también significaba que los gobiernos de los Estados se sentarían en el Consejo Europeo y en el Consejo de la UE, en la reunión de jefes de Estado y de gobierno por una parte, y en los Consejos sectoriales de Ministros encargados de materias concretas por otra.

Todo lo cual significaba que los gobiernos de los Estados miembros estarían dentro de la UE, y reitero, formarían parte de sus instituciones. Asimismo, se decidió que habría un ejecutivo europeo, la Comisión Europea, donde ninguno de los Estados miembros podría tener más de un comisario, pero, al tiempo, todos ellos estarían representados, por eso cada Estado tiene una persona de su nacionalidad que es miembro de la Comisión Europea y, por tanto, comisario europeo.

Esto significa que hay un reparto funcional que se asemeja mucho al que existe dentro de los Estados Federales, por ejemplo, al modelo alemán. En Alemania existe un Parlamento bicameral, la primera cámara, el *Bundestag*, que

representa a la población y está elegida por la ciudadanía y, la segunda, el *Bundesrat*, que representa a los estados de la federación y son los propios estados los que nombran a sus miembros. En la UE el Parlamento europeo es elegido directamente por la población, actuando como una primera cámara de un Estado Federal, y su órgano colegislador (pues las leyes se elaboran entre el Parlamento y el Consejo), en el caso europeo el Consejo de la UE, actuaría como una suerte de segunda cámara, que funciona como una especie de Senado. Además, ahora casi toda elaboración normativa se fundamenta en la colegislación, pues se necesita un acuerdo, como en un Estado Federal con dos cámaras, una, que representa a la población, y otra, que representa a los Estados, ambas con poderes muy similares. Y luego, por otra parte, en el seno de la UE existe un ejecutivo, como en cualquier otro Estado, que es la Comisión Europea, donde sería como si cada uno de los comisarios dirigiesen un Ministerio, pero no de un Estado concreto, sino de toda la UE.

De la misma manera que en los Estados miembros, también existe un poder judicial en la UE que tiene un doble nivel, pues el juez nacional de cada Estado miembro es también juez comunitario y tiene que aplicar el derecho de la UE, y en caso de tener dudas sobre la compatibilidad del derecho nacional y el de la UE, si va a dictar sentencia firme, estará obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE donde será este último el que decidirá si el derecho interno es aplicable o es contrario al derecho de la UE, que, de ser así, tendrá que dejarse de aplicar el derecho interno. Por lo que podemos ver cómo la UE actúa de una manera, no igual, pero sí similar a la que opera internamente en los Estados a partir del planteamiento de cuestiones de constitucionalidad ante los Tribunales Constitucionales. Por lo tanto, cuando estamos pensando en un Estado de Derecho en la UE, nos hemos fijado previamente en el funcionamiento interno de los Estados, sobre todo en los Estados con una estructura compatible a la de la UE, que son los federales. Por eso decimos que la UE se ha fundado sobre un mecanismo federativo, lo cual, es un eufemismo, pues si decimos federal encontramos reacciones de asombro, pero si decimos federativo nadie pone demasiados inconvenientes.

¿Cómo se salvaguarda el Estado de Derecho en la UE? El Estado de Derecho es un valor de la UE y que los Estados se comprometen a asumirlo cuando quieren pasar a formar parte de la misma, y al mismo tiempo, a defenderlo en común porque, de lo contrario, podrá enfrentarse al procedimiento de sanción por infracción de valores del artículo 7 TUE. El procedimiento de sanción del artículo 7 TUE implica que podrá juzgarse a un Estado miembro si hay un claro riesgo de violación de alguno de los valores del Estado de Derecho a nivel interno. Este procedimiento es algo complicado y, realmente, tuvo un precedente fáctico para su articulación. Hubo un momento donde en Austria se celebraron elecciones federales con una gran complicación para formar el gobierno de la federación, pues no había ningún partido político que obtuviese por sí solo mayoría parlamentaria suficiente, ante lo cual, se recurrió al gobierno de coalición entre partidos democráticos clásicos y el Partido Liberal (FPÖ), al que solían clasificar de xenófobo y de extrema derecha, y que tenía a la cabeza a Jörg Haider, gobernador del Land de Carintia. Aquello creó ciertas alarmas a nivel europeo, pues una cosa era que aquel partido gobernase en un Land y otra cosa muy distinta era que empezase a tener puestos dentro del Consejo, o en general, dentro de las instituciones de la UE.

Pese a ello, no teníamos ninguna regulación en aquel momento, no había ningún artículo 2 que obligase a respetar al Estado de Derecho, pues se estaba en fases previas a la construcción de ese articulado. Fue entonces donde se les ocurrió a los líderes europeos adoptar una postura en que los representantes de Austria en las instituciones europeas no pudieran ejercer sus funciones, es decir, no se les dejó votar en el Consejo, el comisario austriaco se quedó sin poder hacer nada, y en el Parlamento Europeo los europarlamentarios tampoco pudieron participar y votar en las sesiones. Todo ello se realizó sin ninguna base jurídica, lo cual, era un serio problema, pues si lo que se quería era defender el Estado de Derecho, las decisiones no podían fundamentarse simplemente en la voluntad política, era necesaria una base legislativa. Al cabo de 6 meses, visto que Austria no planteó problemas importantes en las instituciones europeas, se restituyeron las funciones a sus representantes dentro de las instituciones, volviendo de nuevo a su posición originaria sin demasiadas consecuencias, pero aquello marcó un precedente muy peligroso. Y es por ello que más tarde con el Tratado

de Ámsterdam se introduce el artículo 7 TUE, no de manera tan regulada como ahora, pero sí con un procedimiento básico de infracción de valores y, por ende, del Estado de Derecho. Con la introducción del artículo 7 se articuló un procedimiento de infracción que verificase si la puesta en riesgo de alguno de los valores era importante y podía producir disfunciones y violación de derechos, en cuyo caso, con la intervención de las instituciones europeas, se le llamaría la atención al Estado miembro hasta el punto de poderle privar del ejercicio de sus funciones dentro de las instituciones.

El procedimiento del artículo 7 es muy complicado, pues en él han de intervenir todas las instituciones. El Estado puede defenderse porque, evidentemente, en un Estado de Derecho no se puede solo acusar, sino que, cualquier acusación debe poder tener como contrapartida el derecho de defensa de la persona, órgano o institución afectada. Al tener que intervenir todas esas instituciones, se ha visto tras los intentos de aplicación del artículo 7 TUE a Polonia y Hungría, que se convierte en un procedimiento poco operativo, difícil y farragoso. También se iba a aplicar en Francia por los hechos acaecidos entre 2010 y 2012, donde hubo serios y poco conocidos problemas sobre la expulsión masiva de personas de etnia gitana, nacionales de otros Estados miembros de la UE, lo cual, resultaba inaudito y ciertamente xenófobo. Además de los hechos que ocurrieron en Francia que, por cierto, fueron condenados por el TEDH, tampoco se respetaron en Rumanía algunas decisiones de la Corte Constitucional, pidiéndose también la aplicación del artículo 7 TUE. Y, como señalé, en el caso de Hungría y Polonia se intentó cuando el poder judicial se vio recientemente sometido a presiones muy fuertes por parte del ejecutivo. Pero cada vez que se ha intentado poner en marcha este mecanismo se ha visto que no funciona con eficacia.

La Comisión Europea, para intentar paliar este problema, creó a través de una Comunicación (al Parlamento europeo, a la Comisión, al Consejo de Regiones, etc.) un instrumento al que se le llamó “mecanismo preventivo” o pre-artículo 7, es decir, un instrumento pensado para activarse con el fin de no tener que llegar a aplicar el artículo 7. Se trata de un procedimiento más sencillo, pero que tampoco está funcionando del todo, y así se ha demostrado en su intento de activación a Polonia. En este procedimiento pueden intervenir órganos auxilia-

res para poder analizar mejor lo que está sucediendo, y con ello, apreciar debidamente si hay un riesgo claro de violación del Estado de Derecho. Por ejemplo, alguno de estos órganos auxiliares serían los Tribunales Constitucionales de otros Estados, la Comisión de Venecia o la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE, que podrían ser llamados a examinar el problema y a emitir una propuesta de resolución en base a ello.

En el seno del procedimiento pre-artículo 7, se emite una propuesta de resolución que más tarde se negocia con el Estado afectado para que le dé cumplimiento. Esto es lo que se ha hecho con Polonia, pero sin éxito, en relación a determinadas cuestiones conectadas al poder judicial y a su Tribunal Constitucional. La aplicación del mecanismo preventivo ha resultado un poco más eficaz que el artículo 7 TUE porque, al menos, éste es más claro, aunque no acaba de dar respuesta y, por lo tanto, se están buscando otras soluciones. La Comisión Europea ha lanzado otra propuesta para hacer un estudio, un debate entre expertos y las propias instituciones sobre cómo garantizar el Estado de Derecho en el seno de los Estados miembros de la UE. Esto quiere decir que se es consciente de la situación, de qué cosas funcionan bien y cuales funcionan mal, y eso, en una organización tan compleja como la UE supone un gran avance, pues en numerosas ocasiones la respuesta ante el conflicto ha sido correr un tupido velo sin ir más allá. Así, este mecanismo preventivo termina siempre con una recomendación a la que en teoría se le dará cumplimiento, pero que, en la práctica deja bastante que desear, al menos por el momento.

Entiendo que hay también otros riesgos en el Estado de Derecho que en este caso no solo derivan de los Estados miembros, sino del propio funcionamiento de la UE. Es curioso ver como la UE a veces no quiere regular un órgano, sino que directamente, crea un mecanismo informal, el cual, toma decisiones que son muy relevantes y afectan a los Estados miembros. Esos mecanismos informales, para mí, son un riesgo del Estado de Derecho porque no se conoce a través de qué procedimientos se funciona, cómo se toman las decisiones, quién hace las propuestas, qué efectos tiene lo que deciden, etc. Al ser mecanismos informales no encuentran una regulación y no quedan claras cuestiones indispensables, y el Estado de Derecho es imperio de la ley, es saber qué es exactamente aquello

que nos puede pasar. “La democracia es el sistema político en el cual, cuando alguien llama a tu puerta a las seis de la mañana, se sabe que es el lechero”, y si no se tiene la certeza de cómo se toman las decisiones, no se sabe si es o no es el lechero.

Ha habido riesgos importantes a este respecto, por ejemplo, en el funcionamiento del llamado Eurogrupo, que es un mecanismo informal formado por los ministros que se ocupan de economía y finanzas, con el Comisario europeo y con otros representantes de los órganos europeos. Simplemente porque ellos lo han acordado así, eligen a su presidente por mayoría y van tomando decisiones, las cuales, son sumamente importantes porque siempre prefiguran lo que después decide el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros (ECOFIN), que tiene repercusiones con respecto a las finanzas de la propia UE, los presupuestos de los Estados miembros, etc.

Hubo un conflicto muy famoso cuando el presidente Jeroen Dijsselbloem mostró una actitud muy despectiva hacia los Estados del sur de Europa, les llamó malgastadores, vividores y otros adjetivos desdeñosos, comportamiento más que inadecuado por parte del presidente de un órgano importante de la UE, pues si este mismo comportamiento lo hubiese llevado a cabo el Presidente de la Comisión Europea, inmediatamente el Parlamento Europeo le hubiera podido interponer una moción de censura, sin embargo, como el Eurogrupo es un mecanismo informal no regulado, no hay instrumento similar a la moción que pueda articularse frente a este tipo de comportamientos. De hecho, aquel acontecimiento provocó fuertes indignaciones dentro del Parlamento Europeo que, tras debatir el tema, pidió por unanimidad al Presidente del Eurogrupo que dimitiera, pero ¿dimitió?, pues no, continuó hasta que se acabó su mandato. Esto es un riesgo para el Estado de Derecho, tanto es así que, actualmente, una de las cosas que se está pidiendo a la Conferencia sobre el Futuro de Europa es que el Eurogrupo se inserte como un órgano de la UE dentro de los Tratados, que se defina cuáles son sus competencias, cómo se elige a su presidente y qué efectos pueden tener sus decisiones... En definitiva, que se inserte al Eurogrupo dentro del Estado de Derecho.

Otro problema de garantía del Estado de Derecho también se ha evidenciado en la aplicación de lo que se llama alerta temprana para el control del principio de subsidiariedad. El problema viene también de antes, pero en este caso sí existe regulación en los Tratados, que sería necesario mejorar. El principio de subsidiariedad está pensado para que en ese multinivel que existe entre Unión Europea, los Estados miembros, y dentro de estos, aquellos que tienen regiones con competencias legislativas, pueda existir un diálogo entre parlamentos cuando se va a hacer una norma. ¿Cómo se hacen las normas en la UE?: La iniciativa la tiene, salvo en casos muy concretos en los que el Tratado da competencia al Parlamento Europeo, siempre la Comisión, que es la que prepara el proyecto. Cuando la Comisión Europea prepara el proyecto, ese proyecto se envía al Parlamento Europeo y, al mismo tiempo, se envía a los gobiernos y parlamentos de los Estados miembros. Cuando se constata que los Estados tienen regiones con competencias legislativas, en el caso de las directivas, es muy frecuente que sean estas regiones quienes, normalmente en colaboración con el Estado, despliegan los efectos de las mismas. Por otra parte, cuando se trata de ejecutar una norma europea, dichas regiones casi siempre intervendrán. Así, se observa que deberá existir cierta coordinación entre la norma europea, las normas de los Estados y las normas de las regiones con competencias legislativas. Y todo esto tiene que verificarse para tener un correcto funcionamiento en la práctica.

Ya antes del Tratado de Lisboa se empezó a establecer una práctica, esta vez en el buen sentido de la palabra, consistente en que el Parlamento Europeo cediera una parte de sus espacios para que los Estados miembros pudieran estar representados con una oficina dentro del propio Parlamento Europeo, porque de esta manera, era mucho más eficaz que en el momento en que la Comisión enviara la propuesta al Parlamento Europeo, estos la distribuyeran en los Parlamentos de los Estados miembros. Pero entonces también aparecieron problemas, pues algunos Estados tenían regiones con parlamentos que ostentaban competencias legislativas, por lo que, se decidió que dentro de esa representación del Estado también estuviesen incluidas dichas regiones, y que cada Estado se organizase en tal sentido. Por ejemplo, Alemania lo hizo rápidamente porque

tiene esa tradición propia e interna en la que el *Bundesrat*, opera de forma muy efectiva con los distintos Lander.

Sin embargo, España fue el penúltimo país en incorporarse a este mecanismo, lo cual, fue un tanto vergonzoso, teniendo en cuenta que el mecanismo de alerta temprana había sido fruto de una propuesta española a la UE. El representante español que trabajó en esta propuesta fue Íñigo Méndez de Vigo, Vicepresidente de la Convención para el Futuro de Europa, que ejerció sus labores de una manera muy coordinada con las instituciones y con los Estados para configurar este instrumento de alerta temprana. Eso significaba que, cada vez que el Parlamento Europeo enviaba el texto de la propuesta de la Comisión a las representaciones de los Estados, estas representaciones tenían que trabajarlo en sus propios parlamentos, enviarlos si había parlamentos con competencias legislativas a esas cámaras y emitir un informe conjunto en un plazo de 8 semanas. Una cuestión a remarcar sobre el plazo es que, cuando quien emite el informe es un parlamento unicameral las 8 semanas son razonables y suficientes, pero, cuando nos vamos a Estados complejos donde existen cámaras legislativas regionales, si no eres Alemania, no hay manera de emitir un dictamen en tan escaso tiempo. Para ello, sería conveniente ampliarlo a cuatro semanas más. Ello es importante porque es necesario que los parlamentos que tengan que legislar posteriormente se impliquen en la elaboración de la norma, pues quizás muchos problemas desaparecerían si los parlamentos nacionales y regionales estuviesen más presentes en el proceso de elaboración de la norma europea, ya que se entendería mucho mejor qué significa esa norma o como se tendría que desarrollar a nivel interno.

¿Por qué es importante el dictamen del que hablaba?, porque cuando se elabora ese dictamen cada Estado tiene dos votos, a favor o en contra del texto propuesto por la Comisión. Esos dos votos existen por varios motivos, primero, porque podía haber parlamentos bicamerales en los que una cámara dijera una cosa y otra cámara lo contrario, como ha sucedido en ocasiones en Francia. Y, segundo, porque quizá se podrían reagrupar votos de cámaras centrales y votos de cámaras autonómicas o regionales. Así, la existencia de los dos votos facilitaría la solución en situaciones como las descritas, pues cada Estado podría orga-

nizarse como creyese conveniente. Una vez realizado el recuento de los votos emitidos, si un tercio de los mismos es contrario al proyecto de la Comisión, dicho proyecto no puede tramitarse, se devuelve a la Comisión, y, o la Comisión lo reforma y lo vuelve a enviar, o lo abandona. Por lo tanto, ahí podemos ver como hay una colaboración legislativa muy importante, que tendría que estar mejor regulada. Y esto, en definitiva, también es Estado de Derecho, pues Estado de Derecho es cómo se hacen las normas, cómo se desarrollan y, finalmente, cómo se ejecutan.

Hemos pasado por varias etapas, algunas complicadas y no exentas de conflictos, en lo que hemos llamado “El diálogo entre tribunales”. Como comentaba antes, el juez nacional es juez comunitario, juez de la UE y, por consiguiente, tiene que aplicar el derecho europeo, que tiene primacía sobre el derecho interno de los Estados. De este modo, el juez nacional, que también es comunitario, tiene que verificar si realmente existe una norma europea, y que la norma que esté aplicando no provoque problemas de malas interferencias entre la norma de la UE y la norma interna del Estado miembro. De hecho, el juez interno puede dejar de aplicar el derecho interno que crea que contradice una norma de la UE, y si tiene dudas, puede plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Los Tratados obligan a que si las partes lo piden cuando se va a dictar sentencia firme, se tiene que obligatoriamente plantear dicha cuestión prejudicial, porque, en principio, esa cuestión puede ser planteada al TJUE de oficio por parte del propio juez o si las partes lo piden. Situándonos en este último caso, las partes tendrán que argumentar de forma suficiente la necesidad de presentación de la cuestión prejudicial, siendo en última instancia el juez, el que decida si es pertinente presentarla o no. Los Tratados dicen que, si se trata de un momento procesal en el que se va a dictar sentencia firme, es obligatoria la presentación de la cuestión prejudicial porque no se puede dejar firme una sentencia que sea contraria al derecho de la UE y, por lo tanto, hay que elevar esa cuestión prejudicial al TJUE para que emita una opinión al respecto.

En el marco de la UE ha costado mucho tiempo modificar las leyes de procedimiento para adecuarlas a este diálogo dadas las resistencias internas. En España, y aunque ahora esta práctica se ha extendido más, hubo un tiempo en

que solo presentaba cuestiones prejudiciales un juez de Galicia. Y esto no solo es aplicable al planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE, sino a otros aspectos como la enseñanza en las facultades de derecho españolas, lo cual es algo que afecta a la responsabilidad de España. Ha costado mucho normalizar la enseñanza del derecho de la UE en las facultades, pero también en la escuela judicial e incluso en la formación continua de los jueces. No se le ha dado la importancia debida a esta materia, y como consecuencia, ha habido universidades en las que hace pocos años la enseñanza de la asignatura de Derecho de la UE no era obligatoria, pues se asumía que quedaba integrada dentro de cada una de las disciplinas que se impartían.

Sin embargo, en las asignaturas que se impartían no terminaba de integrarse el contenido del derecho de la UE, y no era raro salir de la facultad no sabiendo nada sobre la regulación comunitaria y sus procedimientos de articulación. Todo lo cual, ha tenido graves consecuencias para el pilar europeo de libertad, seguridad y justicia, y ha dificultado la cohesión en el espacio europeo, donde quizás por desconocimiento de todo lo anterior hay resistencias al reconocimiento de resoluciones judiciales entre Estados miembros. Y en la UE, para que el Estado de Derecho funcione, tenemos que partir del principio de confianza judicial, es decir, que aquello que se resuelva en un Estado miembro, pueda ser integrado también en la práctica de los demás Estados miembros.

Estamos avanzando, pero cuesta mucho, sobre todo en aspectos tan complejos como el diálogo entre tribunales. La existencia de 27 Estados miembros hace difícil un funcionamiento coordinado entre todos ellos. Por ejemplo, fijémonos en el problema español con la aplicación de la euroorden, y la problemática suscitada con Bélgica y ese estado alemán-danés, que no reconocen la euroorden emitida por el Tribunal Supremo Español sobre personas huidas que habían infringido gravemente el Estado de Derecho en Cataluña. Precisamente, en estos momentos está pendiente una cuestión prejudicial interpretativa interpuesta por parte del Juez Llarena ante el TJUE sobre la cuestión de la euroorden, que permita dilucidar si finalmente los tribunales de estos Estados miembros de la UE han actuado de manera correcta o no, al no reconocer lo que determinó el sistema judicial español.

Todo esto nos hace reflexionar sobre el hecho de que el Estado de Derecho tiene que ser eficaz, tiene que funcionar, tiene también que cumplirse a partir de las resoluciones judiciales. Por ejemplo, en el caso de Cataluña hubo muchas resoluciones judiciales que fueron y están siendo incumplidas, porque el problema continúa existiendo, sobre todo en el tema de la educación y enseñanza donde está más focalizado el incumplimiento de sentencias ahora, y de ahí el problema con el incumplimiento de las resoluciones del Tribunal Constitucional suspendiendo determinados actos realizados por la Generalitat de Cataluña. Ese incumplimiento del Estado de Derecho tiene que tener sus consecuencias, no se puede dejar que se incumplan sistemáticamente las reglas de garantía porque en el fondo lo que supone es una violación de derechos de la ciudadanía. No es ya un problema entre instituciones, es un problema de violación de derechos de los propios ciudadanos y, por consiguiente, es necesario que todos estos mecanismos de prevención y resolución de conflictos funcionen, tanto a nivel interno en los Estados miembros, como también ante la propia UE. Porque si quebramos también el principio de confianza, ¿qué nos va a quedar a la ciudadanía frente a todos los problemas? De ahí que sea importante ser conscientes de cómo se utiliza ese valor de Estado de Derecho en la UE y en los Estados miembros.

SEMINARIO PERMANENTE DE ACTUALIDAD LABORAL 2021:
CICLOS DE PRIMAVERA Y OTOÑO

(Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)

PERMANENT SEMINAR ON CURRENT EMPLOYMENT ISSUES 2021:

SPRING AND AUTUMN CYCLES

(Area of Labour and Social Security Law)

CARMEN SOLÍS PRIETO³

Durante el año 2021, tres han sido los ciclos de conferencias organizados en el seno del Seminario Permanente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura. Como viene siendo ya habitual desde el año 2014, el grupo de investigación hoy denominado “Derecho, Mercado y Sociedad” de la Universidad de Extremadura, gracias a la financiación concedida por la Consejería de Economía, Ciencia y Agenda Digital de la Junta de Extremadura y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, celebró sus tradicionales seminarios y coloquios en torno a las principales cuestiones que, durante el último año, han destacado en el panorama iuslaboralista tanto a nivel normativo como jurisprudencial. Así, bajo la dirección de los Dres. Ángel Arias Domínguez, Francisco Javier Hierro Hierro y Francisco Rubio Sánchez y la coordinación de la Dra. Carlota Ruiz González, entre los días 23 de febrero y 26 de abril de 2021 se sucedió el nutrido programa de conferencias encuadradas en el ciclo de primavera, desarrollándose el ciclo de otoño entre el 22 de septiembre y el 25 de octubre de 2021. Si bien el deseo de la organización era retomar durante este año la tradicional celebración presencial de las jornadas en la Facultad de Derecho y en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de nuestra Uni-

³ Profesora Contratada Doctora del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

versidad, las necesarias cautelas derivadas de la aún complicada situación sanitaria hicieron recomendable continuar con el uso de las nuevas tecnologías para desarrollarlas a través de la plataforma Zoom. Ello ha permitido no sólo una mayor participación en las mismas pues, además de nuestros alumnos, también se han sumado otros operadores jurídicos interesados en la temática tratada en las distintas sesiones monográficas, sino que también ha favorecido el hecho de poder contar con excelentes ponentes de reconocido prestigio en el campo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a los que con anterioridad la distancia y la tiranía de la agenda les habían impedido acompañarnos por tierras extremeñas.

Este año, las sesiones del seminario han girado en torno a cuatro grandes líneas temáticas: 1) impacto de la implantación de tecnologías digitales en el ámbito productivo; 2) eficacia de los convenios colectivos en perspectiva comparada; 3) sostenibilidad y suficiencia del sistema de pensiones de la Seguridad Social y 4) enfoque práctico de cuestiones de relevancia sociolaboral. Todas ellas, sin excepción, ocupan en la actualidad un lugar destacado en las investigaciones de nuestra área de conocimiento.

El primer eje sobre el que se centró el contenido de las sesiones del seminario toma en consideración el impacto en el ámbito laboral de la implantación de medidas basadas en la digitalización, la inteligencia artificial, la automatización, la robotización y la conectividad permanente.

La Dra. Pilar Rivas Vallejo, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona, con una intervención de corte introductorio, nos invitó a reflexionar sobre el uso de la inteligencia artificial en el ámbito laboral y el impacto de la irrupción de la misma tanto en los procesos productivos como en los modelos de negocio, lo que supone un auténtico reto tanto para el ordenamiento laboral como para las tradicionales categorías sobre las que el mismo se fundamenta y construye.

Dicha ponencia se vio complementada por la dictada por la Dra. María Luisa Pérez Guerrero, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva, quien centró el foco de atención en la eventual discriminación que pueden sufrir los trabajadores a consecuencia de la

introducción del uso de algoritmos en la toma de decisiones organizativas por parte de los empresarios, destacando el perverso círculo al que nos pueden conducir los sesgos introducidos de forma más o menos consciente en el diseño del código fuente de un algoritmo.

Descendiendo a un supuesto concreto en que se hace uso de los algoritmos para la ordenación de la actividad productiva, la Dra. Lourdes Mella Méndez, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela, abordó la nueva regulación aprobada en torno a la prestación de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

Más allá del fenómeno de la irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito productivo, el Dr. Daniel Toscani Giménez, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, dedicó sus reflexiones al control empresarial de la prestación laboral llevado a cabo a través de medios tecnológicos (videocámaras, GPS...) y su difícil equilibrio con el respeto al derecho a la intimidad de los trabajadores.

Teniendo en cuenta el auge del trabajo a distancia durante el confinamiento y su nueva regulación de carácter general que viene a dar cobertura a la inexorable transformación que el avance de la revolución digital ha impuesto en el campo de las relaciones laborales, no podía faltar en esta materia una ponencia dedicada al teletrabajo, en tanto trabajo a distancia que se desarrolla mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación. Desde un novedoso enfoque, la intervención la Dra. Margarita Miñarro Yanini, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Jaume I, analizó el fenómeno del teletrabajo desde una perspectiva que podríamos denominar “verde”, haciendo un especial hincapié en la huella ecológica de la digitalización.

Desde otro punto de vista, como el trabajo a distancia no lo es todo en la época en la que nos ha tocado vivir, la Dra. Ana Isabel Pérez Campos, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos, nos hizo reflexionar sobre los retos y oportunidades de la movilidad

internacional de trabajadores, circunstancia tan favorecida por los nuevos escenarios de desarrollo de la prestación laboral.

El siempre clásico tema de la eficacia de los convenios colectivos fue la cuestión que centró la segunda materia de estudio. Desde una perspectiva comparada, el Dr. Juan Pablo Maldonado Montoya, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad San Pablo CEU, y el Dr. Antonello Olivieri, Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Foggia (Italia), nos ilustraron sobre las diferencias que, respectivamente, presentan la regulación española e italiana, que no extiende la eficacia *erga omnes* al convenio colectivo sectorial nacional. A su vez, se trató ampliamente la incidencia del caso Fiat sobre la estructura de la negociación colectiva en Italia.

El tercer bloque temático analizado en las sesiones del seminario se dedicó a la sostenibilidad y suficiencia de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, abordándose principalmente el debate desde el marco constitucional del mismo. La actualidad y el interés del tema se reflejan, por ejemplo, en las polémicas declaraciones cruzadas entre la Ministra de Trabajo y Economía Social (Yolanda Díaz) y el Ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (José Luis Escrivá) sobre la conveniencia de la opción de prolongar la vida laboral activa más allá de la edad legal de jubilación. Se pone así de manifiesto que el envejecimiento de la población activa y su incidencia sobre el sistema de pensiones constituye un tema siempre controvertido.

Sobre la cuestión resultó sumamente ilustrativa la ponencia del Dr. Francisco Vila Tierno, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga y Magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, quien hizo una presentación sobre la eventual reforma de la normativa reguladora de las pensiones en un sistema de reparto como el nuestro, centrando el foco del debate tanto en la sostenibilidad del propio sistema como en la incidencia de la tendencia reformista dirigida a reducir gastos sobre la suficiencia de las pensiones.

Al hilo de esta intervención cabe señalar la mesa redonda monográfica sobre las propuestas para la reforma del sistema de protección social, en la que contamos con la participación del Dr. Francisco Javier Hierro Hierro, Catedrático

tico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura; la Dra. Camino Ortiz de Solórzano Aurusa, Profesora Titular interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos; el Dr. Miguel Gutiérrez Pérez, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura, y el Dr. D. Sergio González García, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos. Cada uno de ellos centró su análisis en la necesidad de reforma de las diversas prestaciones existentes, como es el caso de las prestaciones de muerte y supervivencia, donde se reclama la adaptación de las mismas, principalmente en el caso de la viudedad, a las nuevas realidades familiares existentes.

A una de las concretas y recientes reformas aprobadas en materia de prestaciones, la implementación del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, se dedicó la ponencia impartida por el Dr. Juan Ignacio Del Valle de Joz, Letrado jefe de la Unidad de Asesoramiento Jurídico en la Dirección del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social y Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Por su parte, el Dr. Guillermo Rodríguez Iniesta, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia y Magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, centró su exposición en la implementación de las recomendaciones del Pacto de Toledo, que han de concretarse en medidas tendentes a mejorar y modernizar nuestro sistema de pensiones, preservando siempre la sostenibilidad del mismo.

Esta última ponencia se complementa con la extraordinaria exposición realizada por D. Ignacio Gutiérrez Casillas, Letrado de las Cortes Generales y de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, quien de primera mano nos ofreció una panorámica del Pacto de Toledo desde dentro, resaltando tanto los principales focos de fricción y debate como los acuerdos alcanzados al respecto.

El cuarto bloque temático aglutina una serie de cuestiones de relevancia práctica en materia sociolaboral analizadas desde un punto de vista eminentemente práctico.

En las sesiones del seminario a ellas dedicadas se analizó la importancia de la mediación, conferencia que corrió a cargo de D^a. María Isabel Acero Blanco, quien, como mediadora civil y mercantil y abogada, nos expuso de primera mano las ventajas de esta vía de solución extrajudicial de conflictos.

A su vez, D^a. Candelaria Carrera Asturiano, Secretaria General de ATA-Extremadura, nos ilustró sobre las últimas reformas sobre el trabajo autónomo, subrayando la oportunidad e incidencia de las mismas sobre este modo de desarrollar actividades de carácter profesional.

Poniendo fin a esta reseña, permítasenos dar las gracias a todos los ponentes y asistentes a las sesiones del seminario permanente de este año pues la extraordinaria acogida del mismo nos impulsa para la puesta en marcha de su edición del año 2022, a la que desde ya os emplazamos para seguir debatiendo sobre materias laborales.

PRESENTACIÓN DEL LIBRO *TERRITORIO Y ACCESO A LA JUSTICIA*
EN EL POSCONFLICTO COLOMBIANO, DEL PROFESOR
MARCOS CRIADO DE DIEGO

(Área de Derecho Constitucional)

LAUNCH CEREMONY OF THE BOOK: TERRITORY AND ACCESS
TO JUSTICE IN THE COLOMBIAN POST-CONFLICT,
BY PROFESSOR MARCOS CRIADO DE DIEGO

(Area of Constitutional Law)

LORENA CHANO REGAÑA⁴

La obra *Territorio y acceso a la justicia en el posconflicto colombiano*⁵, del Dr. Marcos Criado de Diego, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Extremadura (UEX), fue presentada formalmente el pasado jueves 20 de mayo de 2021 en la Ciudad Monumental de Cáceres.

El libro, editado por la Universidad Externado de Colombia, recoge un estudio sobre la conflictividad y los mecanismos de resolución de conflictos en las zonas rurales de Guapi, Cauca, a través de un trabajo de campo muy exhaustivo financiado por el “Programa Estado de Derecho para América Latina” de la Fundación Konrad Adenauer-Stiftung (KAS) y por la Fundación Activos Culturales Afro (ACUA).

La presentación tuvo lugar en el marco del Seminario “Justicia y territorio en el proceso de paz en Colombia”, actividad organizada por el Área de Derecho Constitucional de la UEX con la colaboración del Grupo de Investigación Fiscalitas&Iuris. El seminario se enmarca en el análisis jurídico de los retos del dere-

4 Profesora del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

5 Acceso al libro: <https://publicaciones.uexternado.edu.co/media/pageflip/acceso-abierto/pdf/territorio-y-acceso-a-la-justicia.pdf>

cho constitucional iberoamericano y, más concretamente, en la realidad del proceso de paz en Colombia. En esta línea, y como resultado de la colaboración entre la UEx (España) y la Universidad Externado de Colombia, se han venido organizando asiduamente actividades que abordan la problemática del proceso de paz y del postconflicto en Colombia bajo la coordinación del profesor Marcos Criado de Diego. En esta ocasión se presentó un Seminario sobre los resultados de la investigación en la línea de acceso a la justicia en el territorio rural colombiano.

El acceso a la justicia de forma efectiva y en condiciones mínimas de igualdad debe estar garantizado por todo Estado de derecho. Sin embargo, sucede que, en territorios rurales y periféricos del Estado colombiano, la línea de lo estatal se desdibuja, pierde eficacia y sucumbe ante la pugna de los diversos órdenes sociales que configuran las comunidades de vida de determinados territorios. A esto hay que sumar las peculiaridades de las demandas de justicia según la propia idiosincrasia de la zona. Así, el enfoque territorial cobra especial relevancia en la investigación y en la obra, sobre todo en el reconocimiento de las singularidades y de los sistemas internos de resolución de conflictos de las comunidades negras del Pacífico colombiano, a las que se llega a partir de un exhaustivo estudio de campo.

El Seminario fue inaugurado por D. David Santos Holguín, Concejal del Ayuntamiento de Cáceres. El político, formado en la UEx y condecorado de la labor investigadora de Dr. Criado de Diego, tuvo unas palabras entrañables para quien un día lo formó en Derecho Constitucional y hoy día acerca la realidad extremeña a los problemas constitucionales latinoamericanos y, en especial, a la situación del proceso de paz y del posconflicto en Colombia.

El análisis detallado de la obra corrió a cargo de la Dra. Erika M. Rodríguez Pinzón, Investigadora del Instituto Complutense de Estudios Internacionales (ICEI) de la Universidad Complutense de Madrid y Coordinadora de América Latina en la Fundación Alternativas. La doctora en Sociología presentó una conferencia magistral en torno al contenido de la obra, alabando la metodología y el enfoque territorial de la investigación. En palabras de la conferenciante, más allá del estudio de campo y de la presentación de resultados específicos sobre

las demandas de acceso a la justicia y las condiciones y circunstancias en las que éstas se ejercen y resuelven, la obra se convierte en todo un referente para estudios territoriales, al establecer un marco teórico y metodológico novedoso y referencial en el abordaje de problemas jurídicos vinculados al territorio. A esto habría que añadir la trascendencia de la investigación a nivel sociológico, pues la aplicación del enfoque territorial al análisis jurídico contribuye al conocimiento y estructura de la sociedad. De este modo, arroja resultados significativos también en el campo de la sociología. Lo atrayente del proyecto es que no se circunscribe a una teoría general y abstracta de la sociedad, sino que se acota en una comunidad de vida concreta: las zonas rurales fluviales del municipio de Guapi.

Como tuvo ocasión de puntualizar la Dra. Marie-Christine Fuchs, Directora del “Programa Estado de Derecho para América Latina” de la Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung (KAS), entidad financiadora de la investigación, Guapi se reveló como un lugar idóneo para servir de muestra a este estudio por diversas razones. En la zona convergen una serie de particularidades que la hacen significativamente interesante. En primer lugar, se trata de una zona periférica, eminentemente rural, que escapa al poder de la fuerza institucional del Estado, y en la que existen distintos órdenes sociales derivados de la concurrencia de distintos grupos armados, los cuales poseen, además, ideologías dispares. En segundo lugar, geográficamente es una localización estratégica a nivel de producción de recursos naturales, legales e ilegales y del narcotráfico.

Por último, cabe decir que es un lugar habitado por afrodescendientes que tienen sus propios mecanismos de resolución de conflictos y su propia jurisdicción no reconocida dentro del pluralismo jurídico colombiano. Estas fórmulas consuetudinarias y tradicionales son propias de la comunidad afrodescendiente ligada al territorio y constituyen un sistema que, de alguna forma, hay que ubicar en el modelo de protección y acceso a la justicia del estado. Estos mecanismos perviven con no pocas amenazas e inconvenientes por los propios factores que convergen en el territorio y por las consecuencias y efectos del posconflicto.

La contextualización del territorio y de la investigación que realizó la Dra. Fuchs fue complementada por el Dr. David Soto Uribe, profesor de la Facultad

de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia y Director de la Fundación Activos Culturales Afro (ACUA), quien valoró muy positivamente la investigación desde la perspectiva de la necesidad de inversión y desarrollo en las comunidades negras del Pacífico colombiano. La deuda del Estado con estas comunidades de vida, con su historia y con su tradición las hace un sujeto de estudio especialmente interesante para visibilizar desde su vulnerabilidad el pluralismo jurídico de América Latina. Las dinámicas y mecanismos de resolución de conflictos de los grupos humanos que ocupan las áreas rurales del país, más allá de los indígenas, deben conocerse y documentarse para poder ser respetadas y acomodadas dentro de los retos del Estado de derecho y de la construcción de la paz en el pleno respeto a los territorios y a las comunidades y colectividades que los habitan. En este sentido, el Dr. Soto aplaudió la labor del equipo de investigación capitaneado por el Dr. Marcos Criado y el importante aporte académico, jurídico y sociológico que supone la obra presentada en estas líneas.

Por su parte, el Dr. Juan Carlos Moreno Piñero, Director de la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste, centró su intervención en la importancia de las relaciones entre Europa y América Latina y el impacto de la obra en este contexto, como instrumento de aproximación a la realidad jurídica y social del continente latinoamericano. En estas relaciones de hermandad entre países es fundamental comprender y aproximarse a las necesidades y problemáticas de uno y otro estado. En este sentido, la labor de investigación del Dr. Marcos Criado en el marco del convenio de colaboración entre la UEx y la Universidad Externado de Colombia, siempre ha sido de un valor incalculable en el contexto académico, regalándonos foros de debate y discusión que se han ganado un espacio propio y merecido en la Academia, en la Universidad de Extremadura e, incluso, en la agenda cultural de la ciudad, como reflejó la prensa y los medios locales y regionales.

Por último, intervino el Dr. Marcos Criado de Diego para agradecer humildemente a todas las personas y entidades que hicieron posible la investigación, la publicación del libro y la presentación de la obra.

A continuación, y bajo la moderación de la profesora de Derecho Constitucional de la UEx y Directora del Seminario, D^a Lorena Chano Regaña, el Dr. Marcos Criado de Diego y el resto de ponentes tomaron la palabra para responder a las inquietudes y dudas planteadas por el público, en lo que podría calificarse en primer término como un interesante debate sobre la investigación. Y, después, sobre la situación actual de Colombia y las necesidades sociales plasmadas en las diversas protestas ciudadanas. Tampoco faltó quien se interesó por las futuras líneas de investigación del profesor y por sus nuevos proyectos académicos. El interés de la audiencia quedó patente en las preguntas y reflexiones expuestas y en la asistencia de representantes de diversas asociaciones colombianas radicadas en la ciudad de Cáceres y en Extremadura, como es, por ejemplo, la Plataforma Extremeña de Solidaridad con Colombia.

Finalmente, la clausura del acto corrió de la cuenta de la Directora del Seminario, D^a Lorena Chano Regaña, quien ejerció también de maestra de ceremonias y conductora del evento.

**CURSO LAS RELACIONES UNIÓN EUROPA - AMÉRICA LATINA Y EL
CARIBE: UNA AGENDA RENOVADA Y UN PROGRAMA PARA LA
RECUPERACIÓN DE LOS ODS**

(Área de Derecho Constitucional)

**COURSE THE EUROPEAN UNION - LATIN AMERICA AND THE
CARIBBEAN RELATIONS: A RENEWED AGENDA AND A PROGRAM
FOR THE RECOVERY OF THE SDG**

(Area of Constitutional Law)

LORENA CHANO REGAÑA⁶

Entre las actividades del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura (UEX) destaca la realización del curso de verano dedicado a las relaciones entre la Unión Europea (UE) y América Latina y Caribe (LAC), que se celebra en el marco del “Programa Campus Yuste”. “Campus Yuste” es el nombre que recibe el conjunto de actividades formativas de carácter internacional ofertadas por la Fundación Academia Europea e Iberoamericana de Yuste (en adelante, FAEIY) destinadas al profesorado, personal de investigación, profesionales y alumnado de diferentes países de Europa y LAC. Se trata de un foro de debate y diálogo donde se fomenta la reflexión y el espíritu crítico a través de la puesta en común de conocimientos, investigaciones y realidades sociales en un marco de excepción como es el Real Monasterio de San Jerónimo de Yuste (Cáceres).

En esta ocasión el curso se celebró bajo el título “Las relaciones Unión Europa - América Latina y el Caribe: una agenda renovada y un programa para la recuperación de los ODS” y, excepcionalmente y debido a la coyuntura de la

⁶ Profesora del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

emergencia sanitaria de la Covid-19, se desarrolló en formato virtual⁷ durante los días 19 a 23 de julio de 2021.

La organización del evento corrió a cargo de la FAEIY, en colaboración con la Fundación Internacional Unión Europea, América Latina y el Caribe (Fundación EU-LAC) en colaboración con la UEx (a través del Área de Derecho Constitucional), la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB), la Fundación Euroamérica y la Conferencia sobre el Futuro de Europa.

El curso fue dirigido por doña Rebeca Grynspan Mayufis, Secretaria General Iberoamericana y don Adrián Bonilla, Director Ejecutivo de la Fundación EU-LAC. El Secretariado del curso fue desempeñado por la constitucionalista de la UEx, doña Lorena Chano Regaña; y, por don Miguel Ángel Martín Ramos, Delegado en Bruselas y responsable de asuntos europeos de la FAEIY.

La inauguración tuvo lugar la tarde del lunes 19 de julio de 2021 por don Adrián Bonilla y por doña Rebeca Grynspan Mayufis, Director y Directora del curso; don Antonio Hidalgo García, Rector de la UEx y Vicepresidente Segundo del Patronato de la FAEIY y don Guillermo Fernández Vara, Presidente de la Junta de Extremadura y Presidente del Patronato de la misma Fundación. La actividad tuvo una gran acogida contando con una audiencia multitudinaria que alcanzó quinientas inscripciones a ambos lados del Atlántico. El formato online contribuyó a facilitar el acceso a la actividad de personas de todo el mundo.

El curso analiza los problemas económicos, sociales y políticos de LAC desde una perspectiva global con el objetivo de reflexionar sobre las posibilidades de recuperación en el marco de la Agenda 2030 y de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). El contexto de análisis es la realidad social del momento actual en el que los países de todo el mundo (pero, especialmente aquellos que se encuentran en vías de desarrollo) luchan por recuperarse social y económicamente de los estragos de la pandemia que sacude al planeta. La emergencia sanitaria de la Covid-19 y las medidas adoptadas por los gobiernos estatales para

7 Disponible para su visionado como parte de la videoteca y fondo documental de la FAEIY en el canal de YouTube – FAEIY, de libre acceso. <https://www.youtube.com/channel/UCUYKRDOh1TazGYed3zKrtHA>

contener el virus han agudizado algunos problemas estructurales como la desigualdad, la discriminación, la inequidad, las violencias, el déficit democrático o la desconfianza en las instituciones. El curso aborda todas estas problemáticas y establece un diálogo a partir de la reflexión sobre sus posibles soluciones, a la vez que ahonda en las relaciones multilaterales y en el principio de cooperación y de solidaridad entre estados y regiones. Y, todo ello, teniendo en cuenta los desafíos a los que se enfrentan las democracias contemporáneas, como son la inequidad, el cambio climático a causa del calentamiento global, el desarrollo digital y la investigación científica y técnica.

El curso se estructura en cinco bloques temáticos:

El Bloque I, “La pandemia: sus efectos sanitarios y socioeconómicos”, comienza por perfilar el contexto y la realidad pandémica de los distintos territorios. Para ello, y tras una breve introducción por parte de doña Rebeca Grynspan Mayufis, don Luis Felipe López Calva, Director Regional para LAC del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) dicta la ponencia principal del primer panel sobre “La economía política de la pandemia: recesión global, deuda, efectos en políticas sociales y públicas de las dos regiones”, que comentan don Sebastián Rovira, Oficial de Asuntos Económicos de la CEPAL y doña Marcela Meléndez, Economista Jefa para LAC del PNUD. El segundo panel se dedica a las “Vacunas y sistemas de salud”, con la ponencia de don Javi López y don Óscar Darío Pérez Pineda, Copresidentes de la Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana, y los comentarios de doña Leire Pajín Iraola, Presidenta de la Fundación EU-LAC y de doña Erika Ruiz Sandoval, Profesora del Centro de Investigación y Docencia Económicas de la División de Estudios Internacionales en México (CIDE).

El Bloque II, titulado “Democracia, Derechos Humanos y renovación del contrato social”, realiza una aproximación a los problemas de las democracias en la UE y LAC a raíz de la emergencia sanitaria, reflexionando sobre el detrimento de la calidad democrática y las posibilidades de regeneración. El tema se introduce por la profesora de Derecho Constitucional (UEX), doña Lorena Chano Regaña, y se desdobra en dos paneles: uno, sobre “Los retos de la democracia y el estado de derecho”, a cargo de doña Erica Ruiz Sandoval, profesora

del CIDE, y comentado por don Christian Viera Álvarez, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso (Chile), aportando su perspectiva del proceso constituyente chileno; y por doña Mirtha Patricia Linares Prieto, Magistrada de la Sección de Apelación de la Jurisdicción especial para la Paz (Colombia), desde la perspectiva de construcción de paz y regeneración democrática en lugares de conflicto. Otro, sobre “Inequidad, populismos y protestas sociales”, a cargo de don Luis Guillermo Solís Rivera, Director y Profesor del Kimberly Green Latin American and Caribbean Center y Expresidente de Costa Rica. Participan como comentaristas don Luis Armando Tolosa Villabona, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (perspectiva jurisdiccional de las protestas y movimientos sociales latinoamericanos ante la inequidad y la desigualdad) y doña Alicia Lissidini, profesora en la Escuela de Política y Gobierno de la Universidad Nacional de San Martín en Argentina (perspectiva socio-política de las protestas y movimientos sociales en LAC ante la inequidad y desigualdad).

El Bloque III, titulado “El multilateralismo, relaciones internacionales y tejido social bi-regional como instrumento para la gobernanza de la globalización”, fue introducido por don Adrián Bonilla y seguido del panel “El efecto Covid en la gobernanza global de la salud y la gobernanza y relaciones UE-CELAC”, con ponencia de don Rodrigo Alberto Carazo, Embajador de Costa Rica ante la ONU; y, comentarios de doña Ana Sojo, Consultora independiente, y don Alberto van Klaveren Stork, Director de la Unidad Académica de Relaciones Jurídicas y Económicas internacionales de la Universidad de Chile. El segundo panel acogió la ponencia de doña Claudia Gintersdorfer, Jefa de la División de Asuntos Regionales de las Américas (Servicio Europeo de Acción Exterior) sobre “La agenda estratégica de la relación UE-LAC ante las dinámicas centrales, economías globales emergentes”, comentada por don Rogelio Granguillhome Morfín, Embajador de México en Alemania y Presidente pro tempore CEPAL.

El Bloque IV, introducido por don Ramón Jáuregui Atondo, Presidente de la Fundación Euroamérica, se centró en el “Desarrollo económico e integración regional. La unión supranacional como requisito de presencia geopolítica”. En él, don Vinicio Cerezo, Secretario General del Sistema de Integración Centroa-

americana, habló de “Alianzas para la recuperación. La construcción de mercados regionales y bi-regionales que integren economías de desarrollo sostenible”, recibiendo la retroalimentación de doña Susanne Gratius, Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid. Por su parte, doña Inmaculada Rodríguez-Piñero Fernández, Diputada al Parlamento Europeo y Presidenta de la Delegación en la Comisión Parlamentaria Mixta UE-Chile, nos habló del “Marco de relaciones y los acuerdos de asociación de la UE en LAC”, ponencia comentada por Antonio Romero Gómez, Decano de la Facultad de Economía de la Universidad de La Habana (Cuba).

El Bloque V, titulado “América Latina y Europa ante las oportunidades de un mundo en cambio. Las disrupciones digital y ecológica en el eje de la revolución tecnológica”, contó con un primer panel dedicado a “La disrupción digital”, con las intervenciones de don Carlos López Blanco, Presidente de la Comisión de Economía Digital de la Cámara de Comercio Internacional y don Pablo Bello, Directivo de WhatsApp en Brasil. Y, con un segundo panel sobre “La disrupción ecológica en LAC”, con la participación de don Rolando Castro-Córdoba, Ministro en funciones y Viceministro de Energía y Calidad Ambiental de Costa Rica, y doña Yolanda García Mezquita, Jefa de unidad en la Dirección de Estrategia y Coordinación de la Política Energética Europea (Comisión Europea). La introducción corrió de la mano de don Antoni Gutiérrez Rubí, CEO de la Consultoría IDEOGRAMA.

Por último, la clausura correspondió a doña Anna Barrera Vivero, Coordinadora de Programa Sénior de la Fundación EU-LAC y a don Juan Carlos Moreno Piñero, Director de la FAEIY, quienes ofrecieron un resumen sintético y una reflexión crítica a modo de conclusión sobre las discusiones y debates mantenidos durante el curso.

CURSO INTERNACIONAL DE OTOÑO DE LA UNIVERSIDAD DE
EXTREMADURA: *EL ROL DE LA POLICÍA DURANTE LA PANDEMIA*

(Área de Derecho Penal y Área de Derecho Administrativo)

UNIVERSITY OF EXTREMADURA INTERNATIONAL AUTUMN COURSE:
THE ROLE OF THE POLICE DURING THE PANDEMIC

(Criminal Law Area and Administrative Law Area)

JORDI ORTIZ GARCÍA⁸

JUAN ANTONIO PAVÓN PÉREZ⁹

El Curso Internacional de Otoño de la Universidad de Extremadura *El Rol de la Policía* durante la pandemia se celebró en la ciudad de Cáceres entre los días 23 y 24 de septiembre de 2021, bajo la dirección académica del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho. Este curso forma parte de la vigésimo segunda edición de Curso Internacionales de verano/otoño de la Universidad de Extremadura. Estos cursos están concebidos como un foro de conocimiento en el que la participación el debate y la reflexión de los universitarios, profesionales y público interesado posibilitan el intercambio de ideas en aras de una mayor riqueza intelectual. Sus contenidos pluridisciplinarios permiten el análisis de temas de actualidad, de demanda social y de campos específicos del saber. Complementan así las disciplinas universitarias y fomentan la preparación cultural.

El curso de *El rol de la policía* durante la pandemia ha tenido como principales objetivos: Desafíos y oportunidades que ha supuesto la Covid-19 en el ámbito de la seguridad urbana y rural, nuevas herramientas aplicadas al control de la seguridad durante la pandemia, el ocio nocturno durante la desescalada, la

8 Profesor del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.
9 Profesor del Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

labor policial durante la pandemia, los efectos psicosociales en el personal de las fuerzas y cuerpos de seguridad, la gestión en el ámbito de la seguridad con la ciudadanía durante la pandemia, la colaboración transfronteriza entre España y Portugal durante la pandemia y la gestión de la seguridad durante la pandemia en países de nuestro entorno.

Este curso ha contado con la colaboración de numerosas entidades públicas y privadas. 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 específicos para las policías locales de Extremadura. Esta colaboración ha permitido que agentes de distintas policías locales de esta región participe y asistan a este Curso Internacional de la Universidad de Extremadura. Además, este encuentro ha logrado juntar alumnado del Grado de Criminología de la Universidad de Extremadura, miembros de otras policías nacionales e internacionales y policías locales de Extremadura, consiguiendo un vínculo entre lo académico y profesional necesario en la formación personal y académica del alumnado del Grado de Criminología de la Universidad de Extremadura. No podemos obviar que el alumnado del grado en Criminología tiene en el horizonte una salida profesional orientada a esta profesión.

Respecto a la justificación de la temática del curso, no podemos olvidar el papel que ha jugado las fuerzas y cuerpos de seguridad durante la pandemia. La COVID – 19 y el largo confinamiento decretado por el estado de alarma ha provocado problemas de convivencia y restricciones de derechos en la ciudadanía. Una situación que ha hecho que el papel de las policías sea fundamental en la gestión de estos conflictos y del cumplimiento normativo para la gestión de los espacios públicos o de las relaciones sociales durante la pandemia. Por este motivo, el Curso fue creado como un foro para la reflexión y el debate entre los distintos cuerpos policiales y entidades implicadas en la gestión de la seguridad durante este periodo tan convulso de nuestra vida. Conocer los modelos de control en la población en el entorno urbano y rural, la relación entre la administración y la población, la adaptación de las herramientas policiales para afrontar esta situación, la actuación de las policías con grupos vulnerables o el control de

los espacios públicos durante la noche o la colaboración con otros servicios (seguridad privada o sanitarios) para cumplimiento de las reglas sanitarias demuestran la necesidad de este encuentro. Un curso que se ha convertido en una herramienta identificar los retos futuros compartidos entre las distintas fuerzas policiales.

En cuanto a la programación, junto a la dirección del área de derecho penal, debemos destacar la codirección del profesor de Derecho administrativo de la Universidad de Extremadura, D. Juan Antonio Pavón Pérez. El curso ha contado con un diseño interdisciplinar que ha permitido la participación de profesorado de distintas universidades españolas, junto a personas expertas nacionales e internacionales que mostraron el papel de las fuerzas y cuerpos de seguridad durante este primer año de pandemia.

Además, la colaboración de IPA (*International Police Association*) y la Asociación Internacional para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos (AIPDH), ha permitido elaborar un programa muy completo que aborda distintos temas que analizan, no sólo la labor policial en Extremadura sino también la labor policial en países de nuestro entorno como Portugal e Italia o en países de América Latina como Brasil o México. Este Curso ha contado con dos sesiones presenciales: una primera sesión que ha analizado algunos de los temas que más interés está despertando en la actualidad, la ruralidad o el ocio nocturno. Hemos analizado el papel de las policías en el ámbito rural durante la pandemia porque no podemos olvidar que Extremadura es una región donde más del 90 por ciento de los municipios tienen una población de menos de 20.000 habitantes. También hemos querido abordar los problemas en las grandes ciudades sobre el ocio nocturno. Sin duda, el fenómeno del botellón está generando un verdadero quebradero de cabeza para las administraciones locales en España.

En todo caso, queremos destacar dos mesas que han generado un enorme interés entre las personas que asistieron al curso. La primera de ellas, el uso de nuevas tecnologías en la protección de la población por parte de las policías. Concretamente el uso de drones para la protección de la seguridad durante la pandemia. La segunda de las mesas que queremos destacar es la mesa redonda

que analizó la protección y uso de datos personales por parte de la policía. Una mesa que contó con importantes expertos y expertas en la materia.

Mención especial merece la conferencia impartida por el profesor de derecho administrativo de la Universidad de las Illes Balears D. Felio J. Bauzá Martorell, que analizó aspectos relacionados con el uso de la fuerza. Una cuestión que ha provocado un gran debate público debido de las imágenes difundidas por los medios de comunicación.

En la segunda jornada, el curso a bordo de manera muy clara dos cuestiones: por un lado, los aspectos psicológicos y sanitarios en los agentes de las fuerzas de seguridad. Los problemas de salud que han sufrido los agentes en este año han merecido ser abordada en este foro: estrés, ansiedad o miedo han sido algunas de las cuestiones analizadas. La segunda cuestión ha sido el papel de la policía en el ámbito internacional. Conocer la gestión y los problemas que se han producido en otros países ha permitido poner de manifiesto la magnitud de esta grave crisis sanitaria. En este sentido, pudimos analizar los problemas transfronterizos en una región que juegan un papel estratégico entre España y Portugal. Esta mesa puso de manifiesto el papel que debe jugar Europa en el control y gestión de las fronteras invisibles.

Para concluir, indicar que el curso ha despertado un enorme interés mediático y académico. Ha sido uno de los cursos con un mayor número de alumnado matriculado de los Cursos Internacionales de la Universidad de Extremadura.

Desde la dirección del curso, queremos agradecer el interés mostrado por todas las fuerzas y cuerpos de seguridad en este curso, que de manera desinteresada han participado en el mismo.

SEMINARIO DE DERECHO PÚBLICO: LA INFLUENCIA DE LA
 COVID-19 EN LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL

(Área de Derecho Administrativo)

*PUBLIC LAW WORKSHOP: THE INFLUENCE OF COVID-19 ON THE
 TRANSFORMATION OF SPANISH PUBLIC LAW*

(Area of Administrative Law)

ÁNGEL ORGAZ VALLE¹⁰

ENRIQUE HERNÁNDEZ-DIEZ¹¹

La pandemia propiciada por la Covid-19 ha paralizado, desde que se declarara el pasado marzo de 2021, con distinta intensidad y grado muchos aspectos de nuestras vidas, entre los que se encuentra la actividad académica, que también se ha visto afectada por esta compleja situación sanitaria.

Una vez que hemos aprendido a convivir con lo que se denomina la “nueva normalidad”, y en la medida en que los aforos y su progresiva ampliación lo han ido permitiendo, se han ido retomando poco a poco las jornadas, los seminarios, los congresos y, en definitiva, los encuentros presenciales que tanto enriquecen y contribuyen a la formación universitaria. Y puesto que la situación lo ha permitido, en este curso académico 2020/2021 un equipo de profesores del Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho (UNEX) ha vuelto a poner en marcha el Seminario de Derecho Público que se iniciara en el curso académico 2016/2017 con el propósito de convertirse en un espacio de encuentro para reflexionar y debatir sobre temas de relevancia jurídica.

10 Profesor del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura.

11 Profesor del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura.

De esta suerte, el día 28 de octubre de 2021 se retomó nuevamente el Seminario de Derecho Público aprovechando, provechando, precisamente, la crisis ocasionada por la epidemia del coronavirus como tema de análisis, reflexión y debate, dada su incidencia en la transformación del Derecho público español.

El evento tuvo lugar en la Sala de Profesores de la Facultad de Derecho, en el semidistrito cacereño de la Universidad de Extremadura. La inauguración, a las 17h00, correspondió al Decano de la Facultad de Derecho, el Prof. Dr. Alfonso Cardenal Murillo, y de la Directora del Comité Organizador del Seminario, la Prof. Dra. Flor Arias Aparicio.

A continuación, tuvieron lugar las tres conferencias previstas para la sesión a cargo de tres antiguos Letrados del Tribunal Constitucional español.

En primero lugar, tomó la palabra el Catedrático de Derecho Administrativo y destacadísimo experto en el Derecho de necesidad, el Prof. Dr. Vicente Álvarez García, que expuso los fundamentos del Derecho de las crisis ante las pandemias a lo largo de la historia jurídica de Occidente.

El profesor Álvarez García evidenció que las comunidades políticas humanas, ya desde la Antigüedad, han afrontado catástrofes de toda índole, ya sean provocadas por la mano del hombre como por la naturaleza. Mencionó un buen abanico de estas últimas, desde la *Iliada* homérica en la que se recogen los estragos del cólera como castigo divino, hasta los últimos brotes epidémicos de nuestro tiempo, desde el virus del ébola al SARS-Cov-2 que produce la actual covid-19. Y fruto de todas ellas, señaló que una serie de instrumentos jurídicos son mecanismos muy cualificados en las sociedades de todos los tiempos y de cualquier latitud para hacer frente a estos peligros.

Como caracteres esenciales de este “derecho de las crisis”, el profesor Álvarez García recordó que el derecho de necesidad sustituye al derecho ordinario, creando así una legalidad extraordinaria. Tal circunstancia solo está justificada en situaciones graves, y debe desaparecer cuando los peligros dejan de existir. Apuntó, asimismo, que el derecho de excepción está recogido en normas de muy diverso rango, y que existen dos grandes razones para justificar el afán previsor de las crisis por parte del derecho: primero, porque estas herramientas confie-

ren enormes poderes a los sujetos a los que la sociedad confía la dirección de la lucha contra la crisis (estos poderes de necesidad se consideran indispensables); y, segundo, es necesario limitar esos poderes para prevenir el abuso de ellos, mediante mecanismos de control efectivo de los límites previstos. Trató también de explicar de forma sucinta los efectos fundamentales de este derecho de crisis, las categorías de los límites y los concretos mecanismos de control.

Con todo ello, procedió luego a exponer cuál es la legislación ordinaria en España con previsiones para la lucha frente a estas crisis, con particular atención a la legislación sanitaria. Subrayó, en este punto, que hay dos cláusulas generales, y no una, en la Ley Orgánica 33/2011, de 4 de octubre, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y en contra de lo que han sostenido algunos operadores jurídicos.

Tras enunciar, después, las reglas elementales del derecho constitucional español de excepción, procedió a exponer su análisis sobre una serie de fortalezas y debilidades mostradas por el sistema español para la lucha contra la actual pandemia. Entre las fortalezas más significativas, destacó: a) el correcto funcionamiento del sistema hospitalario; b) el funcionamiento sobresaliente de la cadena de abastecimiento agroalimentario; c) el funcionamiento también sobresaliente de los grandes servicios públicos esenciales (telecomunicaciones, electricidad, financieros, abastecimiento de agua, transporte ciudadano, etc.); d) el trabajo de todas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de las distintas administraciones territoriales; e) la implicación reseñable de las Fuerzas Armadas; y f) el grado de implicación de la sociedad civil. Entre las debilidades, sin embargo, apuntó: a) un funcionamiento muy deficiente de la Unión Europea en los primeros momentos de la lucha contra la pandemia (en buena medida, por sus limitadas competencias en materia sanitaria y de salud pública); b) los efectos de la recentralización de competencias sanitarias en el Ministerio del ramo, por la carencia de medios y conocimientos suficientes; y c) finalmente, la falta de modernización del derecho español para afrontar las crisis (al menos, sanitarias).

En particular, como consecuencia de las debilidades apuntadas, el profesor Álvarez García sugirió que las deficiencias organizativas podrían solventarse mediante la creación de una Agencia o Autoridad Administrativa Independiente

a nivel central, capaz de procurar una gestión ajena al juego político que se ha vivido en este tiempo, para perplejidad de la ciudadanía. Pero también sugirió revisar el derecho de las crisis en las siguientes direcciones concretas: 1º) clarificar la afectación que las pandemias pueden tener sobre los derechos fundamentales; 2º) regular el papel de las Fuerzas Armadas en estas situaciones críticas; 3º) establecer un sistema punitivo apropiado; y 4º) resolver las deficiencias concretas de las técnicas jurídicas empleadas durante el estado de alarma. Como consideración final, este maestro del derecho de necesidad subrayó la diferencia entre disponer del poder jurídico para actuar (la “potestas”) de la fuerza moral que es igualmente necesaria para el primero (“auctoritas”), que hagan a nuestras autoridades acreedoras del mayor respeto y de la mayor confianza social.

La segunda conferencia corrió a cargo del Prof. Dr. César Aguado Renedo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid, en la que expuso una valiosa reflexión acerca del papel del Tribunal Constitucional español ante la covid-19. El profesor Aguado Renedo destacó, en su intervención, una diferencia relevante en las discusiones jurídicas entre el entorno comparado y el español: a su juicio, en gran parte de nuestro entorno se han discutido más las cuestiones fácticas (si existían evidencias para que tal o cual medida fuera adecuada, por ejemplo), mientras que en España se ha debatido intensamente desde el inicio la naturaleza jurídica de las propias medidas adoptadas, hasta el punto de que la jurisprudencia constitucional no haya cuestionado la necesidad del confinamiento domiciliario, sino la técnica empleada para imponerlo. Convergíó con otros colegas en su respaldo doctrinal a la Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, considerando que resuelve el desenfoque jurídico producido en torno a los artículos 55.1 y 116 de la Constitución española. Y como síntesis de sus reflexiones, apostó por una legislación específica sobre pandemias que clarifique la situación de ahora en adelante, reconociendo que esta ni es la primera, ni será la última a la que el Estado deba hacer frente.

La tercera y última conferencia la impartió el Prof. Dr. Francisco Javier Matia Portilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, que versó sobre la incidencia de la Covid-19 en la enseñanza universitaria,

y los nuevos retos que esta pandemia ha suscitado para la realización efectiva del derecho fundamental a la educación, y otros conexos. Realizó un valioso recorrido por los derechos afectados por esta transformación del cauce lectivo, evaluando la compatibilidad jurídica entre exigencias de uso de ciertas aplicaciones, por ejemplo, sobre el manejo de datos personales recogidos por instituciones ajenas a la académica universitaria (propietarias de tales plataformas), y los efectos y los límites en el uso de las cámaras para la docencia virtual, por su trascendencia para la intimidad de quienes tomaran parte del proceso educativo. Finalmente y en suma, el profesor Matia Portilla subrayó el particular impacto de la transformación al formato digital y a distancia de la educación universitaria, en dos dimensiones específicas: primero, al romper la interacción que es esencial para ciertas dimensiones del aprendizaje; y, segundo, por el grave perjuicio que supone para el pluralismo aportado por una socialización directa y presencial en el contexto universitario.

Finalmente, la Prof.^a Dra. Ana Lucas Tobajas, experta en Protección Civil, destacó los aspectos más relevantes de las conferencias magistrales impartidas y moderó el posterior debate entre los intervinientes y los asistentes.

Acudieron al Seminario más de veinte personas, entre profesionales juristas del sector público (letrados de la Junta de Extremadura y de otras Administraciones públicas) y profesores de Derecho de distintos centros de nuestra Universidad y magistrados del orden contencioso-administrativo con sede en el territorio extremeño.

El Comité Organizador estaba integrado por los profesores Flor Arias Aparicio (Directora del mismo), Enrique Hernández-Diez (en calidad de Secretario), Ana Lucas Tobajas, María Matilde Sánchez Gutiérrez, Patricia González Pulido y Ángel Orgaz Valle.

XIX SEMINARIO JURÍDICO INTERDISCIPLINAR GLOBALIZACIÓN Y
DERECHO: *DEMOCRACIA Y DERECHOS EN UN MUNDO EN
TRANSFORMACIÓN*

(Área de Derecho Constitucional)

*XIX INTERDISCIPLINARY LEGAL CONFERENCE GLOBALIZATION AND
LAW: DEMOCRACY AND RIGHTS IN A WORLD IN
TRANSFORMATION*

(Area of Constitutional Law)

LORENA CHANO REGAÑA¹²

El Seminario Jurídico Interdisciplinar Globalización y Derecho es un evento académico con más de dieciséis años de trayectoria que se ha venido celebrando por un grupo de profesores y profesoras de la rama del Derecho de diferentes Universidades: Universidad de Extremadura, Universidad de Sevilla, Universidad de Alicante, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Valencia y Universidad Carlos III de Madrid. En esta ocasión, la Universidad anfitriona ha sido la Universidad de Extremadura (en adelante UEx) y, en concreto, el Área de Derecho Constitucional de la UEx, que ha dado acogida al XIX Seminario bajo el título de “Democracia y Derechos en un mundo en transformación”. Para su realización se ha contado con la colaboración del Grupo de Investigación “Fiscalitas & Iuris” de la UEx.

El encuentro, desarrollado en la Sala de Profesores de la Facultad de Derecho de la UEx el 29 de octubre de 2021, bajo la coordinación del profesor Marcos Criado de Diego, del Área de Derecho Constitucional, tiene como objetivo transferir y divulgar los resultados de algunas de las líneas de investigación desarro-

¹² Profesora del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

lladas por los investigadores e investigadoras asistentes al evento. El planteamiento del Seminario responde a una metodología problemática, que pretende generar debate y contribuir constructivamente a partir del cuestionamiento crítico y la confrontación de ideas a ampliar los resultados de las líneas de investigación presentadas. La interdisciplinariedad, congregando a expertos y expertas de distintas ramas del derecho propicia ese cuestionamiento crítico y da nuevas perspectivas a la vez que una interesante retroalimentación a quienes exponen sus trabajos.

En esta ocasión se congregaron un total de catorce investigadoras e investigadores, especialistas en Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho Internacional Público, Derecho Mercantil y Derecho Procesal.

En esta línea, la temática elegida para el Seminario (“Democracia y derechos en un mundo en transformación”) abarca problemas jurídicos interdisciplinarios, actuales y controvertidos, como son las transformaciones económicas, sociales y jurídicas derivadas de la emergencia sanitaria de la Covid-19.

El seminario se estructuró en tres sesiones de trabajo con temáticas específicas.

La primera sesión giró en torno al trabajo de la profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha, doña María Luz Martínez Alarcón, quien dictó la ponencia “Principio democrático y unidad de mercado”, cuyo objeto era analizar la celebración de acuerdos comerciales por parte de la Unión Europea (UE), describir las transformaciones experimentadas en el marco de los procesos decisorios de la UE que dan lugar a la conclusión de tratados comerciales y plantear propuestas que pudieran contribuir a reforzar la legitimidad democrática de la Unión en el ámbito de su política comercial exterior. La sesión continuó con las contraponencias y comentarios del profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Castilla-La Mancha, don Ángel Sánchez Legido; la profesora de Filosofía del Derecho de la misma Universidad, doña María Isabel Turégano Mansilla; y el profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante, don Jorge Moya Ballester. La sesión concluyó con un debate entre todos los asistentes bajo la moderación del profesor de Derecho Constitucional de la UEx, don Juan Francisco Barroso Márquez.

La segunda sesión de trabajo abordó la temática de las restricciones de derechos durante la pandemia. El profesor de Derecho Constitucional de la UEx, don Marcos Criado de Diego, presentó la ponencia titulada “¿Derechos suspendidos o limitados? El debate sobre la técnica y el impacto de la excepcionalidad pandémica”. El Dr. Criado de Diego planteó los principales problemas constitucionales derivados del derecho de excepción aplicado en España durante la pandemia de la Covid-19, refiriéndose en primer lugar a la discusión en torno al supuesto de hecho del estado excepcional, que, a su vez, plantea dos problemas diferentes: i) La discusión sobre si debió declararse un estado de alarma o un estado de excepción; y ii) La discusión sobre si el gobierno puede restringir derechos con base exclusivamente en la legislación sectorial o si es necesario declarar un estado excepcional para poder hacerlo. Y, en segundo lugar, a la discusión en torno al alcance de las medidas gubernativas restrictivas de los derechos permitidas por los verbos “limitar”, referido al estado de alarma (art. 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en adelante LOAES), y “prohibir”, referido al estado de excepción (art. 20.1 LOAES), y su relación con la suspensión colectiva de los derechos mencionados en el art. 55.1 de la Constitución española bajo la vigencia de un estado de excepción o de un estado de sitio. Participaron como contraponentes la profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, doña Isabel Liante Vidal; y el profesor de esta misma rama de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, don Rubén García Higuera. La moderación del fructífero debate posterior corrió a cuenta de la investigadora del Área de Derecho Constitucional de la UEx, doña Sara María Marchena Galán.

La tercera y última sesión de trabajo comenzó con la ponencia de la profesora de Derecho Constitucional de la UEx, doña Lorena Chano Regaña, quien expuso parte de la investigación de su tesis doctoral con la ponencia titulada “La aplicación del principio de proporcionalidad en los juicios de igualdad por el Tribunal Constitucional”. Este trabajo analiza la aplicación de la igualdad por parte del Tribunal Constitucional como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley en España. Como premisa, se parte de la aplicación del principio constitucional de la proporcionalidad en cuanto a método estructural para evaluar la legitimidad constitucional de las injerencias

de los poderes públicos en el contenido de los derechos fundamentales. Actuaron como contraponentes: en la rama de Filosofía del Derecho, la profesora doña Gema Marcilla Córdoba, de la Universidad de Castilla-La Mancha; el profesor don Macario Alemany García, de la Universidad de Alicante; y el profesor, don José María Sauca Cano de la Universidad Carlos III de Madrid. De la rama del Derecho Procesal, la profesora de la Universidad de Castilla-La Mancha, doña María Yolanda Doig Díaz. La sesión concluyó con el debate y reflexiones de todos los asistentes, moderado por la investigadora del Área de Derecho Constitucional, doña Sara María Marchena Galán.

La valoración final de la actividad es muy positiva. De las contribuciones de los participantes resultaron diferentes perspectivas que fomentaron un nutrido debate y un diálogo interdisciplinar que, con seguridad, revertirá en el trabajo final del profesorado que sometió a crítica sus investigaciones.

I ENCUENTRO DE PROFESORES DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE
LAS UNIVERSIDADES DE EXTREMADURA Y SALAMANCA: LOS
RETOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE LAS PANDEMIAS

(Área de Derecho Administrativo)

1ST MEETING OF ACADEMICS OF ADMINISTRATIVE LAW OF THE
UNIVERSITIES OF EXTREMADURA AND SALAMANCA: THE
CHALLENGES OF ADMINISTRATIVE LAW IN THE FACE OF PANDEMICS

(Area of Administrative Law)

ÁNGEL ORGAZ VALLE¹³

ENRIQUE HERNÁNDEZ-DÍEZ¹⁴

El día 29 de octubre de 2021 se celebró en Cáceres el I Encuentro de Profesores de Derecho Administrativo de las Universidades de Extremadura y Salamanca, bajo el título “Los retos del Derecho Administrativo ante las pandemias”. La celebración del encuentro tuvo lugar en la Antigua Escuela de Magisterio e Instituto de Lenguas Modernas, sita en el centro urbano de la ciudad de Cáceres.

Acudieron al evento más de veinte profesores de Derecho Administrativo de las áreas correspondientes de las Universidades salmantina y extremeña, así como también participaron profesores de otras instituciones universitarias (de Madrid, Castilla y León, y La Rioja) y un nutrido grupo de Letrados de la Junta de Extremadura.

Este I Encuentro constituye un punto de inflexión en el estrechamiento de las relaciones de cooperación académica y, en concreto, investigadora, entre docentes de ambas universidades vecinas. El objetivo último de esta primera

13 Profesor del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura.

14 Profesor del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura.

reunión ha sido favorecer la generación de sinergias entre los docentes e investigadores de ambas Universidades. Por ello, la organización de las distintas sesiones de esta jornada de trabajo tenía como finalidad conocer el desarrollo académico, los estudios y las principales líneas de investigación de los participantes, en particular a raíz del contexto pandémico actual.

La inauguración tuvo lugar a las 11h00, a cargo del Decano de la Facultad de Derecho, el Prof. Dr. Alfonso Cardenal Murillo, y la Vicedecana de Planificación Académica del mismo centro, la Profa. Dra. María Matilde Sánchez Gutiérrez (también profesora de Derecho Administrativo). El programa del evento contemplaba cuatro intervenciones magistrales, que permitieran suscitar un debate entre todos los participantes a propósito de cuestiones de interés científico común para los respectivos equipos de investigación.

La primera conferencia corrió a cargo de uno de los principales expertos en el Derecho de crisis, el Prof. Dr. Vicente Álvarez García, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura, centrada en la cronología sobre la lucha jurídica contra el coronavirus desde la declaración del estado de alarma, el 14 de marzo de 2021, medida prevista por nuestro Derecho de excepción y que decidió activar el Gobierno.

La intervención del profesor Álvarez García, dividida en cinco grandes bloques, permitió aproximarse a las distintas fases de la respuesta del derecho ante la crisis sanitaria.

En primer término, destacó la práctica inactividad de la Administración General del Estado durante los días previos a la declaración del estado de alarma y el recurso a la legislación sanitaria ordinaria por parte de las comunidades autónomas (en concreto, de Extremadura y Cataluña).

En segundo lugar, desgranó los aspectos elementales de la declaración del primer estado de alarma para centralizar en manos del Gobierno de la Nación la lucha contra el coronavirus (a través del Real Decreto 436/2020, de 14 de marzo). Así, además de precisar la competencia para la declaración de este, el presupuesto fáctico que era necesario, el ámbito territorial, su duración, el sistema de autoridad competente y delegadas, o la obligación de colaborar de las

autoridades y del personal al servicio de las demás administraciones territoriales, apuntó a las medidas concretas de necesidad adoptadas. El profesor Álvarez García quiso advertir, en particular, del problema del derecho sancionador durante el estado de alarma, concretado en dos aspectos: primero, la falta de tipificación de infracciones por la legislación de excepción y el recurso a otras leyes (a la legislación sanitaria, de protección civil y de seguridad ciudadana); y, segundo, el problema de muy difícil solución planteado por el artículo 1.3 de la Ley orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio, de 1981, que señala el decaimiento de todas las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma al finalizar este, salvo las que consistiesen en sanciones firmes.

En tercer lugar, el profesor Álvarez García prestó atención al caos en la devolución competencial de las competencias sanitarias a las comunidades autónomas durante la “nueva normalidad”. Señaló, a este respecto, cuatro grandes rasgos dignos de mención: a) la disparidad de las medidas entre comunidades autónomas ante la falta inicial de criterios mínimos de coordinación administrativa; b) los intentos de coordinación durante los meses de agosto y septiembre; c) el distinto comportamiento de los órganos judiciales ante las decisiones de ratificación de las medidas sanitarias y el intento de arreglo mediante la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia; y d) la segunda declaración del estado de alarma para el confinamiento de nueve municipios de la Comunidad de Madrid (mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre).

En cuarto lugar, fueron señalados los caracteres generales de la tercera declaración del estado de alarma destinado a habilitar a las comunidades autónomas para la adopción de medidas de necesidad sanitarias limitativas de la libertad de circulación de personas, mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Sobresale, en este sentido, el modelo elegido de una autoridad competente (Gobierno de la Nación) pero con la designación de los presidentes de las comunidades autónomas como autoridades delegadas.

En quinto y último lugar, el profesor Álvarez García describió la situación jurídica del país tras la finalización de aquel tercer estado de alarma para la lu-

cha contra la pandemia. En este sentido, estimó que la inexistencia de una legislación adecuada para hacer frente a la pandemia dio como resultado una vuelta al punto inicial, más de un año después del inicio de la crisis, al tener que acudir a la utilización de la cláusula general de necesidad sanitaria contenida en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Como colofón, este profesor indicó los problemas de coordinación sanitaria estatal a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, apuntando a las incertidumbres provocadas por la obligación de someter a autorización previa o a ratificación *ex post* las medidas sanitarias de carácter general, por parte de los Tribunales Superiores de Justicia en cada comunidad autónoma.

La segunda intervención la realizó el Prof. Dr. Marcos M. Fernando Pablo, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca, acerca del valor del derecho no vinculante, o *soft-law*, en el tratamiento público de la pandemia. Destacó este profesor, entre otros aspectos, la diferencia de enfoque entre los sistemas asiáticos y los occidentales, más proclives los primeros al uso de recomendaciones y consejos a la población, apelando a la responsabilidad individual, frente al uso de limitaciones e imposiciones del modelo occidental. Explicó la relación con las normas jurídicas en esta crisis de la llamada “ley de los tres cuartos” (sobre reacción a imposiciones en situaciones críticas), por los que se prevé que un cuarto de la población desobedecerá las normas, sean cuales sean, y otro cuarto las cumplirá sin cuestionarlas, moviéndose la mitad restante entre ambas posiciones según diversos factores. Destaca el profesor, en este sentido, que el derecho indicativo o *soft-law* se desarrolla especialmente alrededor de 1970 en torno al ámbito medioambiental, representando un problema de interpretación y aplicación en buena parte del derecho continental. En síntesis, subrayó que uno de los grandes problemas de esta técnica de ordenación jurídica, que produce efectos, aunque carezca de fuerza vinculante, radica en el funcionamiento autónomo, y en las dificultades para impugnar, exigir o cuestionar este tipo de normas, que han sido muy utilizadas también en numerosos países europeos en la lucha contra esta pandemia.

La tercera exposición fue la realizada por el Prof. Dr. Dionisio Fernández de Gatta Sánchez, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca. Expuso una relación de problemas jurídico-administrativos emergentes en la lucha contra la Covid-19. En particular, señaló sus dudas sobre la validez y competencias de las comunidades autónomas que han adoptado legislación propia específica para la lucha contra la pandemia, a pesar de la posible buena calidad técnica de las normas (como el caso de Aragón), o el alcance de la pretensión gallega de imponer la vacunación obligatoria.

Finalmente, concluyó la sesión de la mañana la intervención de la Profa. Dra. María Ángeles González Bustos, Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca, exponiendo una serie de retos para la investigación y la transferencia del conocimiento científico producido en la investigación del Derecho Administrativo a propósito de las pandemias, y tomando como referencia las intervenciones anteriores.

Durante la tarde, los profesores de ambas instituciones universitarias realizaron un taller a propósito del intercambio de buenas prácticas académicas en el Derecho Administrativo; taller que concluyó con la elaboración, por parte de los Profs. Álvarez García y Fernando Pablo, de unas “Perspectivas de futuro para la colaboración académica” entre ambas Universidades, enriquecidas por la contribución externa de los Profs. Aguado Renedo y Matia Portilla.

El Comité Organizador de este I Encuentro de Profesores de Derecho Administrativo de las Universidades de Extremadura y Salamanca ha estado integrado por los profesores Flor Arias Aparicio y Miguel Ángel González Iglesias (Directores del mismo), José Luis Domínguez Álvarez y Enrique Hernández-Díez (en calidad de Secretarios), María Ángeles González Bustos, Ana Lucas Tobajas, María Matilde Sánchez Gutiérrez, Patricia González Pulido y Ángel Orgaz Valle.

CONFERENCIA: *NUEVO ENFOQUE JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD*

(Área de Derecho Civil)

CONFERENCE: NEW LEGAL APPROACH TO DISABILITY

*(Civil Law Area)***MARÍA JOSÉ PÉREZ ALBUQUERQUE¹⁵**

La materia relativa al tratamiento jurídico de las personas con discapacidad ha experimentado una importante reforma en el presente año que no ha llegado a suponer, estrictamente, un paradigma revolucionario respecto de la anterior normativa; si bien, ha supuesto la realización de los compromisos asumidos por España al suscribir la Convención de Nueva York del año 2006. Son personas con discapacidad aquellas que, por padecer disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, en el desarrollo de su vida cotidiana, se enfrentan a una serie de barreras (endógenas y exógenas) que dificultan su integración efectiva en igualdad de condiciones a los demás. Los estados tienen pues una serie de obligaciones encaminadas a suprimir o disminuir las barreras anteriormente expuestas y permitir esa realización efectiva de las personas con discapacidad.

Todo ello es pues la base sobre la cual pivota la nueva normativa tendente a reforzar el derecho a decidir de la persona con discapacidad e intentar que cualquier apoyo que se le provea esté encaminado a reforzar la anterior premisa; es decir, la toma propia de decisiones salvo en casos muy limitados.

Desde el Área de Derecho Civil y, concretamente, de la profesora Pérez Albuquerque, se toma la iniciativa de abordar a comienzos del curso 2021/2022 estas modificaciones que, de manera inmediata, van a entrar en vigor; ello de una manera diferente y dinámica, siendo una persona con una perspectiva in-

15 Síntesis y transcripción realizadas por la Dra. María José Pérez Albuquerque, Profesora Titular del Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

minentemente práctica quien descubriese ante alumnos recién llegados a las aulas estas cuestiones tan trascendentes y con una base primordialmente humana (al margen de su carácter jurídico).

Así pues, día 18 de noviembre se contó con el Fiscal Javier González Gutiérrez, antiguo alumno de la Facultad, para tratar con los alumnos de primer curso de diferentes grados algunos extremos de esta legislación. Con una perspectiva fundamentalmente ilustrativa y práctica y sirviéndose de ejemplos, así como casos prácticos reales, disertó los contenidos desgranando los aspectos sustantivos y procedimentales de la materia.

La nueva legislación parte de una premisa muy importante y es que la capacidad no es susceptible de ser modificada, sino que se conserva de forma íntegra por su titular; al cual se le designaran, judicialmente cuando lo necesite con intervención del Ministerio Fiscal, las medidas de apoyo o asistencia que fueren necesarias para el desenvolvimiento de los actos de su vida cotidiana, desde los más complejos hasta los más sencillos según los casos. Ello lo demuestra la nueva redacción del artículo 249 del Código Civil (junto con los demás concordantes), donde se hace constar lo siguiente:

- Las personas o instituciones que presten apoyo procurarán que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.
- En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar su voluntad, deseos y preferencias, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. Se deberá tener en cuenta la trayectoria vital, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado en caso de no requerir representación.

En cuanto a las medidas de apoyo, como regla general, la nueva legislación impone que se atienda en todo caso y en primer lugar a la voluntad de la persona que necesite dicha asistencia, la cual habrá de estar plasmada en escritura pú-

blica haciendo constar expresamente esta contingencia. También se recoge que, en aquellos casos en los cuales exista un guardador de hecho que esté desempeñando correctamente su tarea, no será necesario acudir a la vía judicial para ratificar esta circunstancia (que es muy corriente) salvo para aquellos actos anteriormente indicados que requieren la intervención judicial indispensable; ello mediante el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria. En aquellos casos en que exista ausencia de las dos circunstancias anteriores (voluntad expresada por el interesado o guardador de hecho), habrá de acudirse a la vía judicial para nombramiento de curador y, en algunos casos, represente a la persona con discapacidad.

En cuanto al ámbito procesal y cauces para la provisión de todas estas medidas, la nueva normativa expresa claramente su preferencia por la llamada jurisdicción voluntaria; que se rige por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Muy brevemente, se puede decir que son expedientes de jurisdicción voluntaria todas aquellas situaciones que, para producirse, necesitan la decisión de un Juez no existiendo disputa entre las partes que intervienen. Si se produjese la oposición de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento de jurisdicción voluntaria de adopción de medidas de apoyo, se transformará éste y continuará conforme a la Ley 1/2000, de siete de enero, de Enjuiciamiento Civil y por las reglas del juicio verbal con particularidades.

Acerca del contenido de las medidas de apoyo que mencionamos, estas pueden estar referidas a cualquiera de las parcelas de la vida cotidiana de la persona, aspectos personales o económicos, actos sencillos o complejos. La provisión de estas medidas llevará consigo el nombramiento del llamado curador, que se encargará de desenvolver la función de apoyo; pudiendo ser la curatela representativa o no, especificándose en qué supuestos se precisa de esa representación.

Como conclusiones más destacadas, la jornada finalizó con distintas ideas:

Un reconocimiento al espíritu y carácter de la Ley que aboga por hacer más efectiva la dignidad de la persona.

La dificultad relativa para la real efectividad de la norma para casos límites de discapacidades severas; donde la función de apoyo o asistencia pueda ser una

verdadera sustitución de voluntades que en nada se diferencia de la ya derogada y tradicional tutela (sólo superviviente para personas menores de edad no emancipadas).

Necesidad de una formación específica de todos los sujetos intervinientes en el proceso de la provisión de apoyos; tanto operadores jurídicos como sanitarios o servicios sociales; con la oportuna inversión de los medios materiales que se requiriesen.

Futura reducción de la litigiosidad en materia de capacidad por reforzar la figura de la guarda de hecho que permite procurar apoyos y auxiliar a la persona con discapacidad sin resolución judicial previa que lo autorice.

Ensalzar y proteger el derecho a decidir de cualquier persona por encima de todo, respetando sus deseos, voluntades y preferencias, pero no permitiendo que la realización de estas le supongan un perjuicio efectivo; donde primará siempre su mayor interés (STS, Sala I 589/2021, de 15/09/2021).

SEMINARIO DE DERECHO PÚBLICO: *EL DERECHO DE LAS CRISIS EN
ESPAÑA E ITALIA*

(Área de Derecho Administrativo)

PUBLIC LAW WORKSHOP: THE LAW OF CRISES IN SPAIN AND ITALY

(Area of Administrative Law)

ÁNGEL ORGAZ VALLE¹⁶

ENRIQUE HERNÁNDEZ-DIEZ¹⁷

El día 25 de noviembre de 2021 se celebró la segunda sesión del Seminario de Derecho Público, organizado por un equipo de profesores del Área de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, sobre el Derecho de las crisis en España e Italia.

El evento tuvo lugar en la Sala de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad. La inauguración, a las 17h, corrió a cargo del Decano de la Facultad de Derecho, el Prof. Dr. Alfonso Cardenal Murillo, y del Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura, y destacado experto en el Derecho de excepción, el Prof. Dr. Vicente Álvarez García.

A continuación, tuvieron lugar las distintas conferencias previstas. Tres ponencias magistrales de un relevante valor tanto en su contenido como en su exposición, de las que pudimos disfrutar todos los asistentes.

La primera conferencia tuvo por objeto la responsabilidad patrimonial derivada de las actuaciones administrativas adoptadas durante la pandemia, a cargo del Prof. Dr. Juan F. Mestre Delgado, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia. En síntesis, el profesor Mestre Delgado

16 Profesor del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura.

17 Profesor del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura.

realizó un interesante recorrido por los elementos que dan pie a la responsabilidad patrimonial en el contexto de la pandemia, y sus valoraciones sobre la posibilidad de exigir esta por los efectos económicos derivados de las medidas de intervención. Así, aunque cuantas más medidas de intervención se produzcan parezca posible intuir una mayor responsabilidad, expuso las razones que podrían justificar una reducción o eliminación de la responsabilidad del Estado por las consecuencias de la pandemia.

A continuación, la Prof. Dra. Sara Spuntarelli, Professoressa Ordinaria de la Universidad de Camerino (Italia), impartió una interesante ponencia bajo el título de “Amministrazione e giurisdizione in emergenza”. En particular, la profesora Spuntarelli expuso las reglas principales contenidas para la administración de las emergencias y el Código de Protección civil italiano, subrayando los límites a la declaración del estado de emergencia. Realizó, así mismo, una exposición del interesante contraste entre el sistema del Código y la arquitectura del sistema de Decretos del Presidente del Consejo de Ministros durante la pandemia, así como sobre el control jurisdiccional de los jueces administrativos sobre el ejercicio del poder de emergencia, en torno al Green Pass, la obligación de vacunación del personal sanitario, el derecho de acceso y la transparencia sobre las decisiones y las justificaciones de las decisiones adoptadas y la naturaleza de los Decretos del Presidente del Consejo como actos administrativos de necesidad.

La última intervención correspondió al Prof. Dr. Miguel A. Presno Linera, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, con una exposición sobre los grupos vulnerables en el contexto de los estados de crisis. En primer término, aclaró el significado y alcance de la vulnerabilidad. Aclaró que se trata de un concepto relacional, en el que se conjugan factores históricos, sociales e institucionales; también definido por la particularidad, dando lugar a que la pertenencia de algunas personas a ciertos grupos les hace ser más vulnerables que otras personas; y que ello implica un daño o estigmatización, especialmente en un contexto de discriminación. Como consecuencia de la construcción del concepto de vulnerabilidad, se produce una exigencia de mayor igualdad material (mediante la participación, la remoción de obstáculos, la redistri-

bución y el reconocimiento y respeto de la diferencia). Fruto de esta exigencia surgen las obligaciones de hacer para los Estados: para evitar que se perpetúen discriminaciones del pasado, para mejorar las circunstancias sociales y para mejorar las circunstancias económicas. Esta concepción de la vulnerabilidad, en suma, disminuye el margen de apreciación de los Estados en los casos en los que pueda haber discriminación: primero, deberán acreditar poderosas razones para introducir limitaciones o diferenciaciones de trato para los grupos vulnerables respecto del resto; y, segundo, ciertos tratos diferenciados son sospechosos de por sí cuando afectan a grupos históricamente discriminados. La Constitución española presupone que existe esta vulnerabilidad para ciertos grupos, aunque no aluda a ella expresamente, cuando recoge las reglas del propio artículo 1.1, 9.2, 49 o 50, entre otros, o en el mismo Preámbulo.

Dadas estas claves generales, el profesor Presno Linera mostró cómo las primeras disposiciones adoptadas frente a la pandemia ya contemplaban la vulnerabilidad de ciertas personas (con discapacidad, menores, mayores u otras causas) como justificación de las excepciones a las limitaciones dadas para la circulación por las vías o espacios de uso público. La complejidad de la situación y la proliferación de disposiciones dio pie, como compartió el profesor, a la creación de un Código electrónico por parte de la Agencia estatal del Boletín Oficial del Estado, que consolidara las distintas normas estatales y autonómicas para colectivos vulnerables en el contexto de la covid-19. A continuación, el profesor Presno Linera se detuvo en un caso concreto de ordenación en parte justificada por la emergencia social suscitada por la pandemia: la promulgación del Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. En este sentido, se detuvo a precisar el análisis de vulnerabilidad y trato desigual injustificado que esta disposición contenía en relación con las personas jóvenes, menores de treinta y de veintitrés años. En este sentido, se remitió a lo ya expuesto en el informe elaborado junto al profesor Hernández Diez y al investigador Ferrández de Céspedes, a petición del Consejo de la Juventud de España. Finalmente, prestó también atención a la particular situación vivida tanto en las residencias de personas mayores como en los triajes hospitalarios. A este respecto, destacó que, en teoría, la edad no ha sido, durante la pandemia, un criterio excluyente en orden a la protección de la salud (y no podría serlo, porque

lo contrario vulneraría la Constitución y la legislación sanitaria). Pero apuntó, en todo caso, a que no ha quedado aún claro si, efectivamente, ese mandato teórico ha tenido el debido correlato práctico en las residencias sociosanitarias.

Tras las tres sugerentes conferencias se celebró un participativo debate entre los intervinientes y asistentes (más de veinte personas, entre profesionales juristas del sector público y profesores de Derecho público de diversas instituciones educativas, así como magistrados del orden contencioso-administrativo con sede en el territorio extremeño), del que pudo extraerse interesantes conclusiones.

Sin duda alguna, este tipo de seminarios suponen un espacio propicio para la reflexión y el debate jurídico, que favorecen la generación de sinergias entre diversas instituciones y que redundan de forma positiva en la formación docente, pero también en la transferencia de conocimiento al estudiantado y a otros sectores de la sociedad.

DEFENSA DE LA TESIS DOCTORAL DEL PROFESOR
ENRIQUE HERNÁNDEZ DÍEZ

(Área de Derecho Administrativo)

*DEFENSE OF THE DOCTORAL THESIS OF PROFESSOR
ENRIQUE HERNÁNDEZ DÍEZ*

(Area of Administrative Law)

FLOR ARIAS APARICIO¹⁸

El día 26 de noviembre de 2021, el Profesor Enrique Hernández Díez defendió su tesis doctoral “La regulación jurídica de la participación juvenil en España y Europa”, dirigida por el Profesor Vicente Álvarez García, Catedrático de Derecho Administrativo, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura. La tesis fue evaluada por un tribunal internacional compuesto por los profesores Juan Francisco Mestre Delgado (Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia), Miguel Ángel Presno Linera (Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo) y Sara Spuntarelli (Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo de la Università degli studi di Camerino, Italia), mereciendo la calificación de Sobresaliente *Cum Laude* por unanimidad. Además, la tesis obtuvo la “Mención Internacional” en el título de doctor, tras ser informada muy favorablemente por diversos académicos de instituciones extranjeras: Marco Galdi (Università degli Studi di Salerno, Italia), José António Martins Lucas Cardoso (Universidade Lusíada, Portugal), Héctor Castillo Berthier (Universidad Nacional Autónoma de México) y Marinéz De Oliveira Xavier (Instituto Politécnico de Beja, Portugal).

18 Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura.

1. A PROPÓSITO DEL DOCTORANDO, YA DOCTOR

Enrique Hernández obtuvo la licenciatura de Derecho en la Universidad de Extremadura (2006-2011), cursando un año en la Universidad París x-Nanterre (Francia) gracias al Programa Erasmus. Finalizada la licenciatura, compatibilizó el ejercicio profesional de la abogacía con los estudios de dos másteres de investigación en Ciencias jurídicas y en Relaciones internacionales (en las Universidades de Extremadura y Rey Juan Carlos, respectivamente) hasta mediados de 2012. En mayo de 2012 fue elegido presidente del Consejo de la Juventud de Extremadura, organismo autónomo de la Administración extremeña y cauce de la participación institucional de las organizaciones juveniles. Esta experiencia, unida a su trayectoria participativa y asociativa de más de una década atrás, puso los cimientos de su interés académico por el campo de investigación que ha abordado en sus estudios de doctorado. Entre 2014 y 2016 desempeñó, además, la responsabilidad de vicepresidente del Consejo de la Juventud de España, en medio de una peculiar situación jurídica de aquel ente público estatal. En 2016 retoma la dedicación plena a la carrera investigadora. En 2017 obtuvo la beca doctoral correspondiente al Premio Carlos V a Sofia Corradi (*Mamma Erasmus*), otorgado por la Academia Europea e Iberoamericana de Yuste. Desde ese mismo año y hasta 2020, trabajó como personal científico e investigador en un proyecto cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, también a propósito de la participación juvenil. Desde finales de 2020 ha desempeñado funciones docentes, como profesor del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura.

La trayectoria personal y profesional de Enrique Hernández ha estado ligada durante la mayor parte de su vida, es necesario subrayarlo, a la participación cívica en su vertiente más práctica y directa, no solo participando y asumiendo las responsabilidades ya mencionadas en las instituciones públicas especializadas del ámbito autonómico y estatal, sino también otras variadas, como activista voluntario, en organizaciones educativas y humanitarias, desde el plano local al internacional, y especialmente ligadas al trabajo profesional con jóvenes. Sin duda alguna, la vertiente práctica de la aplicación de las normas identificadas, sistematizadas y analizadas en su tesis es reflejo y responde a su

formación previa y paralela, complementando de este modo la propiamente investigadora. Ello explica su producción científica predoctoral, a través de diversos estudios sobre el derecho de la juventud, la participación ciudadana y la organización administrativa.

Para el desarrollo de la investigación doctoral, el profesor Hernández Diez desarrolló dos estancias de investigación en instituciones académicas extranjeras durante tres meses: primero, en la Universidad de Amberes (Bélgica) bajo la tutela de la Profesora de Derecho Administrativo, la Doctora Stéphanie de Sommer; y después, en la Universidad de South Wales (Reino Unido), bajo la tutela del Catedrático de *European Youth Policy*, el doctor Howard Williamson.

2. SOBRE LA ESTRUCTURA Y OBJETIVOS DE LA TESIS...

La tesis doctoral de Enrique Hernández se centra en la identificación, sistematización y análisis de las reglas que ordenan en la actualidad las relaciones cívicas de los individuos jóvenes en dos planos principales: España y Europa, a través de las normas que les reconocen su diferenciación por razón de la edad.

Desde la Antigüedad, la edad ha sido un factor que ha influido en las reglas del ejercicio de los derechos y los deberes cívicos, desde aquellos vinculados al sufragio como a la defensa de los intereses generales de las respectivas comunidades políticas. De las distintas edades consideradas, hay una etapa de la vida de las personas que ha resultado influir más que otras en la configuración de la identidad cívica, por lo que se han proyectado sobre ella no pocos de los tránsitos en las capacidades de obrar (parciales o plenas). Esta etapa es la juventud. Y las normas jurídicas, aun cuando no hayan aludido a esta etapa con nombre propio, han reconocido barreras etarias (basadas en la edad) desde la pubertad hasta la treintena, que se apoyan a su vez en intuiciones y evidencias no jurídicas.

Reconociendo estos antecedentes y el valor social de la participación de los ciudadanos, mientras son jóvenes, para acometer este objetivo principal, la tesis fue defendida y distinguiendo tres piezas fundamentales tal y como avanzó el doctorando al presentar el contenido de su exposición. Una primera parte en la que el doctorando analizó el derecho constitucional español relativo a la partici-

pación de los jóvenes; en la segunda parte el doctorando se detuvo en el desarrollo normativo infraconstitucional que regula, en España, esta misma materia; en la tercera parte el doctorando abordó el Derecho europeo (emanado tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea) que incide en la participación juvenil desde el plano global al local. En último lugar, completó su defensa el doctorando con la exposición de las correspondientes conclusiones con las que cierra su investigación.

La “Parte introductoria” contiene dos capítulos que contextualizan toda la investigación. El Capítulo preliminar describe las hipótesis y los objetivos del estudio, así como el método de investigación, justificando la pertinencia de un análisis jurídico sobre la específica participación de los jóvenes. El Capítulo siguiente (I), introduce las “ideas elementales” sobre los conceptos sociales y jurídicos vinculados a la juventud, así como el valor de las teorías sociales occidentales sobre la participación de los ciudadanos mientras son jóvenes, como parte del marco conceptual relevante para la investigación jurídica de la cuestión.

La “Parte primera” recoge los Capítulos II y III. Respectivamente, estos Capítulos abordan, primero, los antecedentes y el contexto del tratamiento que el derecho público español contemporáneo hace de la participación juvenil, primero, y el contenido jurídico sobre esta materia que recoge la Constitución española de 1978, después. De la primera cuestión, sobresale una exhaustiva descripción y análisis de los antecedentes del constitucionalismo español que ha prestado atención a la etapa juvenil en el desempeño de derechos y deberes ciudadanos, desde 1812 hasta 1931, y el posterior enfoque durante la dictadura franquista. En el Capítulo III, el autor describe una “Constitución juvenil” dispersa a lo largo del texto constitucional español de 1978, cuya clave de bóveda sería el artículo 48, de particular originalidad en la perspectiva histórica y comparada para un texto jurídico de semejante rango y valor.

La “Parte segunda” contiene, de un lado, una descripción sistematizada y el análisis del sistema competencial y organizativo de los poderes públicos españoles a propósito del fomento y la recepción de la participación juvenil (Capítulo IV). De otro lado, esta Parte también detalla el contenido y las consecuencias

esenciales del desarrollo normativo sobre la cuestión tratada por parte de los poderes públicos estatales y autonómicos (Capítulo V). A este respecto, esta Parte contiene un detenido análisis de las debilidades y las fortalezas del desarrollo jurídico de los consejos de la juventud en España, durante la reciente etapa democrática hasta la actualidad.

La “Parte tercera” consta de un único Capítulo (VI) dividido en tres epígrafes que describen un auténtico sistema jurídico europeo de la participación juvenil. En el primero, el profesor Hernández Diez describe los orígenes y los fundamentos de las normas sobre este objeto de análisis en el panorama histórico europeo reciente, mientras que en el segundo y en el tercero de tales epígrafes se describen el derecho de la participación juvenil del Consejo de Europa y de la Unión Europea, respectivamente.

Por último, las conclusiones evidencian que la etapa juvenil ha sido efectivamente considerada por los poderes públicos occidentales de todas las épocas para ordenar la incorporación de los ciudadanos al ejercicio de los derechos cívicos con trascendencia política y social. En particular, el doctorando defendió la originalidad del sistema jurídico español respecto de la mayoría de ordenamientos nacionales europeos contemporáneos, basado en dos factores objetivos: de un lado, el particular enfoque constitucional que reconoce a los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo común, y no solo como sujetos potencialmente vulnerables merecedores de especial protección jurídica; y de otro lado, la opción organizativa de los poderes públicos españoles (estatales y autonómicos, esencialmente) por configurar cauces orgánicos de participación ciudadana especializados para los jóvenes mediante la creación de entes públicos o semipúblicos, a diferencia de la tendencia europea por reconocer una particular legitimidad participativa a estructuras de naturaleza jurídica privada. Estas originalidades españolas han estado acompañadas de un desarrollo normativo acorde a la fuerte descentralización territorial del país, sin perjuicio de las influencias patentes de los modelos europeos en todos los planos territoriales internos, tanto en el plano organizativo de las Administraciones juveniles, como en el desarrollo sustantivo de las reglas sobre la participación de los ciudadanos jóvenes.

3. ... Y SU DEFENSA

En la defensa de los contenidos que acabamos de sintetizar, el doctorando señaló que el objeto de estudio suscitaba un campo de análisis jurídico que convendría ser continuado y profundizado en el futuro, por dos motivos principales interrelacionados entre sí. El primero, por la constatación de la existencia efectiva de un derecho español y europeo de la participación juvenil compuesto por normas muy heterogéneas en rango, fuerza, forma, valor y orientación. Y el segundo, porque, en última instancia, “la participación libre, eficaz y plural de los jóvenes es también una cuestión de Estado de Derecho, de democracia y de derechos humanos, dentro y fuera de Europa, tanto en el tiempo presente como en el futuro próximo”. El profesor Hernández Diez apuntó la relevancia singular de las principales instituciones europeístas para configurar un auténtico sistema jurídico paneuropeo sobre esta cuestión, rico en sinergias entre la Unión Europea, el Consejo de Europa y los poderes públicos de los propios Estados.

Finalizada la defensa oral, una parte de la cual fue en lengua inglesa, los miembros del tribunal tomaron la palabra para subrayar algunos de los aspectos más relevantes de la tesis, y formular algunas recomendaciones y cuestiones al doctorando. Tomó la palabra, en primer lugar, la secretaria del tribunal, la Doctora Sara Spuntarelli de la Universidad de Camerino para subrayar, entre otros aspectos, la calidad metodológica de la investigación, al tiempo que requirió al doctorando que profundizara en los mecanismos de reacción para la defensa del contenido particular constitucional de los derechos de participación juvenil, habida cuenta de la singular naturaleza del núcleo de estos como principios rectores programáticos, y no como derechos subjetivos de invocación jurisdiccional directa. En segundo lugar, intervino el Doctor Miguel A. Presno Linera, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, quien destacó la “dimensión total” de la tesis, por su complitud, y felicitó al doctorando por la amplitud del nivel cultural acreditado con el uso de referencias no jurídicas, y en particular lingüísticas, en la tesis. También inquirió al doctorando, entre otras cuestiones, a propósito de qué sentido conservaría la mayoría de edad general del texto constitucional español si las distintas capacidades de obrar se gradaban en otras edades previas, e reflexionó a propósito de la consideración

como tal de algunos de los mecanismos de invocación del contenido del artículo 48 de la Constitución española de 1978 sostenidos por el doctorando. Finalmente, le correspondió el turno de palabra al presidente del tribunal, el Doctor Juan F. Mestre Delgado, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Valencia, que comenzó sumándose a las felicitaciones al doctorando por concluir una obra de semejante magnitud, y por la identificación de elementos mínimos comunes trascendentes al plano territorial dado por el reparto de competencias interno. Asimismo, aconsejó reducir la obra a la hora de su publicación posterior a la defensa, y sugirió profundizar en los instrumentos para el control de la inactividad de los poderes públicos, y en particular del Legislador, en el desarrollo de los mandatos dados por el Constituyente. Fue común la recomendación de su pronta publicación, y la felicitación a la trascendencia de las barreras artificiales entre disciplinas del Derecho Público que tradicionalmente han separado el Derecho Administrativo del Constitucional o del de la Unión Europea.

A continuación, el presidente del tribunal procedió a invitar a cualquier doctor en la sala a tomar la palabra, invitación que fue aceptada por el del director de la tesis, Vicente Álvarez García, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura. Sus palabras fueron de agradecimiento hacia los miembros del tribunal por su disposición para tomar parte en la valoración y calificación de la tesis y de hacerlo presencialmente a pesar de la situación pandémica vigente. Asimismo, destacó la exposición oral y la labor investigadora del profesor Hernández Díez y la referencia que su obra de doctorado supondría para el específico campo de estudio que con ella se consolidaba.

Por último, el doctorando respondió a las diversas cuestiones suscitadas por el tribunal, tomando nota de las recomendaciones, las sugerencias, las críticas y las reflexiones hechas. De igual modo, agradeció al director de su tesis la excelente labor de orientación y apoyo realizadas durante el largo período de doctorado, y la confianza en poder seguir contando con su maestría en el futuro de su carrera académica.

4. GAUDEAMUS IGITUR

El tribunal consideró, tras las deliberaciones oportunas, otorgar por unanimidad la máxima calificación, Sobresaliente, y el mérito *Cum Laude* a la tesis de Enrique Hernández Díez *La regulación jurídica de la participación juvenil en España y Europa*. Además, la tesis cuenta con la “Mención Internacional” en el título de doctor.

Alegrémonos y demos la enhorabuena al nuevo Doctor.

Vivat Academia,/ vivant profesores./ Vivat membrum quodlibet,/ vivant membra quaelibet,/ semper sint in flore.

