ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO.

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

(*AFDUEx*)

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO.

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

(*AFDUEx*)

ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728

Núm. 40 (2024)

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

2024

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO.

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA (*AFDUEx*)

El *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura (AFDUEx),* con 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.

El *AFDUEx*, cuya proyección es netamente jurídica, de carácter abierto y acceso libre, 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

Manuel de Peralta Carrasco. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (UEx). España.

DIRECTOR

Pedro Ródenas Cortés. Profesor de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. España.

SECRETARIA

Cristina Cintora Egea. Profesora de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. España.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Pedro Ródenas Cortés. Director del Anuario (AFDUEx). Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. España.

Secretaria

Cristina Cintora Egea. Profesora de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. España.

Vocales

Mercedes Sabido Rodríguez. Directora del Departamento de Derecho Privado. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. España.

Gabriel Moreno González. Vicedecano de Relaciones Institucionales, Planificación e Infraestructuras. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. España.

Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona. Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz. Profesor del Máster Universitario de Abogacía y Procura en Badajoz. España.

Gregorio Serrano Hoyo. Director del Departamento de Derecho Público. Profesor Titular de Derecho Procesal. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. España.

María Félix Tena Aragón. Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Miembro de la Comisión General de Codificación. Profesora del Máster Universitario de Abogacía y Procura en Cáceres. España.

COMITÉ CIENTÍFICO

Acedo Pendo, Ángel. Profesor titular de Derecho Civil y Director Académico del Máster Universitario de la Abogacía y la Procura de la Universidad de Extremadura. España.

Álvarez García, Vicente. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Extremadura. España.

Andreu Gálvez, Manuel. Profesor de Derecho Romano de la Facultad de derecho de la Uex. España.

Arrieta Alberdi, Jon. Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad del País Vasco. España.

Baltar Rodríguez, Francisco. Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Zaragoza. España.

Calvo Vérgez, Juan. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Extremadura. España.

Checa González, Clemente. Catedrático de Derecho Financiero. Universidad de Extremadura. España.

Cortés Bechiarelli, Emilio. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura. España.

Cruz Márquez, Beatriz. Profesora Coordinadora del Grado en Criminología. Universidad de Cádiz. España.

Cuello Contreras, Joaquín. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura. España.

Daza Rojas, Julie Marcela. Abogada y Profesore de Derecho Civil. Universidad Nacional de Colombia.

Daugareilh, Isabelle. Directora del Centre for Comparative Labour and Social Security Law (Centre National Recherche Scientifique). Université de Bordeaux. Francia.

De Andrés Martín, Juan Ramón. Profesor Titular de Historia de la Universidad Rey Juan Carlos. España.

De Oliveira Xavier, Marinêz. Profesora Principal permanente de Derecho Civil del Instituto Politécnico de Beja, Portugal.

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

Franco Chasán, José. Profesor de Historia del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos. España.

Garduño Domínguez, Gustavo. Profesor de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, México.

Garza Castillo, Mario Alberto. Profesor de Ciencias Políticas y Director de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

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

Herke, Csongor. Professor Dr. Head of Departament of Criminal and Civil Procedure, Faculty of Law. University of Pécs. Hungria.

Hierro Hierro, Francisco Javier. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Extremadura. España.

Juanes Peces, Ángel. Exvicepresidente del Tribunal Supremo de España. "Of Counsel" en Dpto. Penal de CCS Abogados. España.

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

Llamas Pombo, Eugenio. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca. España.

Masferrer. Aniceto. Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Valencia. España.

Madrid Ramírez, Raúl. Catedrático de Filosofía del Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Chile.

Medina Ariza, Juan José. 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.

Mezzasoma, Lorenzo. Profesor Ordinario de Derecho Privado y Coordinador de Doctorado en Derecho del Consumo de la Universitá Degli Studi di Perugia. Italia.

Montero Juanes, Francisco Javier. Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma de Extremadura. España.

Moretón Sanz, Mª Fernanda. Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.

Obarrio Moreno, Juan Alfredo. Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Valencia. España.

Pérez Gallargo, Leonardo B. Profesor Principal de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de la Habana. Cuba

Perkumiene, Dalia. Assistant Professsor. Vytautas Magnus University. Kaunas. Lituania.

Quiroga Chapa, Sergio Alejandro. Profesor Principal de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

Rabinovich-Berkman, Ricardo. Catedrático de Principios Gles. de Dº Latinoamericano e Hª del Dº. y Director del Programa de Cursos para el Doctorado. Universidad de Buenos Aires. Argentina.

Román García, Antonio Manuel. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Extremadura. España.

Rosell Granados, Jaime. Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado. Universidad de Extremadura. España.

Ruiz Velasco Barba, Rodrigo. Profesor Principal de la Universidad Panamericana, México.

Seiça Girao, Irene. Profesora Principal de Derecho Civil de la Universidade de Coimbra, Portugal.

Serrano González de Murillo, José Luis. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura. España.

Soberanes Díez, José María. Profesor Principal y Director de Investigación de la Universidad Panamericana, México.

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

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

PRESENCIA EN BASES DE DATOS BIBLIOGRÁFICAS Y EN DIRECTORIOS Y PORTALES SOBRE INDICADORES DE CALIDAD:
SCOPUS, DOAJ, ERIHPlus, LATINDEX, REDIB, MIAR, Dialnet, REBIUN, HEINonline, VLEX, ÍnDICES CSIC, WorldCat, Google Scholar, Dulcinea (azul).

EDICIÓN: Servicio de Publicaciones de la UEx. https://publicauex.unex.es/

URL de la revista: https://revista-afd.unex.es/index.php/AFD/index

Edición online e edición impresa no venal (50 ejemplares)

Correo electrónico de la Secretaría: afduex@unex.es

DATOS: *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*.
Indizada en: SCOPUS, HeinOnline-Law Journal Library, DIALNET, DOAJ, vLex.
Evaluada en: LATINDEX. Catálogo V2.0 (2018 -) *Directory of Open Access Journals*, ERIHPlus, REDIB. Red Iberoamericana de Innovación y conocimiento científico.

AUTORIZACIÓN DE REPRODUCCIONES

© 2024. 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.

EDITA: Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones.

Plaza de Caldereros, 2. 10003 Cáceres. (España)
Teléf.: 927 257 041. Fax: 927 257 046
publicac@unex.es https://publicauex.unex.es/
Edición on-line e impresa (50 ejemplares)

DEPÓSITO LEGAL: CC-227-1985

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

COMPOSICIÓN E IMPRESIÓN: Editorial Sindéresis – oscar@editorialsinderesis.com

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO.

UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA

ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728

Núm. 40 (2024)

SUMARIO

I. PRESENTACIÓN

PEDRO RÓDENAS CORTÉS 17-18

II. ARTÍCULOS MONOGRÁFICOS

1.- **Filosofía del Derecho**

MARÍA NIEVES NAVARRO MOZO - ANTONIO SÁNCHEZ-BAYÓN. Estudio comparado y sistematizador del activismo judicial: Análisis heterodoxo socio-jurídico de la figura y sus efectos no deseados 23-48

CARLOS ISLER SOTO. La potestad política según Francisco de Vitoria: naturaleza, sujeto, origen y finalidad 49-67

JUAN FRANCISCO DIEZ SPELZ. Reflexiones iusfilosóficas sobre posverdad, verdad y derecho Verdad ontológica en el derecho y temporalidad 69-40

2.- **Derecho Civil**

MANUEL DE PERALTA CARRASCO. La propiedad agraria, su función social y sus limites reflexiones sobre un permanente camino a recorrer 97-126

PEDRO RÓDENAS CORTÉS. Licitud del tratamiento de datos personales por los SIC 127-152

DALIA PERKUMIENĖ - SAMANTA MORKŪNIENĖ. Regulación jurídica de la limitactión de la patria potestad desde la perspectiva nacional e internacional 153-184

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS. Los derechos de los animales como seres sintientes en Colombia..... 185-204

3.- **Economía política**

MIGUEL AGUSTÍN TORRES - SOPHIE MOREIL. El marco jurídico de la economía social y solidaria en Argentina. Configuración y evolución 207-240

4.- **Derecho penal y criminología**

SARA Mª MARCHENA GALÁN - LOREA ARENAS GARCÍA. La experiencia promedio: un modelo de gestión para la reducción del vertido ilegal 243-270

ÁNGEL MANZANARES GUTIÉRREZ. El impacto económico de la justicia restaurativa 271-292

REINALDO RAMÍREZ TEMPRANA. Necesidad de poner fin a la procrastinación de la modificación del modelo de administración de la justicia de menores en Cuba..... 293-322

5.- **Derecho Internacional**

JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA. Libre circulación de personas en la alianza del Pacífico, un derecho sin sustento normativo común..... 325-350

PASCUAL MARTÍN GALLARDO - MANUEL JESÚS MORÁN ROSADO. Gibraltar y su encaje en la Unión Europea..... 351-394

6.- **Derecho Administrativo**

JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO. La lucha contra las vulneraciones de los derechos de propiedad industrial e intelectual desde el prisma administrativo: las actuaciones institucionales de observancia en la Unión Europea y España 397-419

7.- **Derecho Constitucional**

JOSÉ ANTONIO SOLER MARTÍNEZ. Protección de datos de carácter personal y autonomía de las confesiones religiosas en el ordenamiento español y en la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea 423-446

ALVARO GONZALEZ-JULIANA MUÑOZ. La transparencia sobre la identidad de los asistentes parlamentarios: un análisis de la Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados de 28 de mayo de 2024 447-469

JOSÉ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. Preferencia por centro educativo aconfesional como cauce del interés superior del menos ante convicciones religiosas divergentes 471-483

MATI DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ ALFARO. El tratamiento de datos personales con fines jurisdiccionales y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa «*Habeas Data*» 485-511

PEDRO GARCIA GUIJARRO. La interpretación jurisprudencial restrictiva de la iniciativa pública en la economía como mecanismo constitucional 513-536

8.- **Derecho Eclesiástico**

JAIME ROSSELL GRANADOS. Libertades civiles y pluralidad religiosa en la UE: libertad religiosa y libertad de expresión 539-562

9.- **Derecho financiero/tributario**

FÁTIMA PABLOS MATEOS. La fiscalidad de la vivienda ante el reto demográfico: las medidas tributarias vigentes en Extremadura.... 565-588

10.- **Ensayo/traducción**

ARMIN KAUFMANN - JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Problemas del conocimiento jurídico ejemplificados en el Derecho Penal..... 591-606

III.- JURISPRUDENCIA

LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA. Sentencias civiles Provincial de Badajoz 609-616

JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO. Sentencias relevantes en la Sala de lo Penal (sección 2ª) de la Audiencia Provincial de Cáceres..... 617-622

FRANCISCO JAVIER MONTERO JUANES. Circulares de la Fiscalía General del Estado promulgadas entre el 1 de diciembre de 2022 y el 30 de noviembre de 2024..... 623-630

IV. CRÓNICAS

JUAN ANTONIO PAVÓN PÉREZ - RAFAEL ROBINA RAMÍREZ. XXXI Congreso Internacional EBEN (European Business Ethics Network), Universidad de Extremadura: "El humanismo empresarial en la era digital: una visión ética de la inteligencia artificial" 633-637

V. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

DIEGO BECERRA FERNÁNDEZ. La reforma de las administraciones y las políticas públicas ante el reto demográfico en Extremadura 641-645

YEARBOOK OF THE SCHOOL OF LAW.

UNIVERSITY OF EXTREMADURA

ISSN: 0213-988X– ISSN-e: 2695-7728

No. 40 (2024)

SUMMARY

I. INTRODUCTION

PEDRO RÓDENAS CORTÉS 17-18

II. MONOGRAPHIC ARTICLES

1.- **Philosophy of Law**

MARÍA NIEVES NAVARRO MOZO - ANTONIO SÁNCHEZ-BAYÓN. *Comparative and systematized study on judicial activism: socio-legal heterodox. Analysis of the institution and its unwanted effects* 23-48

CARLOS ISLER SOTO. *Political power according to Francisco de Vitoria: its nature, subject, origin and end* 49-67

JUAN FRANCISCO DIEZ SPELZ. *Philosophical reflections on post-truth, truth and law Ontological truth in law and temporality*..... 69-40

2.- **Civil Law**

MANUEL DE PERALTA CARRASCO. *Agrarian property, its social function and its limits. Reflections on a permanent path to travel* 97-126

PEDRO RÓDENAS CORTÉS. *Lawfulness of the processing of personal data by CIS*..... 127-152

DALIA PERKUMIENĖ - SAMANTA MORKŪNIENĖ. *Legal regulation of the parental authority restriction in national and international perspective*..... 153-184

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS. *The rights of animals as sentient beings in Colombia*..... 185-204

3.- **Political economy**

MIGUEL AGUSTÍN TORRES - SOPHIE MOREIL. *The legal framework of the social and solidarity economy in Argentina. Configuration and evolution*..... 207-240

4.- **Criminal law and criminology**

SARA Mª MARCHENA GALÁN - LOREA ARENAS GARCÍA. *The promedio experience: a management model for the reduction of illegal dumping*..... 243-270

ÁNGEL MANZANARES GUTIÉRREZ. *The economic impact of restorative justice*..... 271-292

REINALDO RAMÍREZ TEMPRANA. *Need to put an end to the procrastination of the model of administration of juvenile justice in Cuba*..... 293-322

5.- **International law**

JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA. *Free movement of people in the pacific alliance, a right without common regulatory support*..... 325-350

PASCUAL MARTÍN GALLARDO - MANUEL JESÚS MORÁN ROSADO. *Gibraltar and its fit in the European Union*..... 351-394

6.- **Administrative Law**

JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO. *The fight against the infringement of intellectual property rights from an administrative perspective: institutional enforcement measures in the European Union and Spain* 397-419

7.- **Constitutional Law**

JOSÉ ANTONIO SOLER MARTÍNEZ. *Protection of personal data and the autonomy of religious denominations in the Spanish legal system and in the jurisprudence of the European Union courts* 423-446

ALVARO GONZALEZ-JULIANA MUÑOZ. *Transparency on the identity of parliamentary assistants: an analysis of the Resolution of the Bureau of the Congress of Deputies of May 28, 2024* 447-469

JOSÉ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. *Preference for a non-denominational educational center as a channel for the best interests of the child in the face of divergent religious convictions* 471-483

MATI DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ ALFARO. *The processing of personal data for jurisdictional purposes and the exercise of the right to informational self-determination «Habeas Data»* 485-511

PEDRO GARCIA GUIJARRO. *The restrictive judicial interpretation of the public initiative in economy as a constitutional mechanism* 513-536

8.- **Ecclesiastical Law**

JAIME ROSSELL GRANADOS. *Civil freedoms and plurality in the EU: religious freedom and freedom of expression* 539-562

9.- **Financial/tax law**

FÁTIMA PABLOS MATEOS. *Housing taxation in the face of the demographic challenge: the tax measures in force in Extremadura* 565-588

10.- **Essay/Translation**

ARMIN KAUFMANN - JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. *Problems of legal knowledge exemplified in Criminal Law*.. 591-606

III.- JURISPRUDENCE

LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA. *Civil sentences province of Badajoz - 2024* 609-616

JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO. *Relevant sentences in the criminal chamber (Section 2) of the provincial court of Cáceres* 617-622

FRANCISCO JAVIER MONTERO JUANES. *Circulars of the office of the attorney general promulgated between december 1, 2022 and november 30, 2024* 623-630

IV. CHRONICLE

JUAN ANTONIO PAVÓN PÉREZ - RAFAEL ROBINA RAMÍREZ. *XXXI International Congress Eben (European Business Ethics Network), University Of Extremadura: "Business humanism in the digital age: artificial intelligence"* 633-637

V. BIBLIOGRAPHICAL REVIEWS

DIEGO BECERRA FERNÁNDEZ. *The reform of administrations and public policies in the face of the demographic challenge in Extremadura* 641-645

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura elabora la cuadragésima edición de su Anuario (AFDUEx), correspondiente al año 2024. En ella, se continua la tendencia de las anteriores ediciones incluyendo un recopilatorio de trabajos académicos, investigadores o jurisprudenciales de prestigiosos nombres relacionados con el ámbito jurídico junto a otras secciones, no de menor importancia, como son las recensiones bibliográficas, congresos, conferencias y crónicas académicas de la Facultad. Dichos trabajos gozan de una contrastada calidad al ser revisados por pares elevando el prestigio y reputación del AFDUEx.

Si el lector me otorga una pequeña licencia, debo realizar un agradecimiento específico al Sr. Decano, el Dr. D. Manuel de Peralta Carrasco, quién elevó la propuesta de mi nombramiento y su confianza plena ante la Junta de Facultad.

El esfuerzo de los autores y la calidad de sus trabajos han llevado al AFDUEx a ser indexado ante reconocidas bases de datos internacionales y nacionales, tales como SCOPUS (referente mundial en bases de datos bibliográficas); indicador de impacto SJR (Scimago Journal Ranking sobre datos facilitados por SCOPUS); DIALNET (referente en Ciencias Jurídicas en lengua castellana); LATINDEX (revistas científicas editadas en Iberoamérica y Portugal) y, entre muchos otros de enorme difusión global, DOAJ (Directory of Open Access Journals), REDIB (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), MIAR (Matriz de Información para el Análisis de Revistas), HeinOnline (recurso exclusivo con más de 130 millones de páginas de historia legal), DULCINEA (base de datos sobre políticas editoriales de revistas científicas españolas), ÍnDICEs-CSIC (perteneciente al CSIC), ERIHPLUS (European Reference Index for the Hu-manities and Social Sciences) o VLEX (renombrada base de datos jurídicas en España).

Es nuestro deseo, y en ello empeñamos el esfuerzo personal y del equipo de trabajo, mantener y acrecentar prestigio y calidad del Anuario, cosa que no sería posible sin los numerosos autores que se han interesado por publicar en el mismo. Quisiera agradecerles a todos aquellos quienes presentaron sus trabajos, hayan sido admitidos o no, y a los profesionales que han participado como revisores y editores por su implicación entusiasta en este número (40), al cumplimentar las directrices, así como por la rigurosidad en sus trabajos y predisposición a colaborar con los gestores de esta publicación. Además, de forma casi irremediable, animarlos a incrementar el nivel técnico de todos los trabajos para dotar a futuras ediciones al AFDUEX de un mayor nivel influencia en nuestro mundo académico-jurídico

En Cáceres, a 30 de diciembre de 2024

Dr. PEDRO RÓDENAS CORTÉS

Director del AFDUE

II. ARTÍCULOS MONOGRÁFICOS

1.- FILOSOFÍA DEL DERECHO

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 23-48
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.23

ESTUDIO COMPARADO Y SISTEMATIZADOR DEL ACTIVISMO JUDICIAL: ANÁLISIS HETERODOXO SOCIO-JURÍDICO DE LA FIGURA Y SUS EFECTOS NO DESEADOS[*]

COMPARATIVE AND SYSTEMATIZED STUDY ON JUDICIAL ACTIVISM: SOCIO-LEGAL HETERODOX ANALYSIS OF THE INSTITUTION AND ITS UNWANTED EFFECTS

MARÍA NIEVES NAVARRO MOZO

Universidad Europea Miguel de Cervantes, Valladolid

ANTONIO SÁNCHEZ-BAYÓN

Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

Revisión crítica de Derecho Comparado, Sociología Jurídica, Filosofía Político-Jurídica y Nueva Economía Política, aplicado a la figura del activismo judicial y sus efectos. Se trata de un problema creciente en democracia y Estado de Derecho, al no respetarse la separación efectiva de poderes y tenderse a la confusión entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Se ofrece aquí un análisis de naturaleza político-jurídica y de efectos no

[*] Agradecimientos: *Grupo de Investigación en Comunicación e Información Digital* (GICID-UNIZAR), GESCE-Universidad Rey Juan Carlos (URJC) y GID-TICTAC CCEESS-URJC, CIELO-ESIC Business & Marketing School.

deseados de la figura y su sistematización, ilustrada empíricamente con sentencias. Se completa todo ello con un dictamen sobre la supuesta crisis institucional y de régimen político-jurídico que comporta.

Palabras clave: Activismo judicial, guerra judicial, separación de poderes, crisis institucional, enfoques heterodoxos.

ABSTRACT

This is a critical review on Comparative Law, Legal Sociology, Political-Legal Philosophy and New Political Economy, applied to the institution of judicial activism and its effects. This is a growing problem in democracy and the rule of law, as the effective separation of powers is not respected and there is a tendency towards confusion between the Executive Branch and the Judicial Branch. Here, there is an analysis of the political-legal nature and unwanted effects on the figure and its systematization, empirically illustrated with sentences. All of this is completed with a ruling on the alleged institutional crisis and political-legal regime that it entails.

Keywords: Judicial activism, Lawfare, division of powers, institutional crisis, heterodox approaches.

Sumario: 1. 1. Presentación: un fantasma recurre las democracias liberales. 2. Objetivos y métodos. 3. Activismo judicial: noción y desarrollo. 4. Sistematización de sentencias. 4.1. Manipulativas. 4.2. Atípicas. 4.3. Heterodoxas. 4.4. Imaginativas. 4.5. Vanguardistas. 4.6. Fundamentalistas. 4.7. Constructivistas. 4.8. Maximalistas. 4.9. Anti-formalistas. 4.10. Hipergarantistas. 4.11. Contrapotestativas. 4.12. Justicieras. 5. Resultados y discusión: efectos y dictamen. 6. Conclusión. Referencias bibliográficas.

1. PRESENTACIÓN: *UN FANTASMA RECORRE LAS DEMOCRACIAS LIBERALES*

Como ya advirtieran Marx y Engels (1848), un *fantasma recorre Europa* y el resto de Occidente, poniendo en riesgo las democracias liberales. Durante la Guerra fría (1949-89) estaban activadas las alertas para velar por la calidad institucional de las democracias liberales (con una separación clara de poderes y mecanismos de frenos y contrapesos), frente a las repúblicas socialistas y sus

injerencias (sin dichas restricciones al estatalismo y intervencionismo *ultra vires* del ejecutivo); sin embargo, las citadas injerencias tuvieron lugar durante las guerras culturales (entre los años 60 y 80, Sánchez-Bayón, 2013a, 2014a y 2019a-b; Yarnold, 1999 y 2000). Fue entonces cuando, al aprovecharse el movimiento de libertades civiles, surgió el activismo judicial moderno (basado en un supuesto Derecho sociológico, resultando más bien constructivismo jurídico y uso alternativo del derecho) con figuras como *affirmative action* o discriminación positiva (Sánchez-Bayón, 2013a, 2014a, 2015 y 2019a-b). En los años 80 tuvo su contestación con el movimiento originalista (Berger, 1987; Kirk, 1999), más la Economía Constitucional (Brennan y Buchanan, 1985; Buchanan, 1987; Buchanan, 1990). Al terminar la Guerra fría, con la caída de la URSS (1989-91), se confió en el triunfo de las democracias liberales y su Estado de Derecho (calificándose como *el fin de la Historia*, Fukuyama, 1989 y 1992), pero en la década del 2000 comenzó otra nueva guerra fría (con la *Guerra contra el terror* y el *eje del mal o anti-occidentales*, Sánchez-Bayón, 2017), así como otras guerras culturales, por el control de la cultura y la educación (Gramsci, 1948-51), y condicionar de este modo la justicia (su noción, su naturaleza, sus instituciones, etc.), ya no vista desde el *logos* (racionalidad individual), sino desde el *pathos* (sentimiento colectivo), por influjo de las políticas identitarias y sus sentido de la justicia social (Lilla, 2017; Fukuyama, 2018). De tal suerte, en Occidente se pasó del *activismo judicial* (retorsión del sentido de la ley fuera altavoz ideológico, Sánchez-Bayón, 2010) a las *guerras judiciales* (polarización e intentos de deslegitimación de posturas y deconstrucción del Ordenamiento, Kittrie, 2016): se pasa así introducir nuevas narrativas mediante el uso alternativo del Derecho (impulsado por posturas progresistas –con contrarreacción originalista, Breyer, 2005; Marshall, 2011) a poner bajo sospecha al conjunto del Ordenamiento y sus instituciones, siendo necesaria una crisis institucional y de régimen político-jurídico (Sánchez-Bayón, 2013b). De este modo, se han ido incluyendo vía legislativa y/o judicial neodelitos de autor, de memoria, de odio, etc. (Sánchez-Bayón, 2023 y 2024a), así como nuevas relaciones institucionales en favor del Poder Ejecutivo, con mayor influencia en el Poder Judicial (v.g. nombramiento de los jueces que han de juzgar los posibles casos delictivos por cargos políticos; nombramientos en Fiscalía, condicionándose las causas y su instrucción, Sánchez-Bayón y Peña, 2021).

Este fantasma que recorre las democracias liberales, hace necesario un estudio como este. Se pretende así analizar la figura del activismo judicial, ofreciéndose una síntesis de su desarrollo y una sistematización de sentencias (con ilustraciones empíricas), más una evaluación de sus efectos (especialmente los

indeseados), de modo que sea posible dictaminar a la postre si ha habido una mutación efectiva en *Lawfare* o guerras judiciales, y si se está produciendo una crisis institucional y de régimen político-jurídico (inspirada por el constructivismo y el uso alternativo del derecho).

2. OBJETIVOS Y MÉTODOS

Para poder ofrecer un análisis satisfactorio del activismo judicial y sus efectos, ello requiere de una demarcación científica previa (Popper, 1959[1934] y 1994: cap. 1; Hayek, 1952a-b), fijándose las bases del estudio, con especial atención a sus objetivos y métodos empleados.

Las bases para este estudio permiten conocer cómo se ha llegado al concepto de la figura a evaluar. Dicho concepto puede establecerse por, al menos, dos vías (Fernández y Rodríguez, 1982; Sánchez-Bayón y Arpi, 2024): a) la dogmática, procurándose una explicación posterior de manera lógico-deductiva; b) la empírica, partiéndose de unos datos y sus correlaciones, de modo que desde el cúmulo de casos pueda esbozarse la teoría correspondiente. Tal visión contrapuesta ha llevado a asumir dos posiciones en tensión: de un lado, los aprioris-mos-axiomáticos (Rothbard, 1957), y de otro lado, el ultra-empirismo (Blaug, 1968). No obstante, claro que caben otras posturas intermedias (como reivindicara Aristóteles, para su búsqueda virtuosa), como la jurídico-económica aquí seguida (que alcanza y tiende puentes entre racio-naturalistas, positivistas e institucionalistas): se corresponde con los enfoques heterodoxos *mainline* (Boettke et al, 2016; Sánchez-Bayón, 2020) o de fundamentos de Ciencias Sociales (opuestos al *mainstream* o pensamiento dominante, de corte aplicado y cuantitativo, para la confirmación y/o supuesta predicción, Sánchez-Bayón et al, 2023), combinándose así los siguientes marcos teóricos y metodológicos, por aceptar como base común de su análisis el principio de realismo, con el individualismo metodológico y compositivo, así como la ilustración empírica (Alonso et al, 2023).

Como notas sobre las escuelas y métodos empleados, se sigue la sistematización de Sánchez-Bayón (2022 y 2024b):

a) Escuela Austriaca de Economía (EAE): se atiende al teorema de Mises sobre la imposibilidad económica del socialismo y su ingeniería social (Mises, 1922, 1929, 1933, 1944), revisado por Hayek (1944, 1988), extendido luego a cualquier intervencionismo coactivo centralizado y represor de la libertad,

según Hoppe (1989) y Huerta de Soto (1992); finalmente, desde este trabajo, se trasplanta dicho teorema al análisis jurisprudencial, el cual también resulta inviable desde el constructivismo y uso alternativo del derecho (incluida la versión reciente de *Lawfare,* como intervencionismo *ultra vires* y pro-ejecutivo). El teorema de Mises tiene su corolario en los teoremas de elección pública de Buchanan-Tullock (sobre la agenda infinita, los bienes públicos y los buscadores de renta, las redes clientelares, etc., vid. siguiente apartado). Otra idea clave de EAE aplicable a este estudio es la tesis de Hayek sobre el orden espontáneo (desarrollando la mano invisible de Smith, 1776), a favor de las instituciones sociales evolutivas (Hayek, 1946; 1952a, 1952b). En términos metodológicos, EAE ofrece diversos recursos desde sus inicios, con su *methodenstreit* o disputa del método, abogando por su pluralismo en Ciencias Sociales (Menger, 1883; Mises, 1929, 1933; Huerta de Soto, 1992, 2000; Hoppe, 1995).

b) Enfoque neo-institucionalista de la Nueva Economía Política (NIE-NEP): a) *Law & Economics* o Análisis Económico del Derecho es importante el teorema de Coase sobre la empresa y los costes transaccionales (Coase, 1937, 1960); b) *Public choice* o Elección pública ofrece una serie de teoremas de Buchanan-Tullock sobre el intervencionismo excesivo, sustentados en el fin del romanticismo político y su Estado paternalista, porque hay muchos juegos de poder y agendas ocultas en las decisiones, con efectos correlacionados: buscadores de rentas, clientelismo, capitalismo de amigos, agenda inconclusa e inclusiva, etc. (Buchanan y Tullock, 1962; Anderson, 1986); c) *Constitutional Economics* o Economía constitucional ofrece el teorema de Buchanan sobre la relevancia y coste de las reglas (Brennan y Buchanan, 1985; Buchanan, 1986, 1987, 1990, en coincidencia con Hayek, 1960, 1973). Su metodología también se basa en el principio de realismo y el individualismo metodológico y (re)compositivo para explicar fenómenos complejos, reforzándose todo ello con ilustraciones empíricas (algo parecido a lo que se hace en el ámbito del Derecho, al acompañar a los argumentos con evidencias).

Por tanto, aplicándose dichos marcos teóricos y metodológicos es posible un estudio mixto, que parta de un concepto fruto de la combinación de la observación de la realidad y su reducción lógica hasta sus elementos más básicos, para luego ofrecer un marco comprensivo que dote de sentido a fenómenos sociales complejos, además de plantearse casos que respalden las explicaciones dadas. De tal manera ha sido factible el ofrecer aquí una aproximación conceptual del activismo judicial, con su casuística sistematizada e ilustrativa de los ejemplos que se pueden encontrar, dejándose para el final un balance de sus efectos en la

realidad social de la que se ha partido. Evidentemente, este enfoque heterodoxo *mainline* entra en conflicto con corrientes cada vez más extendidas –con vocación *mainstream* al impulsarse desde los poderes públicos- como es la del constructivismo jurídico o el uso alternativo del derecho (Sánchez-Bayón, 2017) y su deriva actual del *Lawfare* (como se aclara más adelante).

3. ACTIVISMO JUDICIAL: NOCIÓN Y DESARROLLO

La noción y desarrollo del activismo judicial ya fue estudiado, tres lustros atrás por Sánchez-Bayón (2010, 2012 y 2014c), estableciendo que era la torsión del sentido de la ley para terminar expresando juicios de valor (además de volverse el Derecho en sentido normativo como en otras ciencias sociales donde impera la voluntad transformadora de la realidad, en vez de la comprensión de la misma, Sánchez-Bayón et al, 2023). De tal modo, esta figura comprendía desde los intentos *ultra vires* de regular aquello no tipificado aún hasta la comisión de delitos, relativos a la prevaricación y el cohecho, sumándose en los últimos años también expresiones de uso alternativo del derecho como *Lawfare*. En la actualización de este programa de investigación, la Prof. Navarro ha realizado un estudio comparado de la producción de sentencias, para ampliar la sistematización realizada en los últimos tiempos. El objetivo es conocer mejor el fenómeno, su sistematización e indagar si se trata de una politización de la justicia (activismo judicial tradicional), una judicialización de la política (*Lawfare*), o una hibridación de ambos escenarios (conducente a una crisis del sistema jurídico).

La supuesta intromisión de Jueces y Tribunales de Justicia no es asunto baladí y de ello se hacen eco sesudos autores doctrinales, toda vez que afecta a la vida diaria de los ciudadanos directamente, o indirectamente a través de la percepción no errática que el común de la población tiene, al ver cómo esta injerencia traspasa el plano general, yendo un paso más allá al entrar de lleno en los asuntos políticos, lo cual contribuye a que la ciudadanía pueda sentirse menoscabada o por qué no decirlo discriminada en la aplicación del principio de igualdad, con un trato desigual ante la ley y en tanto en cuanto el poder judicial interviene en asuntos de gestión dentro de la gobernanza de países considerados democráticos, de tal manera que con sus resoluciones desarrollan una proactividad interpretada por no pocos sectores de la intelectualidad mundial como un peligro en las políticas nacionales por sus decisiones, más o menos claramente determinantes en la evolución e involución de los Estados, pues éstos pueden

terminar quedando como simples medios para conseguir los fines que el Poder Judicial dictaminen o al contrario (Martin Méndez, 2018, p.1).

4. SISTEMATIZACIÓN DE SENTENCIAS

4.1. Manipulativas

Con estas sentencias, de alguna manera se usurpa al legislador lo que ha querido plasmar en la ley de que se trate, y esto lo lleva a cabo la justicia mediante la interpretación que hace de las normas (v.g. eliminando o incluyendo palabras para dar una lectura diferente a la prevista *ab initio* por el legislador). Más en concreto, en el caso del texto constitucional, es la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de las leyes para que estén dentro del marco constitucional, pero lo que no resulta plausible es que a través de esto se busquen motivaciones tendenciosas que escondan inclinaciones políticas, pues lo que corresponde a este Tribunal es sacar del contexto constitucional aquello que no sea ajustado al mismo, y por consiguiente con este modelo de sentencias, el Tribunal Constitucional mantiene leyes que en principio deberían ser inconstitucionales y lo hace por razones de utilidad u oportunidad (Rubio Llorente, p. 9-51). A propósito de esto, Gascón Abellán (2016) menciona que "(...) El Tribunal puede "salvar" la constitucionalidad de la ley de dos modos: bien *modificando su texto* para provocar una interpretación constitucional (...), bien *manipulando directamente su interpretación* (...)".

Un ejemplo de este tipo de sentencias lo encontramos en la STC 116/1987, de 7 de julio, que trata sobre la cuestión de inconstitucionalidad nº 107/1986, en relación con la Ley 37/1984 de 22 de octubre sobre el reconocimiento de derechos y servicios prestados a aquellos que en la guerra civil formaron parte de las fuerzas armadas, también las de orden público y el cuerpo de carabineros de la república. Actuó como presidente del Tribunal Constitucional en esta sentencia, el Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente.

En la mencionada sentencia 116/1987, se amplían y se hacen extensibles los derechos de los militares profesionales a todos ellos con independencia de si se han incorporado antes del comienzo de la guerra civil o si su nombramiento ha sido con posterioridad al dieciocho de julio de 1936. Y como reflejo de la tipología de sentencias que nos ocupa, está lo recogido en el fallo que estima parcialmente la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 4 de la Ley 37/1984, y sin embargo desestima la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

4.2. Atípicas.

Siguiendo los planteamientos neoconstitucionalistas de Gustavo Zagrebelski en su obra *La Justicia Constitucional,* en la que analiza hasta dónde llega esta justicia en la política. De hecho esta su consideración sobre la merma del positivismo, de tal manera que se ve ese decrecimiento del derecho a la ley y cómo ésta culmina siendo una herramienta de la potestad y poder. Por otro lado, también centra su interés a través de la obra *El Derecho Dúctil* en las leyes y en los principios, dónde reflexiona sobre lo concreto de las normas jurídicas y sobre los principios que con carácter general sirven de conductores para la aplicación que de las leyes hace la judicatura en su conjunto.

En la justicia constitucional puede ocurrir que el Tribunal Constitucional dicte sentencias que extralimitan la respuesta que se espera del mismo, como es la inconstitucionalidad o no de determinada norma jurídica, de modo que yendo más allá, lo que termina haciendo es modificar normas fijando criterios de común utilización. En este contexto de actitud proactiva por parte del Tribunal Constitucional, está el que no sólo emite fallos sobre leyes sino que realiza interpretaciones que se deducen de éstas. Dentro de la casuística de este modelo de sentencias atípicas, se podrían encuadrar también las manipulativas *ut supra*, amén de otras muestras.

La separación de poderes que formuló Montesquieu, puede verse amenazada en aquellos casos en que el juez de alguna manera se erige con pronunciamientos más propios del derecho positivo que con pronunciamientos que determinen la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma.

Para mayor abundamiento en estos supuestos de otorgar legitimidad a sentencias atípicas, los Tribunales Constitucionales por ende lo que llevan a efecto son apreciaciones que difieren de las planteadas por el legislador en la letra de la ley de que se trate, y como visión favorable de esta cuestión podría tratarse de la evitación del denominado *horror vacui* o miedo al vacío en este caso legal que supondría declarar una norma inconstitucional y anularla (Chacín Fuenmayor, 2010, p.105-114).

Un ejemplo de esta exposición se puede ver en la STC 31/2010, de 28 de junio, siendo presidenta la Excma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde, por el recurso de inconstitucionalidad 8045-2006 interpuesto por diputados del grupo parlamentario popular del Congreso contra varios preceptos de la LO 6/2006 de 19 de julio de reforma del Estatuto Autonómico de Cataluña. En esta sentencia queda en entredicho el Estatuto de Autonomía de Cataluña en tanto en cuanto no

solamente algunas de las disposiciones que recoge se entienden inconstitucionales sino que también se hacen interpretaciones que afectan a lo contemplado en otras (Díaz Revorio, 2011, p. 53 ss.). Y aquí el papel del Tribunal Constitucional para algunos sobrepasa su misión interpretativa del texto constitucional, y Aparicio Pérez contempla (2010) "(...) el Tribunal no se sitúa como intérprete de la Constitución sino como «comisario del poder constituyente» (...)" (p.26).

4.3. Heterodoxas

La pregunta de partida sería ¿qué es lo adecuado, tradicional y ortodoxo seguido por la generalidad? ¿Y qué es lo disidente o heterodoxo y por tanto se escapa de un seguimiento generalizado? Pues bien, podría depender de cuál de las dos visiones del derecho se atiende: iusnaturalismo fue la ortodoxia hasta el s. XIX, pasando luego a ser heterodoxia desde el s. XX; y en relación inversa, el iuspositivismo formalista se convirtió en la nueva ortodoxia desde finales del s. XIX, con la consolidación del Estado-nación y sus Facultades de Derecho en su cadena de universidades públicas (Sánchez-Bayón, 2010 y 2015).

Un ejemplo que se puede traer a colación de este hilo argumental, lo podemos ver en el recurso de casación para la unificación de doctrina en sentencias dictadas en suplicación por las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia y que tienen como finalidad corregir desviaciones y discrepancias en la interpretación que se hace de determinada ley, véase lo que recoge el art. 219-1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social:

> El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contra contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

También procede recordar una STJCE de 24 de noviembre de 1993 en los asuntos C-267/91 y C-268/91, en un procedimiento penal entablado contra Bernard Keck y Daniel Mithouard, y en la que este tribunal se aparta de su jurisprudencia clásica[†].

[†] EUR-Lex - 61991J0267 - ES (24 de noviembre de 1993) Procedimiento penal entablado contra Bernard

4.4. Imaginativas

Es una tipología de sentencias que no se caracterizan por su profusión en España, sin embargo se pueden encontrar ejemplos en casos como el de menores donde además de la pena impuesta se quiera también incluir un componente netamente educativo, y así nos encontramos con una figura en la carrera judicial comprometida con esta idea como es Emilio Calatayud, conocidísimo Juez de Menores de Granada. Sus sentencias son esencialmente de enseñanza al infractor, y hay diversas muestras de ello, *v.gr* la que se recoge en distintos medios, en cuyo fallo se condenó a un menor de edad que había sustraído un secador, a matricularse en un curso de peluquería y que tras aprobarle, debería cortar el pelo a su Señoría. Verdaderamente la búsqueda ya no solamente de una retribución con privación de libertad por el delito cometido conlleva la aplicación de la norma, sino que también implica resolver el pleito con medidas alternativas al internamiento y de ir un paso más lejos con sentencias que aboguen por la enseñanza en el buen comportamiento del joven en cuestión, y en base a esto parece que el Consejo General del Poder Judicial no es contrario al dictamen de una imposición con mayor imaginación. Tema éste el de menores infractores, diversamente analizado y en ocasiones cuestionado su tratamiento (García Pablos, 1996).

La imaginación en el ámbito de la justicia, no sólo tiene cabida en España, pues en otros países lejos de nuestro entorno, se pueden encontrar sentencias que apoyan esta cuestión, tal y como describe en su exposición Zuluaga Jaramillo (2022, p.184-199), cuando se refirió a la imaginación en cuanto que: a) Innovación romántica; b) Proyección de la acción; c) Construcción del campo histórico.

4.5. Vanguardistas.

En este activismo judicial, en este neoconstitucionalismo presente en diferentes países, donde el juez de manera acertada o no, tiene un papel destacado, no ya en la interpretación de las leyes sino en la propia "creación" de normas. Marín Castán (2016) hace mención y se fija lo siguiente:

> El neoconstitucionalismo, como cultura jurídica imperante, es el escenario

Keck y Daniel Mithouard – Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91 EUR-Lex - 61991J0267 - ES (europa.eu) [fecha de consulta 25-09-2023].

> propicio para que el activismo judicial pueda generarse y desarrollarse .La administración de justicia asume un papel creciente en los sistemas políticos democráticos actuales, un fenómeno que, recientemente, ha sido denominado "judicialización de la política". En el nuevo paradigma neoconstitucional los jueces cobran una gran importancia, no solo los jueces constitucionales, sino también la jurisdicción ordinaria. La relevancia adquirida por el juez en los sistemas jurídicos constitucionalizados plantea serios problemas (pp.111-132).

En Méjico hay testimonios en medios de comunicación (SCJN es uno de los tribunales más vanguardistas en sentencias sobre aborto, Nación, 2021) donde se recoge este fenómeno sobrevenido trasladado a sentencias, y así nos encontramos con Arturo Zaldívar Lelo de Larrea que actuando como ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación menciona la sentencia emanada de este órgano que marca un hito en dicho país, pues discriminaliza el aborto y por ende a las mujeres que lo ejerzan de acuerdo a los términos recogidos en esta sentencia.

Siguiendo con esta proactividad de la justicia que la lleva a acometer el dictado de sentencias innovadoras, basadas en una interpretación rigurosa o amplificada de la ley, nos topamos con la sentencia de 22 de julio 2021 del Juzgado de lo Penal Nª 2 de Mataró en la que la jueza Lucía Avilés Palacios (2022) que refiere la violencia económica como una forma de violencia machista, y para ello se apoya en la Ley 5/2008, de 24 de abril catalana que tiene un fin profiláctico de ayuda a las mujeres. Esta jueza basándose, como ella explica, en el Código Penal ejerce una labor legislativa de impulso judicial refiriendo la violencia económica como un tipo de violencia hacia la mujer. A continuación se expone el dictado del art. 4-2 e) Ley 5/2008 y del art. 4-2 CP:

> 4-2 e) Violencia económica: consiste en la privación intencionada y no justificada de recursos para el bienestar físico o psicológico de una mujer y, si procede, de sus hijos o hijas, en el impago reiterado e injustificado de pensiones alimenticias estipuladas en caso de separación o divorcio, en el hecho de obstaculizar la disposición de los recursos propios o compartidos en el ámbito familiar o de pareja y en la apropiación ilegítima de bienes de la mujer.
>
> Y 4-2: En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

4.6. Fundamentalistas

Dentro del activismo judicial que nos ocupa, hay otro modelo de sentencias denominadas fundamentalistas, en las que de alguna manera la justicia se erige en legislativo a través de su interpretación de las leyes. Y de tal modo esto es así, que *v.gr*. dentro de la comunidad andina un país como Colombia tiene un claro testimonio de ello en dos sentencias, una es de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema y la otra es de la sección tercera del Consejo de Estado, mediante las cuales se limita el poder estatal para afrontar la actuación del terrorismo que padece dicho país (Román Ortiz, 2011).

En España, en torno al sentimiento religioso, cambiante en función de mutaciones en el sistema del estado, ha habido confusas interpretaciones sobre la libertad de expresión *vs* libertad religiosa, y parece haber un decrecimiento en el respeto debido a los que profesan determinada confesión, a su respecto se refiere Salinas Mengual (2019):

> "(...) puede llegarse a la conclusión de que la libertad religiosa es un «derecho huérfano». Y lo es por dos causas, principalmente. La primera es una pérdida de sensibilidad en lo que se refiere a las violaciones de este derecho, lo que sin duda es un dato significativo a la hora de valorar cuál es el papel que se asigna a la religión en la sociedad de nuestros días. La segunda es que, mientras que hay una creciente concienciación respecto a las violaciones de derechos relacionados con la raza o el sexo, sin embargo cada vez va decreciendo, de manera alarmante, el consenso social sobre los derechos de quienes profesan una determinada fe religiosa" (p.22).

Según comunicación del Poder Judicial, esto se vislumbra en alguna sentencia como la emitida tanto por un Juzgado de Primera Instancia de Valladolid como por la Audiencia Provincial en vía de recurso de la misma ciudad que desestiman la demanda interpuesta por la Asociación Española de Abogados Cristianos contra un actor, porque a juicio del fallo se considera que no menoscaba el honor de la misma ya que la opinión vertida está dentro de la libertad de expresión, aún cuando les tildó de "organización fundamentalista y troglodita" – curiosamente, desde el constructivismo jurídico y judicial, junto con el uso alternativo del derecho, se ha impulsado la figura de los delitos de odio y de memoria, al mismo tiempo que se busca la despenalización de las ofensas religiosas o a la Corona.

4.7. Constructivistas

Lo visto hasta ahora en cuanto al activismo judicial, se aleja notablemente del aforismo *in claris non fitinterpretatio,* y ello se debe a que hay normas que admiten más de una interpretación y por consiguiente se puede alterar el contenido que el legislador quiso imprimir a las mismas cuando fueron promulgadas.

En referencia a la Norma Constitucional, hay que ser especialmente celosos sobre la interpretación que se haga de la misma, y no sólo porque el propio legislador respete la Carta Magna y cree leyes ajustándose al marco constitucional tal cual es sin adaptarlo a sus deseos, sino también porque el Tribunal Constitucional como su máximo intérprete amén del resto de jueces y magistrados acaten lo que en ella se recoge. Con el resto de normas que componen el ordenamiento jurídico de España deberá darse el mismo rigor interpretativo, por más que una visión constructivista del derecho pudiera permitir ciertas licencias interpretativas y adaptativas a supuestos de hecho variados lo que no significa en modo alguno fantasear a la hora de aplicar determinada norma jurídica porque el principio que debe regir es el de seguridad jurídica que impide actuaciones arbitrarias.

Frente al positivismo jurídico formalista, que simple y llanamente aplica la norma de que se trate, nos encontramos en el otro lado de la balanza al constructivismo jurídico que imprime de interpretaciones personales a la misma norma, y ello está en función del juez o tribunal en el que recaiga la responsabilidad de dictar sentencia en el caso concreto, y que en el segundo escenario de órgano colegiado se llevará a efecto o bien por unanimidad o bien por medio de votos particulares. Un ejemplo de esto es el voto particular que el Magistrado del Tribunal Constitucional don Juan Antonio Xiol Ríos, llevó a cabo en su momento en distintas sentencias, apartándose así de la corriente mayoritaria del Tribunal. Entre otras, traigo a colación una sentencia sobre el derecho a la presunción de inocencia –STC 146/2014, de 22 de septiembre-, en la que junto con otro de los Magistrados (don Luis Ignacio Ortega Álvarez) emitieron sendos votos particulares.

4.8. Maximalistas

Profundizando aún más en el análisis del activismo judicial, si bien es cierto que al mismo se le presupone un fin de defensa de los derechos de la ciudadanía, no es menos cierto que resulta razonable y hasta saludable jurídicamente que la

judicatura tenga un papel activo en el devenir diario lo que le otorga un rol determinante en los asuntos *sub iúdice,* pero sus actuaciones podrían estar mal encaminadas si se desarrollan bajo el cobijo escasez o exceso de las mismas. Pues bien, en este sentido hay que añadir que el exceso de activismo desemboca o se enmarca en un maximalismo judicial lo cual configura a jueces y magistrados como actores necesarios de extralimitaciones interpretativas de las normas e inclusive de la Norma Constitucional., algo que puede resultar profundamente arriesgado y que debiera tener críticas tanto desde el propio entorno jurídico como de la sociedad en general.

Hay que hacer referencia a una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en el asunto Salduz contra Turquia, pues es un pronunciamiento donde se cambia la tendencia interpretativa habida del Convenio Europeo de Derechos Humanos para volver a modificarse posteriormente (Martinez Santos, 2020, p.109-137). Trata sobre si restringir el derecho a letrado en las estancias de la policía en los inicios en que se priva de libertad a alguien, es acorde con lo contemplado en los artículos 6-1 y 6-3 c) de dicho Convenio:

> 6-1: Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso, en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.
>
> 6-3: Todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos:
>
> c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan (...).

4.9. Anti-formalistas

En la misma línea argumental que se viene manteniendo, hay que destacar en este activismo judicial preponderante en diversos países, el llamado antiformalismo de la justicia en sus pronunciamientos (García Amado, J.A., 2013,

pp.13-43). Por obvia contraposición al formalismo, este último hace una exégesis general de las normas cuando se aplican a supuestos esencialmente coincidentes quedando el juez como portavoz del objetivo resultado final que se vea en la sentencia, mientras que en el otro lado de la balanza están las teorías antiformalistas que propugnan lo contrario, es decir, evitan esa aplicación generalista del derecho dando paso para ello a una cierta discrecionalidad y equidad de los jueces. En el *iusmoralismo,* normalmente también se da la circunstancia de esa evitación de actuaciones discrecionales, aunque va un paso más allá al considerar que el derecho en general y las normas jurídicas de rango superior en particular tienen una esencia ética o moral además de su carácter jurídico, y por esta razón hay normas que no deben ser empleadas en la resolución de casos si produce efectos inmorales.

Una figura crítica del positivismo la encontramos en Ronald Dworkin porque sólo toman en consideración lo plasmado en las normas, mientras que esa corriente tiene seguidores como Herbert Lionel Adolphus Hart.

Volviendo *stricto sensu* al activismo judicial, éste no deja de ser una intromisión en las competencias de otros poderes *v.gr*. como es el legislativo, quizás con la finalidad de defender derechos, algunos fundamentales, de la población. Se puede dar a conocer el caso de Colombia, cuando en los años noventa su Corte Constitucional redacta sentencias anti-formalistas. La Corte Constitucional emitió en el año dos mil dieciocho una sentencia, la SU-095 de 2018,en la cual revisó resoluciones en instancia que trataban sobre la tutela implantada por determinado emporio empresarial, como era la multinacional Mansarovar Energy Colombia Ltda. (Benavidez Vega, 2021).

4.10. Hipergarantistas

En Iberoamérica fundamentalmente, aunque posiblemente en otros países, el papel activo que asumen jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones, a veces no exento de críticas y en ocasiones no exento de alabanzas, lo que sí sucede es que en estos estados el activismo judicial conlleva la garantía de defensa de derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que sin embargo a juicio de los positivistas lleva aparejado una cierta quiebra del respeto debido a las Constituciones (Garcia y Verdugo, 2013, p.31 ss.; Duquelsky Gómez, 2018).

Si se polarizan ambas posturas, los argumentos de los defensores de este tipo de actuaciones, basan su justificación en que por un lado las mismas

promueven la defensa de las clases más desfavorecidas social y económicamente, y por otro lado y entre alguna razón más, contribuyen a salvaguardar el texto constitucional.

También vemos que se encuentran los sectores críticos con esta proactividad judicial, pues algunos entienden que no se cumple la Constitución, o bien que al asumir los jueces funciones que no les competen porque *v.gr.* que pertenecen al poder legislativo, esta extralimitación conlleva deficiencias técnicas generadoras de efectos indeseados.

En este estado de cosas, y en referencia a la praxis de este modelo de entendimiento del ejercicio judicial, hay una sentencia que adquiere este nivel de garantismo social, como fue la sentencia del Caso Brown *versus* Board of Education of Topeka, el cual marca un hito en cuanto a la segregación racial se refiere. Nos situamos en el año 1954 en los Estados Unidos de América, y la corriente mayoritaria seguida hasta ese momento de "iguales pero separados" es superada a partir de este fallo judicial de la Corte Suprema.

4.11.Contrapotestativas

En este maremágnum de sentencias donde el papel de la justicia en la persona de los jueces viene siendo especialmente activo, lo potestativo es lo que se incluye y desarrolla dentro de las facultades de quién lo lleva a efecto y por tanto lo contra-potestativo tiene el sentido opuesto. La secuencia de todos estos modelos de pronunciamientos judiciales definitivamente podemos basarla en un exceso de diligencia competencial judicial solventando deficiencias burocráticas en la resolución de conflictos, y así las cosas, sería imprudente afirmar o postular posiciones maniqueistas que podrían ser erráticas, pues como se viene exponiendo tanto doctrinalmente como en fallos judiciales emitidos cabe la posibilidad de hacer valoraciones en un sentido constructivo y en el contrario. Maraniello "refiere el italianismo "aggiornamento" del servicio de justicia como significado de remozar, o actualizar más que reinventar y por tanto adaptar algo a los cambios competitivos" (2012, p.46-83).

Este actuar judicial excediéndose de sus naturales atribuciones, tiene unos significados consustanciales de corte axiológico que se traducen, como hemos venido viendo, en el amparo de derechos de las personas lo que consecuentemente conlleva marcar una línea de actuación al resto de la población y a los poderes públicos –ya sea el poder legislativo o el poder ejecutivo-, lo cual añade

que se fijen posibles reformas jurídico-normativas en ciertos temas, y en definitiva implica una defensa constitucional en toda regla.

Sobre esto ha escrito Ezequiel Malarino, dejando patente negro sobre blanco, como en Iberoamérica la Corte Interamericana llega a incluir normas bajo su criterio en cuanto que no han sido introducidas por las autoridades estatales, a la vez que puede también modificar o eliminar otros preceptos (2011).

En alusión al estado español, de algún modo cabría mencionar la opinión de Mariano Yzquierdo Tolsada sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril del 2016 en relación a la inconstitucionalidad de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano por invadir en materia civil la competencia estatal, el mismo dice:

> El Derecho civil que se puede y se debe desarrollar por los Parlamentos autonómicos se limita a las instituciones que se encontraban vigentes cuando entró en vigor la Constitución de 1978. Y es que ésta se refiere a los derechos civiles forales o especiales "allí donde existan", no "allí donde hayan existido alguna vez".

4.12. Justicieras

Al ser el acervo jurídico un conjunto de normas dónde rige la letra de la ley pero también el espíritu de la ley, se podría afirmar que la autoridad judicial tiene margen en cuanto a la interpretación que de las mismas se haga, pero obviamente también tiene que haber limitaciones marcadas por las propias leyes (…) pues en caso contrario se caería fácilmente en manejar el derecho de forma discrecional como si de algo dúctil se tratara y sirviendo a determinados intereses en función del momento, lo que conllevaría inseguridad jurídica al no respetar el principio de legalidad.

Siguiendo el testigo de la anterior argumentación, sobre si las sentencias deben o no ser justicieras, conforme recoge Jesús Manuel Villegas, en palabras de San Agustín *Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit*, es decir, no me parece que sea ley aquella que no sea justa; y expone que "(…) para ser juez hay que ser valiente". Siguiendo este postulado, bajo mi punto de vista se puede entender meridianamente claro cómo una ley no puede dar la espalda al acaecer social, y aún cuando la tan deseada y no siempre respetada división de poderes deba serlo, no es menos cierto que aún evitando caer en posiciones demagogas, el tan manido espíritu de la ley enviste al juez de una cierta elasticidad en la interpretación y aplicación de las normas al caso concreto, salvaguardando

así el cumplimiento de la justicia a través de sentencias justas.

Un ejemplo que bien podría llegar a encajar en este modelo de sentencias, está en la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre, siendo ponente el magistrado don Antonio Narváez Rodríguez; Recurso de Amparo 7211-2021; promovido por Saltoki Araba, S.A., en relación con las resoluciones dictadas por las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en proceso de despido. La anterior sentencia establece:

> En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por la entidad Saltoki Araba, S.A., y, en su virtud:
>
> 1ª. Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).
>
> 2º. Restablecerla en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia núm. 1211/2020, de 6 de octubre, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso de suplicación núm. 956-2020; y del auto de 14 de septiembre de 2021, dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, por el que se acordó la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina núm. 28-2021, interpuesto contra la anterior; quedando firme la sentencia de 3 de junio de 2020 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Vitoria-Gasteiz, dictada en el marco del procedimiento núm. 449-2019.

5. RESULTADOS Y DISCUSIÓN: EFECTOS Y DICTAMEN

Formalmente, el activismo judicial alude a la capacidad reconocida que tienen los jueces y tribunales para interpretar el derecho empleando como herramienta sus propias sentencias *ut supra,* pero llevando a cabo esta cometido por medio de la apropiación de funciones que *a priori* no corresponden al poder judicial (no forman parte de las *fontes constituendi* originarias sino derivadas – al menos así era la teoría para los sistemas jurídicos de Derecho continental o Derecho Civil, frente a los sistemas de Derecho común anglosajón, pero tras la globalización se han producido profundos trasplantes jurídicos, Sánchez-Bayón, 2012 y 2014c). Este hecho tiene tintes positivos *vs* a otros peyorativos en función del país en que nos encontremos, y no parece aventurado decir que España estaría encuadrada en la segunda de las opciones y algunos países de Iberoamérica

lo estarían en la primera. Verdaderamente en estos momentos hay un problema de crisis político institucional que abarca gran parte del espectro territorial mundial, lo cual unido a un aumento de la potestad en la judicatura, implica un caldo de cultivo para poner en riesgo la seguridad jurídica de cualquier estado, pues el arbitrio de aquellos jueces y magistrados que transgreden las reglas, en tanto no se sienten obligados a respetar las normas que emanan del poder legislativo pues sus actuaciones judiciales se resuelven aplicando y sometiéndose a principios más generales, en definitiva puede ser entendido como que una cosa es defender la independencia judicial y otra que los jueces se arroguen en una posición de no sometimiento al imperio de la ley.

Ya en 1947 en Estados Unidos de América, Arthur Schlesinger Jr usa este calificativo de activismo judicial para referirse a sentencias judiciales que dejan de lado la que debiera ser aplicación ortodoxa de la legalidad y de este modo buscan apoyar cuestiones políticas –en realidad, justo lo contrario: se califica de activismo judicial a toda sentencia que se aleje del apoyo a las políticas públicas del partido demócrata, aunque sean coherentes con el resto del Ordenamiento; así paso con *affirmative action* o discriminación positiva (Sánchez-Bayón, 2019a-b).

En esta cuestión y dada su relevancia, como en muchas otras, existen posiciones encontradas, y así Eugenio Bulygin habla de reglas constitutivas y normas de la competencia, y en determinados casos los jueces pueden transgredir las funciones que les corresponden para asumir otras que no son sus atribuciones (2005), de modo que se cubran las lagunas del Ordenamiento y su integridad (Sánchez-Bayón, 2010). También hay que traer a la palestra la posición defendida por Ronald Dworkin que plantea una crítica al poder discrecional que puedan ostentar los jueces, mientras que Herbert Hart (2011), entiende que hay supuestos difíciles en los que, para su resolución, la justicia puede ser susceptible de dar soluciones donde aplique la discrecionalidad interpretativa sobre conceptos de carácter general.

En definitiva, la justificación inicial de la emergencia del activismo judicial en los años 60, fue para acelerar los cambios jurídico-sociales, introduciéndose la visión normativa de Ciencias Sociales (valorativa de transformación social, conforme a una planificación centralizada de ingeniería social). Esto es, se trata de la actualización del Ordenamiento, no por el poder legislativo, sino por el poder ejecutivo, pretendiéndose que no pudiera corregir tal desviación potestativa por parte del poder judicial. Entre los efectos indeseados del activismo judicial, además de los evidentes e inmediatos como es la vulneración de principios jurídicos

como el de legalidad, la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad, etc. También tienen lugar una serie de efectos negativos de segunda ronda como son los denunciados por la síntesis heterodoxa de EAE y NIE-NEP: intervencionismo *ultra vires*, inflación de sentencias, redes clientelares, etc.

6. CONCLUSIÓN

Difícilmente puede concluirse sobre un proceso en curso. El mayor mérito de esta publicación ha sido el estudio comparado de sentencias para establecer una sistematización más amplia, con ilustraciones empíricas y conforme a las tendencias. Las categorías comprendidas de sentencias han sido: manipulativas, atípicas, heterodoxas, imaginativas, vanguardistas, fundamentalistas, constructivistas, maximalistas, anti-formalistas, hipergarantistas, contrapotestativas y justicieras. Este amplio repertorio, en comparación con el establecido en 2010 por el Prof. Sánchez-Bayón, sigue observando el amplio abanico que comprende desde el activismo judicial hasta el delito judicial, por prevaricación y cohecho. No obstante, sobre la llamada guerra judicial o *Lawfare*, no parece haberse asentado aún entre las sentencias, pues si hubiera alguna, resulta estadísticamente despreciable hasta la fecha (primavera de 2024). Por tanto, cabe pensar que dicho fenómeno no procede tanto de las sentencias del poder judicial, como por parte de los políticos (en cargos públicos, especialmente del poder ejecutivo) que lo denuncian; aunque bien pudiera parecer que están buscando garantizarse cierta inmunidad complementaria, más allá de los vigentes estatutos y aforamientos.

En definitiva, el activismo judicial surgió como excusa para acelerar la actualización del Ordenamiento, favoreciéndose así el reconocimiento de cambios sociales deseados; sin embargo, ya desde los años 60 se probaron sus efectos nocivos, pues además de restar seguridad jurídica y probarse el menoscabo que supone un intervencionismo *ultra vires* en la calidad y eficiencia jurídica del sistema, por fomentarse las contradicciones normativas, además de incentivar las cuotas frente los méritos personales. Con el *revival* o revitalización tras la globalización (con la nueva edición de las guerras culturales basadas en políticas identitarias), los problemas que comporta el activismo judicial se han incrementado, pues es más clara la influencia del constructivismo jurídico y el uso alternativo del derecho, cuya estrategia pasa por deslegitimar el Ordenamiento precedente, para poder instaurar el nuevo pretendido. Ello explica el porqué del auge del *Lawfare* como derivada del activismo judicial actual. Conforme al teorema de Mises, puede inducirse que, del creciente intervencionismo *ultra vires* de planificación centralizada

coactiva por parte del poder ejecutivo, se está poniendo en peligro la continuidad del sistema democrático y de derecho vigente, ya que supone un ejercicio colonizador por parte del ejecutivo frente al resto de poderes estatales (no resulta tanto una judicialización de la política, sino una intensificada politización de la judicatura y con ella el Ordenamiento efectivo).

Como futuras líneas de investigación, se pretende abordar la materia de manera cuantitativa, ofreciéndose un estudio estadístico que respalde de manera robusta este programa de estudio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso-Neira, M.A., Sánchez-Bayón, A., Castro-Oliva, M. (2023). Teoría austriaca del ciclo económico aplicada al caso español: del inicio del euro a la gran recesión y su recuperación. *Revista De Métodos Cuantitativos Para La Economía Y La Empresa*, 35, 280–310. https://doi.org/10.46661/revmetodoscuanteconempresa.6837

Anderson, M. (1986). *The Unfinished Agenda: Essays on the Political Economy of Government Policy in Honour of Arthur Seldon*. London: Institute of Economic Affairs.

Aparicio, M.A. (2010). Alguna consideración sobre la sentencia 31/2010 y el rol atribuido al Tribunal Constitucional, *Revista Catalana de Dret Públic* – Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, Generalitat de Catalunya – Escola dÁdministració Pública de Catalunya, diciembre 2010, p. 26 (URL: https://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/varia/33_especial_sentencia_estatut/documents/especial_estatuto_es.pdf; consultado en enero 2024).

Avilés Palacios, L. (2022). La violencia económica y la proactividad judicial, *IDEES,* 59 (revistaidees.cat ; consultado en enero 2024).

Benavidez Vega, C.A. (21 de julio de 2021). Gobierno de los jueces o gobierno del pueblo? Consultas populares ambientales y activismo judicial regresivo en Colombia, *Estudios de Derecho* (https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/346805/20805938; consultado en enero 2024).

Berger, R. (1987). Originalist Thoeries of Constitutional Interpretation. *Cornell L. Rev., 73*: 350-58.

Blaug, M. (1968). *Economic Theory in Retrospect*. Homewood: Richard Irwin

Boettke, P., Haeffele-Balch, S. & Storr, V. (2016). *Mainline Economics*. Arlington: Mercatus

Brennan, G. y Buchanan, J. (1985). *The reason of rules. Constitutional Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press

Breyer, S. (2005). *Active Liberty: A Progressive Alternative to Textualism and Originalism*. New York: Alfred Knopf.

Buchanan, J. (1987). *Constitutional Economics*. New York: Mac-Millan.

Buchanan, J. (1990). The Domain of Constitutional Economics. *Constitutional Political Economy*, *1*(1), 1-18.

Buchanan, J., Tullock, G. (1962). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. The University of Michigan Press.

Bulygin, E., Mendonca, D. (2005). *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons.

Chacín Fuenmayor, R. (2010). Argumentación en base a principios, sentencias atípicas y habilitación legislativa, *Cuestiones Políticas*, 26(44): 105-114.

Coase, R. (1937). The nature of the firm. *Economica, 4*(16), 386-405. https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x

Coase, R. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics, 3*(1), 1-44. https://bit.ly/3Q5mtJZ

Comunicación Poder Judicial (17 de marzo de 2021), El juez desestima la demanda de Abogados Cristianos contra el actor Willy Toledo y por considerar que no lesionó el honor de la asociación, *Poder Judicial España-Noticias Judiciales*, El juez desestima la demanda de Abogados Cristianos contra el actor Willy Toledo y por considerar que no lesionó el honor de la asociación | CGPJ | Poder Judicial | Noticias Judiciales

De Rosas Andreu, J. (2019), Una mirada a la evolución del concepto de Derecho y la fractura de la "novela en cadena" en Ronald Dworkin, *Revista de la Facultad de Derecho,* 47.

Díaz Revorio, F.J. (2011), La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010, sus efectos sobre el Estatuto Catalán y otras normas del Ordenamiento vigente, *Revista Catalana de Dret Public*, Núm. 43, Barcelona-Generalitat de Catalunya-EscoladÁdministració Pública de Catalunya.

Duquelsky Gómez, D.J. (2018), La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial, *Doxa. Cuadernos* de *Filosofía del Derecho*, 41, https://doxa.ua.es/article/view/2018-n41-la-falsa-dicotomia-entre-garantismo-y-activismo-judicia

EUR-Lex - 61991J0267 - ES (24 de noviembre de 1993) Procedimiento penal entablado contra Bernard Keck y Daniel Mithouard – Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91 EUR-Lex - 61991J0267 - ES (europa.eu) [fecha de consulta 25-09-2023].

Fernández, A., Rodríguez, L. (1982). *Introducción y metodología de la política económica*. Madrid: Ed. ICE.

Fukuyama, F. (1989). Theend of history? *The National Interest*, 16, 3-18.

Fukuyama, F. (1992). *Theend of history and the last man*. New York: Macmillan.

Fukuyama, F. (2018). *Identity: Contemporary identity politics and the struggle for recognition*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

García Amado, J.A. (2012-13). Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del derecho, *Eunomía-Revista en Cultura de la Legalidad,* Núm. 3.

García, G., Verdugo, R. (2013). *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el Gobierno* de *los Jueces?* Santiago de Chile: LYD.

García Pablos, A. (1996). Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores, en *Menores privados de libertad,* Cuadernos de Derecho Judicial.

Gascón Abellán, M. (2016), Interpretación de la Constitución ¿gobierno de los jueces?, *TEORDER*, Núm. 20.

Gramsci, A. (1948-51). *Quaderni del carcere* (6 vols.). Torino: Einaudi

Hart. H. (2011). *El Concepto de Derecho* (trad.). Buenos Aires: Perrot.

Hayek, F. (1944). *The Road to Serfdom*. London: Routledge

Hayek, F. (1946). *Individualism and Economic Order*. Princeton: Princeton University.

Hayek, F. (1952a) *The sensory order*. Chicago: The University of Chicago.

Hayek, F. (1952b) *The counter-revolution of science: Studies on the Abuse of Reason*. New York: Free Press.

Hayek, F. (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.

Hayek, F. (1973). *Law, Legislation, and Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.

Hayek, F. (1988). *The fatal conceit: the errors of socialism.* Chicago: The University of Chicago Press

Hoppe, H. (1989). *A theory of socialism and capitalism*. Kluwer.

Hoppe, H. (1993). *The Economics and Ethics of Private Property* (reprint. 2006). Ludwig von Mises Institute.

Hoppe, H. (1995). *Economic science and the Austrian method*. Auburn: Mises Institute.

Huerta de Soto, J. (1992). *Socialismo, cálculo económico y función empresarial.* Madrid: Unión Editorial.

Huerta de Soto, J. (2000). *La escuela austriaca: mercado y creatividad empresarial*. Madrid: Ed. Síntesis.

Kirk, J. (1999). Constitutional Interpretation and a Theory of Evolutionary Originalism. *Federal Law Review, 27*(3), 323-366.

Kittrie, O. (2016). *Lawfare: Law as a weapon of war*. Oxford University Press.

Lilla, M. (2017), *Once and Future Liberal: After Identity Politics*. New York: Harper Co.

López Bajo, L.P. (2017). *Límites constitucionales, activismo judicial e incidencia de las organizaciones civiles: las controvertidas decisiones de la corte constitucional colombiana sobre derechos humanos,* Estudios Políticos Tesis Maestrías, Quito-Ecuador: Flacso Ecuador.

Malarino, E. (2011). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte de Derechos Humanos. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, untitled (unam.mx)

Maraniello, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional, *Tla-Melaua-Revista de Ciencias Sociales-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, *Nueva Época*, 6(32): 46-83.

Mariani, K. (2023). El papel de Zaffaroni y la red jurídica del Vaticano para influir en América. *La Gaceta de la Iberosfera*. El papel de Zaffaroni y la red jurídica del Vaticano para influir en América (gaceta.es)

Marín Castán, M.L. (2016). Activismo judicial y paradigma neoconstitucional: algunas reflexiones. *La Albolafia Revista de Humanidades y Cultura*, 6: 111-132.

Marshall, W. (2011). Progressive Constitutionalism, Originalism, and the Significance of Landmark Decisions in Evaluating Constitutional Theory. *Ohio St. LJ*, *72*, 1251.

Martín Méndez, P. (2018). Neoliberalismo y judicialización de la política: una genealogía posible. *Revista en línea del grupo de Investigación Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 20.

Martínez Santos, A. (2020). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante las restricciones del derecho a la asistencia letrada en los primeros momentos de la privación de libertad. *Revista Española de Derecho Constitucional 118,* 109-137.

Menger, C. (1871). *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*. Braumüller.

Menger, C. (1883). *Untersuchungen uber die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Oekonomie Insbesondere*. Duncker & Humblot.

Mises, L. (1922) *Die Gemeinwirtschaft: Untersuchungen über den Sozialismus*. Gustav Fischer Verlag.

Mises, L. (1929). *Kritik des Interventionismus*. Gustav Fischer Verlag.

Mises, L. (1933). *Grundprobleme der Nationalökonomie: Untersuchungen über Verfahren, Aufgaben und Inhalt der Wirtschafts- und Gesellschaftslehre*. Gustav Fischer Verlag.

Mises, L. (1944). *Omnipotent Government: The Rise of the Total State and Total War*. Yale University Press.

Mises, L. (1949). *Human Action: A Treatise on Economics*. Yale University Press.

Mises, L. (1956). *The Anti-Capitalistic Mentality*. Van Nostrand.

Mises, L. (1957). *Theory and History: An Interpretation of Social and Economic Evolution*. Yale University Press.

Nación (8 de septiembre de 2021) SCJN es uno de los tribunales más vanguardistas tras sentencia sobre aborto: Zaldívar. *Contra Réplica periodismo de investigación*, SCJN es uno de los tribunales más vanguardistas tras sentencia sobre aborto: Zaldívar - ContraRéplica - Noticias (contrareplica.mx) [fecha de consulta 26-09-2023]

Pérez-Huertas, J.L., Sánchez-Bayón, A. (2013). Nuevas aportaciones en Teoría económica y empresarial: la escuela de juegos de poder y la evaluación de su desarrollo. *Torre de los Lujanes. Revista semestral de Humanidades y Ciencias*

Sociales-Real Sociedad Económica Matritense, 69: 127-151.

Rivas-Robledo, P. (2022), ¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones, *Díkaion*, 31(2), https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6

Román Ortiz, P. (2011). Poder judicial, seguridad y democracia. *Razón pública,* 27. Poder Judicial, Seguridad y Democracia - Razón Pública

Rothbard, M. (1957). In Defense of "Extreme Apriorism". *Southern Economic Journal*, 23(3): 314-320

Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8: 9-51.

Salinas Mengual, J. (2019). Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 35.

Sánchez-Bayón, A. (2010). Au revoir, loi de l´État. El fin del derecho estatal de bienestar.

Bajo Palabra, 5: 143-162.

Sánchez-Bayón, A. (2012). *Sistema de Derecho Comparado y Global*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Sánchez-Bayón, A. (2013a). Historia, Historiología e Historiografía de los Estudios Interculturales en EE.UU. *Revista Banda de Moebius*, Univ. Chile, 48: 147-57. DOI: 10.4067/s0717-554x2013000300003

Sánchez-Bayón, A. (2013b). *Concordia Constitucional*. Madrid: Delta Publicaciones.

Sánchez-Bayón, A. (2014a). Freedom of religion at large in American Common Law: a critical review and new topics, *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, 13(37): 35-72. EID: 2-s2.0-84893552007

Sánchez-Bayón, A. (2014b). Fundamentos de Derecho Comparado y Global: ¿cabe un orden común en la globalización? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 141: 1021-51. DOI: 10.1016/S0041-8633(14)71183-4

Sánchez-Bayón, A. (2017). Revelaciones conceptuales y lingüísticas de la posglobalización: Retos de construcción moral de la sociedad del conocimiento y aportes del humanismo hispánico. *Carthaginensia,* 33(64): 411-58.

Sánchez-Bayón, A. (2019a). American identity crisis: attack to American civil religion & trans-Westerness risk, *Cogito, Multidisciplinary Research Journal-Splaiul Unirii* (Bucharest), 11(1): 23-51

Sánchez-Bayón, A. (2019b). Sociología de la identidad estadounidense. Oporto: Ed. Sindéresis.

Sánchez-Bayón, A. (2020). Renovación del pensamiento económico-empresarial tras la globalización, *Bajo Palabra*, 24: 293-318 DOI: https://doi.org/10.15366/bp.2020.24.015

Sánchez-Bayón, A. (2022). Gestión comparada de empresas colonizadoras del Oeste americano: una revisión heterodoxa. *Retos. Revista de Ciencias de Administración y Economía*, 12(24): 330-348. DOI: https://doi.org/10.17163/ret.n24.2022.08

Sánchez-Bayón, A. (2023). Fallos estatales y paradojas sociales por el intervencionismo en cuestión de género. *Procesos de Mercado*. 20(2): 301-342.

Sánchez-Bayón, A. (2024a). Análisis neoinstitucional de la cuestión de género: paradoja y efectos indeseados. *Dixi*, 26(1): 1-43. DOI: https://doi.org/10.16925/2357-5891.2024.01.01

Sánchez-Bayón, A. (2024b). Ortodoxia versus heterodoxias sobre la colonización del Oeste estadounidense por empresas religiosas e ideológicas. *Carthaginensia*, 40(77): 117-156. DOI: https://doi.org/10.62217/carth.457

Sánchez-Bayón, A., Peña, J.A. (2021). *Instituciones Públicas a debate: problemas y retos de un Sector Público difuso*. Madrid: Delta Publicaciones

Sánchez-Bayón, A., Urbina, D., Alonso-Neira, M.A, Arpi, R. (2023). Problema del conocimiento económico: revitalización de la disputa del método, análisis heterodoxo y claves de innovación docente. *Bajo Palabra*, (34), 117–140. https://doi.org/10.15366/bp2023.34.006

Sánchez-Bayón, A., Arpi, R. (2024). Disputa del método en Economía: monismo vs.

pluralismo. *Ad-gnosis*, 13(14). e-711 (1-20). https://doi.org/10.21803/adgnosis.13.14.711

Sentencia caso Brown *vs* Boad of Educational of Topeka (1954), siendo ponente el Excmo Sr. D. Chief Justice Earl Warren, *UNAM – Lecturas sobre Instituciones políticas y principios constitucionales estadounidenses* Sentencia Brown vs. Board of Education of Topeka (1954) - Lecturas sobre Instituciones políticas y principios constitucionales estadounidenses (unam.mx)

Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-660/21 | K.B. y F.S. (Apreciación de oficio en el ámbito penal) (iustel.com)

Sentencia del Tribunal Constitucional 146/2014, de 22 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre

Sentencia caso Salduz vs. Turquía (URL: https://lpderecho.pe/tedh-derecho-asistido-abogado-absoluto-salduz-vs-turquia/)

Smith, A. (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London: W. Strahan & T. Cadell.

Yarnold, B. (1999). *Religious wars in the Courts I: The Lowe rFederal Courts and the U.S. Supreme Court in religious freedoms cases, 1970-1990*. Huntington: Nova Science Publishers.

Yarnold, B. (2000). *Religious wars in the Courts II. Who were the litigants in the US Courts, religious freedom cases 1970-1990*? Huntington: Nova Science Publishers.

Villegas Fernández, J.M. (2023). Los límites de la decisión judicial: ¿juez literalista o justiciero? Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, salón académico el 17 de noviembre de 2016*, El Notario del Siglo XXI*, 110.

Yzquierdo Tolsada, M. (2016). ¿Por qué Cataluña puede y Valencia no? *Notario del Siglo XXI*.

Zuluaga Jaramillo, A. (2022). Imaginación y sentencia judicial: un estudio desde el caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Constitucionais, Hermeneútica e Revista de Direitoi*, 14(2): 184-199, Unisinos-doi: 10.4013 rechtd.

MARÍA NIEVES NAVARRO MOZO
Universidad Europea Miguel de Cervantes, Valladolid.
Prof. Criminología de la Universidad Europea Miguel de Cervantes.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4635-2584

ANTONIO SÁNCHEZ-BAYÓN
Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.
Prof. Economía Aplicada en Universidad Rey Juan Carlos
(URJC, antonio.sbayon@urjc.es), investigador de GICID-UNIZAR,
GESCE-URJC, GID-TICTAC CCEESS-URJC y CIELO-ESIC
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4855-8356

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 49-67
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.49

LA POTESTAD POLÍTICA SEGÚN FRANCISCO DE VITORIA: NATURALEZA, SUJETO, ORIGEN Y FINALIDAD

POLITICAL POWER ACCORDING TO FRANCISCO DE VITORIA: ITS NATURE, SUBJECT, ORIGIN AND END

CARLOS ISLER SOTO[1]

Universidad San Sebastián, Chile

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

En el presente artículo, se expone la doctrina de Francisco de Vitoria sobre el origen, sujeto, naturaleza y finalidad del poder político, de qué modo dicho poder es natural al hombre y de qué modo adquiere características determinadas por las libres decisiones de los hombres. Asimismo, se expone la defensa que de la monarquía hizo Francisco de Vitoria en su temprana *Relectio de Potestate Civili*, y se concluye que algunas afirmaciones contenidas en tal defensa resultan incompatibles con el carácter aristotélico general de su teoría política, y se explica dicha discordancia atendiendo al contexto histórico en el cual se escribió tal obra.

[1] Carlos Isler Soto. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile (2003). Magister en Filosofía, Universidad de Chile (2007). Licenciado en Filosofía, Universidad de los Andes, Chile (2010). Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile (2015). Doctor en Filosofía, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn (2023). Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad San Sebastián, Chile. Sus líneas de investigación son filosofía del derecho y filosofía política. Ex becario de DAAD, Campus France, US Department of State, Amexcid, Conicyt. Email: carlos.isler@uss.cl. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4360-7497

Palabras clave: Francisco de Vitoria - poder político - potestad real - aristotelismo político.

ABSTRACT

In this paper, we expound Francisco de Vitoria's thought about the origin, subject, nature and end of political power, how this power is natural to man, and how it acquires specific characteristics by the free decisions of men. Likewise, it is expounded Vitoria's defense of monarchy in his early *Relectio de Poestate Cvili*, and it is concluded that some assertions contained in that defense are incompatible with the general Aristotelian character of his political theory, and this discordance is explained by pointing out to the historical context in which this work was written.

Keywords: Francisco de Vitoria - political power - royal power - political Arisotelianism.

Sumario: I. Introducción. II. Origen de la potestad civil. III. Su causa última: Dios. IV. Su sujeto: la república. V. El caso de la potestad real. V.1. Defensa de la misma como mejor forma de gobierno. V.2. Pasajes problemáticos en su defensa de la monarquía. V.3. Otras características de la potestad real. VI. Finalidad de la potestad civil, derecho de resistencia. VII. Conclusión. VIII. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría política de Vitoria ha sido justamente celebrada como uno de los antecedentes del pensamiento político moderno. Siendo un puente entre el pensamiento político medieval y el moderno, en Vitoria y en otros escolásticos españoles se encuentran conceptos propios del constitucionalismo moderno[2]. En el presente artículo queremos exponer la naturaleza, origen y finalidad del poder político según Vitoria, particularmente poniendo énfasis en el análisis de su defensa de la monarquía en su temprana *Relección sobre el Poder Civil* (1528), en la que expresa doctrinas que parecen ser incompatibles con el tenor general de sus obras.

[2] Esto ha sido especialmente destacado por Quentin Skinner en su obra clásica *The foundations of modern political thought*, vol 2. (1978, New York, Cambridge University Press), edición Kindle.

Para ello, expondremos primero cuál es el origen de la potestad civil (2), cuál es su causa última (3), su sujeto (4), cómo se aplica ello en el caso de la monarquía (5), su finalidad y el derecho de resistencia (6), para dererminar en qué medida puede afirmarse que la doctrina política de Vitoria sea coherente o no.

II. ORIGEN DE LA POTESTAD CIVIL

Vitoria define la potestad política como "la autoridad o derecho de gobernar a la república civil"[3]. Para entender su origen, añade, se debe atender a su fin. Entendemos *por qué* existe si entendemos *para qué* se instituyó.

Muchos autores de diversas tendencias -tal vez, con la sola excepción de los conductistas- podrían concordar con la afirmación vitoriana si nos referimos a los asuntos humanos. Sin embargo, conviene entender que, para Vitoria, tal principio se aplica no solo a los asuntos humanos: como buen aristotélico, considera que toda la realidad se encuentra finalizada, de modo que toda ella se ha de entender en relación a su fin. Así, al iniciar su relección sobre el poder civil, critica a los filósofos materialistas como Epicuro y Lucrecio que pretendían explicar la realidad toda, y especialmente las realidades biológicas, como causadas por movimientos necesarios de la materia inanimada[4].

La finalidad rige en toda la naturaleza, dice Vitoria. Así, el ojo existe para ver. Y, consiguientemente, también en los asuntos humanos. Por ende, la comunidad y potestad políticas, también existen *para* algo.

¿Para qué? En líneas muy generales: la comunidad política existe para permitir el perfeccionamiento humano, tanto material como espiritual, que no sería posible alcanzar en solitario. Y la potestad política existe, en consecuencia, para coordinar las acciones de los miembros de tal comunidad en la búsqueda del fin de la misma, que es el bien común.

Vitoria comienza exponiendo así, siguiendo una larga tradición, la necesidad para el hombre de vivir en comunidad atendiendo a la extrema indefensión

---

[3] "*potestas publica est auctoritas sive ius gubernandi rempublicam civilem"*: Francisco de Vitoria, *Relectio de Potestate Civili*, en id. *De Potestate Civili. Estudios sobre su Filosofía Política* (edición crítica de Jesús Cordero Pando) (2008, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas) (en adelante, "*DPC*") 10, 38. Se citará indicando, primero, el apartado de la relección, según la división hecha por el editor Jesús Cordero Pando, en el que se encuentra el texto citado, y posteriormente, la página del mismo. Así, "10, 38", indica que el texto citado está en el apartado 10, página 38 de la edición de Jesús Cordero Pando.

[4] Cfr., *DPC* 2, 12.

natural del hombre. Solo a él la naturaleza -que para Vitoria es expresión de la Providencia-, dejó inerme frente a los peligros naturales[5]. De ahí la necesidad de que el hombre se reuniese en comunidades para sobrevivir. Pero no solo para ello: también para alcanzar la perfección espiritual: ya que el intelecto solo se perfecciona mediante la enseñanza y experiencia, que no tienen lugar si se vive en solitario[6]. Más aún: requerimos la amistad para vivir bien, y ella no existe en la soledad. De ahí que diga que "por naturaleza somos impulsados a la comunicación"[7].

Para alcanzar dichos fines no bastaba la familia, incapaz de defender a sus miembros de agresiones externas, de modo que se requiere una comunidad mayor: la comunidad política[8].

Si tenemos en consideración que, antes de la comunidad política, existe la familiar, entendremos que, antes de la potestad política, existe la familiar. Así, dice Vitoria, existe la potestad paterna, que no tiene el poder de coaccionar, pero sí de dirigir y gobernar[9]. La diferencia esencial, dirá Vitoria, es que la potestad paterna es natural, en cuanto proviene de la naturaleza y su titular está determinado por naturaleza (el padre[10]), pero la política o civil es natural solo en el sentido de que el hombre por naturaleza tiende a instituirla, pero su titular es determinado por el consenso de la república.

Si tenemos en consideración, entonces, que en cuanto a su origen la potestad política es natural, entendremos por qué Vitoria dice que

---

[5] Cfr., *DPC*, 3, 14.
[6] "intellectus quidem, ut Aristoteles 2 *Ethicorum* admonet, non nisi doctrina et experientia perficitur, quae in solitudine haberi non potest": *DPC,* 4, 17-18.
[7] "natura ferimur ad communicationem": *DPC,* 4, 18.
[8] Cfr., *DPC,* 4, 20.
[9] En el estado de inocencia (antes de la caída de Adán), "quamvis enim non fuissent magistratus nec principes ad cogendum homines timore poenarum, fuisset tamen potestas directiva et gubernativa, ut potestas paterna, cui tenerentur filii parere": Francisco de Vitoria, *De potestate Ecclesiae prior*, en id., *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas* (ed. Teófilo Urdánoz) (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960) (en adelante, "*DPE"),* 256. Del mismo modo, "Est autem notandum quod licet pro statu innocentiae non fuisset aliquod dominium et praelatio coerciva aut coactiva... fuisset tamen potestas directiva et gubernativa, sicut fuissent etiam praeceptores ad docendum et instituendum adolescentes, ita etiam praepositi ad dirigendum in agendis": *DPE*, 280.
[10] En las dos relecciones sobre la potestad de la Iglesia, habla de una potestad familiar cuyo titular es el padre, pero en el *De Potestae Civili* dice que hay una potestad de ambos padres sobre los hijos, y del marido sobre la esposa. Cfr., "Quamvis [en el estado de inocencia] non fuisset magistratus nec principes ad cogendum homines timore poenarum, fuisset tamen potestas directiva et gubernativa, ut potestas paterna...": *DPE*, 256; "In communitate domestica, id est in familia, potestas et auctoritas regendi non est immediate penes familiam, sed penes patrem familias": *DPERS,* 361; en cambio, *DPC*, 24, 64: "Ultima pars quaestionis est quod *eodem modo obligant, sicut leges civiles, praecepta parentum in liberos et maritorum in uxores*".

> "es evidente, entonces, que *la fuente y origen de las ciudades y cosas públicas no es un invento o convención humanos*, ni se han de contar entre las cosas artificiales, *sino como surgida de la naturaleza, la cual sugirió a los mortales esta solución para la tutela y conservación de los mortales*"[11].

Con ello quiere decir que le es natural al hombre vivir en *alguna* comunidad política, aun cuando la institución de muchas de ellas sea asunto de la convención o acuerdo, así como la forma específica que habrá de asumir la potestad política[12].

Pues bien: si se entiende que no puede el hombre vivir sino en comunidad política, se entiende que debe haber alguien que coordine las acciones de sus miembros en pos del objetivo compartido por los mismos. Así, expresa que "ninguna sociedad puede existir sin alguna fuerza y potestad gobernante y providente"[13], ya que "si todos fuesen iguales y ninguno estuviese sujeto a la potestad, cada uno tendiendo a diversas cosas por su propia voluntad y arbitrio, necesariamente se desintegraría la república y se disolvería la ciudad"[14]. De este modo, la potestad política existe, sobre todo, para resolver un problema de *coordinación*.

Ahora bien: si es la propia naturaleza la que impulsa al hombre a juntarse en comunidades dotadas de poder político, y ello se requiere para la perfección del hombre, la consecuencia necesaria será que el fundamento del poder político será el derecho natural. Lo anterior lo prueba Vitoria no solo recurriendo al argumento de la necesidad natural de la comunidad política, sino también a la necesidad de encontrar un fundamento normativo del poder político. En un interesante pasaje que, en un sentido muy particular, parece anticipar a Kelsen,

---

[11] "Patet ergo quod *fons et origo civitatum rerumque publicarum non est inventum commentumve humanum,* neque inter artificiata numerandum*, sed tanquam a natura profectum, quae ad mortalium tutelam et conservationem hanc rationem mortalibus suggessit*": *DPC,* 5, 20.

[12] Comentando esta doctrina, Thomas Osborne dice que "Humans do not create political bodies through artificial agreements. They do not make them as they would make boats or houses, or even as they might establish guilds or corporations. The political community is natural": Thomas M. Osborne, "Francisco de Vitoria on the Nature and Source of Civil Authority", *The Review of Politics*, 85 (2023): 17. Ello es correcto solo si se entiende que al hombre le es natural vivir en *alguna* comunidad política -de modo que no puede no vivir en alguna de ellas, como sí puede, en cambio, vivir sin pertenecer a alguna corporación-, pero no quiere decir que el hombre no pueda crear "por contrato" alguna comunidad política nueva. Muchas comunidades políticas surgen de un acto de fundación humano, y Vitoria lo reconoce al exponer el caso de Nimrod en el Antiguo Testamento. De hecho, él dice que las sociedades humanas -no solo su forma de gobierno- han sido "instituidas": "Cum itaque humanae societates propter hunc finem institutae sunt...": *DPC*, 4, 20.

[13] "societas autem nulla consistere potest sine vi aliqua et potestate gobernanti et providenti": *DPC*, 5, 22.

[14] "Si enim omnes aequales essent et nullius potestati subiecti, unoquoque ex sua voluntate et arbitrio in diversa tendente, necessario distraheretur respublica disolvereturque civitas": *DPC*, 5, 22.

expresa que "todo el derecho positivo procede de la república; por ende, es necesario que la misma república y la potestad de establecer el derecho sea anterior al derecho positivo. Y, por consiguiente, se requiere que tal potestad esté en la república por derecho divino y natural"[15].

Decimos que "parece anticipar a Kelsen", en un sentido muy preciso. Ciertamente, el maestro salmantino es iusnaturalista, pero expone un razonamiento similar al expresado por Kelsen cuando éste expone que se debe suponer la existencia de una norma fundamental (*Grundnorm*) en todo sistema jurídico, a saber, que la potestad de crear derecho positivo, que Kelsen cree que está otorgada sobre todo por la primera constitución histórica, no puede provenir ella de otra norma de derecho positivo. De ahí que se requiera una norma no positiva para fundar el ordenamiento jurídico. Sin ella, decía Kelsen, no puede explicarse la normatividad del derecho. Tal es la norma fundamental que, Kelsen afirma, ha de suponerse como condición de posibilidad del ordenamiento jurídico.

Ciertamente, la norma de la cual Vitoria y Kelsen hacen depender el ordenamiento jurídico positivo difieren enormemente[16], pero ello no obsta a que concuerden en que la potestad de crear normas positivas no puede ser pensada solo a partir del derecho positivo, y que den el mismo argumento para ello, a saber, que la potestad de crear normas positivas no puede provenir ella misma de otra norma positiva.

Por otro lado, si la potestad política es de derecho natural, no puede ser abrogada por los hombres. Los hombres pueden, ciertamente, decidir qué comunidades crear y sus respectivos regímenes políticos, pero no *si* han de existir comunidades políticas. Un pacto por el cual acordasen disolver su comunidad y volver al estado de naturaleza sería inválido por ser contrario al derecho natural[17].

Por último: si la potestad política tiene un origen natural, ello significa que no dependerá de la potestad espiritual -salvo el caso específico de la subordinación de las repúblicas cristianas al poder indirecto del papa, sobre el cual no es

[15] "...ius omne positivum est a republica; ergo oportet quod ipsa respublica et potestas condendi ius sit ante ius positivum. Et per consequens sequitur quod talis potestas sit in republica iure divino et naturali": *DPC,* 7, 26.

[16] Por ejemplo, en Kelsen tiene carácter meramente formal, no tiene contenido ni carácter moral alguno -solo ordena obedecer al primer constituyente histórico, bajo la suposición de que el ordenamiento jurídico sea en general eficaz-, más aún, tiene carácter meramente hipotético. Cfr., Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1a. ed. (Wien: Mohr Siebeck, 2008), 76 y ss.

[17] "Ex quibus etiam sequitur probatio ultimae partis, in qua dicebamus nullam huismodi potestatem hominum consensu abrogari posse": *DPC*, 10, 38.

del caso tratar aquí-. Esto lo afirmó constantemente en todas sus obras: así, ya en la relección sobre el poder civil, expresaba que "*no puede dudarse de que entre los paganos haya verdaderos príncipes"*[18].Posteriormente, en el *De potestate Ecclesiae prior* decía que los paganos tenían íntegra la potestad temporal[19]. Los textos exponiendo la misma doctrina podrían multiplicarse. Como se sabe, ello tendrá importancia capital en su tratamiento de los títulos aducidos para justificar la conquista de América por parte de la corona española.

III. SU CAUSA ÚLTIMA: DIOS

Ahora bien: aunque la causa inmediata de la potestad política sea la naturaleza humana, la causa última de la misma es Dios. Vitoria lo deja claro al hablar de la causa eficiente de la misma:

> "A partir de lo dicho es fácil entender cuál sea la causa eficiente de esta potestad. Pues si hemos mostrado que la potestad pública es constituida por el derecho natural, y el derecho natural tiene a Dios por autor, *aparece como manifiesto que la potestad pública procede de Dios, y no se basa en el pacto de los hombres ni en ningún derecho positivo"*[20].

Vitoria recurre, al respecto, no solo a la autoridad de san Pablo, cuyo conocido texto de Romanos 13, 2, fue siempre un lugar común entre los filósofos cristianos en lo relativo al origen divino del poder político, sino también a Aristóteles, que muestra en la *Fisica* que todo movimiento e inclinación natural - de la cual la inclinación humana a la sociedad es un caso particular- tienen a Dios por autor[21].

IV. SU SUJETO: LA REPÚBLICA

Vitoria trata sobre el sueto de la potestad pública al tratar sobre la causa material de la misma. En efecto, la causa material es aquella en la que algo reside. Y al respecto es claro respecto de que el sujeto de la soberanía es la república,

---

[18] "*Nec est dubitandum quin inter ethnicos sint veri principes*": *DPC*, 9, 36.
[19] Cfr, "Apud paganos est integra potestas temporalis et civilis": *DPE,* 249.
[20] "Efficientem vero causam huius potestatis ex dictis facile est intelligere. Si enim publicam potestatem ex iure naturali ostendimus constitutam, ius autem naturale Deum solum cognoscit auctorem, *manifestum evadit potestatem publicam a Deo esse, nec hominum condicto aut ire aliquo positivo contineri*": *DPC*, 6, 22.
[21] Cfr., *DPC*, 6, 24.

que es una comunidad perfecta[22]. De ahí que, en relación a la potestad política, todos los ciudadanos, individualmente considerados, se encuentren en posición de igualdad[23]. Con ello, Vitoria no quiere decir que *históricamente*, las repúblicas se hayan formado por la unión de ciudadanos que otorgaban poder político a una persona. Tiene claro que el origen de las repúblicas muchas veces se encuentra en la fuerza, lo mismo que muchos príncipes adquieren poder político por herencia o por conquista militar[24].

Ahora bien: transitivamente tiene la potestad pública el órgano que la ejerce, pero ello por propia traslación de la república. De ahí que los magistrados sean titulares derivados de la potestad política por encargo de la república, quien tiene tal potestad "en primer lugar y por sí misma" (*primo et per se*)[25].

La república puede, así, constituir su propia forma de gobierno, y para ello no se requiere unanimidad, sino la simple mayoría de los ciudadanos[26].

---

[22] Cfr., "respublica temporalis est respublica perfecta et integra. Ergo non est subiecta alicui extra se, alias non esset integra": *DPE*, 298; "civilis potestas est immediate in tota republica... Nam potestas saecularis est in tota republica et ab illa derivatur in magistratus et alias potestates": Francisco de Vitoria, *De potestate ecclesiastica relectio secunda*, en Vitoria, Francisco de, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas* (ed. Teófilo Urdánoz) (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960) (en adelante "*DPERS*"), 353-354. Ello la diferencia de la potestad familiar, que también es de derecho natural, pero que no reside inmediatamente en la comunidad familiar, sino en el padre: "In communitate domestica, id est in familia, potestas et auctoritas regendi non est immediate penes familiam, sed penes patrem familias": *DPERS,* 361.

[23] "quando aliquid committitur immediate alicui communitati, omnes illius communitatis aequaliter se habent ad illam, ut patet in republica saeculari respectu civilis potestatis absolute": *DPERS*, 363.

[24] Así, refiriéndose al inicio de las comunidades políticas después del diluvio universal, dice que algunas, como las de Nimrod, comenzaron "por la tiranía", otras porque las personas crearon para sí un príncipe, y posteriormente el poder político fue adquirido o por conquista o por herencia: "Unde Gen. 10 traditur quod per pronepotes Noe divisae sunt nationes et regiones, sive in aliquibus regionibus primo inceperint esse domini per tyrannidem, sicut videtur fuisse Nemrod, de quo Gen. 10, 8-9 habetur quod primus incepit esse potens in terra; sive convenientibus in unum aliquibus in unam rempublicam, ex consensu communi sibi constituerunt principem. Certum est enim vel his, vel aliis non dissimilibus modis dominia et imperia incoepisse in mundo, ac postea vel iure hereditario vel iure belli vel aliquo alio titulo derivata esse usque ad nostram aetatem, saltem usque ad adventum Salvatoris": Francisco de Vitoria, *De indis recenter inventis relectio prior*, en id., *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas* (ed. Teófilo Urdánoz) ((Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960), (en adelante "*DIRP*"), 672.
También hay una referencia a Nimrod, aunque distinta, al inicio del *DPC*, cuando, tras expresar por qué era necesaria la existencia de comunidades políticas, dice que "Quam causam maxime videtur Chaim et Nemrod adduxisse ut primos homines in civitates cogerent et vocarent, ut in *Gen*. legitur": *DPC*, 4, 20. Como se ve, aquí se dice, en cambio, que Nimrod *convenció* a otros hombres de formar una comunidad bajo su mando.

[25] Cfr, "Quamquam autem haec potestas et auctoritas sit primo et per se in ipsa republica, eadem autem auctoritas est in principibus et megistratibus, quibus respublica vices suas et munimenta commisit": *DPC*, 7, 26.

[26] "*Maior pars reipublicae regem constituere potest, etiam aliis invitis*": *DPC*, 14, 44.

V. EL CASO DE LA POTESTAD REAL

Conviene tratar especialmente sobre la potestad real según Vitoria, dado que él la considera la mejor, y además, en defensa de la misma, expresa algunas doctrinas que parecen incompatibles con el carácter general de su filosofía política.

Ante todo, debe dejarse claro qué entiende Vitoria por "monarquía" o "principado": cuando la define, dice, siguiendo a la tradición aristotélica, que es el gobierno de uno. Se opone a la aristocracia y timocracia como formas de gobierno lícitas. Sin embargo, es claro también que el modelo histórico de monarquía que quiere defender será el propio de su época, esto es, la monarquía *hereditaria*, a la que defenderá de los ataques de los partidarios de la forma republicana de gobierno. Tener en cuenta ello es importante para evaluar la solidez de los argumentos de Vitoria, según se verá posteriormente.

V.1. Defensa de la misma como mejor forma de gobierno.

Pues bien: Vitoria realiza la típica exaltación de la forma de gobierno monárquica propia de casi todos los autores que vivían en monarquías en aquella época[27]. Ello, en sí mismo, es plenamente compatible con su doctrina política general: manifiesta simplemente, entre todas las formas de gobierno lícitas, una preferencia por una de ellas[28]. Y lo hace en polémica con autores que negaban la licitud de la forma monárquica de gobierno.

Así, respondiendo a partidarios de la forma republicana que sostenían que solo en la república hay libertad, Vitoria expresa que no es mayor la libertad en la república que en la monarquía, porque en toda comunidad política el súbdito está sujeto a la potestad política, y en ello no hay diferencia entre monarquía y república, e incluso parece haber más libertad en obedecer a uno solo que a muchos[29]. Y se pregunta, retóricamente, si no resultaba

---

[27] Thomas Osborne dice que Vitoria "clearly prefers a limited form of royal government": Thomas M. Osborne, "Francisco de Vitoria on the Nature and Source of Civil Authority", 15. Pues bien: aparte de la referencia que hace al pasar Vitoria al régimen mixto como el mejor de todos, no es fácil ver, en la defensa que Vitoria hace de la monarquía, en qué medida esta haya de ser "limitada".

[28] "Et cum, inter omnes principatus et magistratus, sicut maxima ita optima est monarchia seu regia potestas": *DPC*, 8, p. 26.Sin embargo, más adelante, y casi al pasar, dice que más bien la mejor forma de gobierno es la mixta, la que, dice, es la propia de España: "Verum est autem quod *tutissimus principatus et administratio videtur esse mixtus ex tribus,* qualis videtur esse Hispaniorum": DPC, 11, 42.

[29] Cfr., *DPC,* 11, 40. Este es un argumento típicamente utilizado por los partidarios de la forma

mejor acaso vivir en Roma bajo Octavio, que era uno, que bajo los triunviros o decenviros.

A continuación, Vitoria utiliza el clásico argumento en favor de la monarquía como mejor forma de gobierno que apela a que mejor impone orden uno que muchos, ya que muchos necesariamente han de disentir entre sí. Vitoria concluye de ello que "el mejor régimen es el de uno, tal como todo el mundo es gobernado de modo sapientísimo por un príncipe y señor"[30].

Pues bien, comentamos nosotros: incluso si se aceptase la argumentación de Vitoria, tiene que reconocerse que ello solo podría justificar el carácter superior de la monarquía entendida simplemente como "el gobierno de uno", pero nada más que eso. No permite justificar en caso alguno una monarquía *hereditaria*.

Más aún: es claro que la argumentación de Vitoria es insuficiente incluso para justificar un gobierno de uno ("monarquía" en el sentido clásico) elegido (por ejemplo, un gobierno de un presidente de la república con el poder total), porque si bien sea inobjetablemente cierto que "mejor impone orden uno que muchos", consta por experiencia que el detentador humano del poder no siempre lo utiliza para el bien, y puede fácilmente corromperse. De ahí que la analogía con el gobierno divino del mundo sea falaz. Es indudablemente mejor que uno gobierne, si ese uno necesariamente ha de buscar el bien común y no puede corromperse, como sucede en el caso de Dios y su gobierno del universo. Pero

---

monárquica de gobierno frente a los republicanos. También Hobbes, que admitía la posibilidad de tres formas de gobierno lícitas, y que prefería la monarquía, dirá exactamente lo mismo. Cfr., Thomas Hobbes, *Leviathan*, vol II de la edición crítica Clarendon (Oxford: Oxford University Press, 2012), capítulo 21, 332:"There is written on the Turrets of the city of *Luca* in great characters at this day, the word *LIBERTAS*; yet no man can thence inferre, that a particular man has more Libertie, or Immunitie from the service of the Commonwealth there, than in *Constantinople*. Whether a Common-wealth be Monarchicall, or Popular, the Freedome is still the same".

[30] "Optimum ergo regimen est unius, sicut et orbis totus ab uno principe et domino sapientissime gubernatur": *DPC*, 11, 42. Este argumento es clásico, y se encuentra en santo Tomás de Aquino, lo mismo que la analogía con el gobierno divino del mundo. Cfr, *De Regno*, 1, 3: " Quanto igitur regimen efficacius fuerit ad unitatem pacis servandam, tanto erit utilius. Hoc enim utilius dicimus, quod magis perducit ad finem. Manifestum est autem quod unitatem magis efficere potest quod est per se unum, quam plures. Sicut efficacissima causa est calefactionis quod est per se calidum. Utilius igitur est regimen unius, quam plurium. Amplius, manifestum est quod plures multitudinem nullo modo conservant, si omnino dissentirent. Requiritur enim in pluribus quaedam unio ad hoc, quod quoquo modo regere possint: quia nec multi navem in unam partem traherent, nisi aliquo modo coniuncti. Uniri autem dicuntur plura per appropinquationem ad unum. Melius igitur regit unus quam plures ex eo quod appropinquant ad unum. Adhuc: ea, quae sunt ad naturam, optime se habent: in singulis enim operatur natura, quod optimum est. Omne autem naturale regimen ab uno est. In membrorum enim multitudine unum est quod omnia movet, scilicet cor; et in partibus animae una vis principaliter praesidet, scilicet ratio. Est etiam apibus unus rex, et in toto universo unus Deus factor omnium et rector. Et hoc rationabiliter. Omnis enim multitudo derivatur ab uno"

consta por experiencia de los sentidos que ello no es así en el caso de los hombres, de modo que la atribución del poder total a uno resulta, en este caso, más discutible.

De ahí que resulte engañoso el ejemplo histórico usado por Vitoria: apela a que el gobierno de Octavio fue mejor que el de los triunviros o decenviros, pero olvida mencionar que, así como hubo un octavio, hubo un Calígula y hubo un Nerón, todos los cuales ejercieron el "gobierno de uno".

Tal vez notando ello, Vitoria añada, inmediatamente a continuación del pasaje mencionado, que la mejor forma de gobierno parece ser la mixta. Ello implica un reconocimiento de que la analogía con el gobierno divino del mundo no era correcta, porque los gobernantes son de naturaleza distinta.

Finalmente, se puede apreciar cuán sólida sea la defensa vitoriana de la monarquía o no cuando sostiene que todo el pueblo puede ser lícitamente castigado por el pecado del rey, por ejemplo, si el rey comienza una guerra injusta, el país vencedor injustamente atacado puede expoliar a los súbditos del país agresor para resarcirse de sus pérdidas[31]. La razón, dice Vitoria, es que

> "después de que el rey ha sido constituido por la república, si aquél se hace culpable de modo insolente de algo indigno, se imputa a la república. Pues la república está obligada a no dar esta potestad sino a aquél que ejerza y use de modo justo la facultad que le ha sido dada o mandada"[32].

Como puede verse, Vitoria dice que aquí se puede castigar a la república por haber sido negligente al escoger al rey. Sin embargo, ello supone que la república pudo escoger al titular del poder político, no solo la forma monárquica de gobierno. Vale decir, ello no resulta en caso alguno convincente si se aplica a una monarquía *hereditaria*, como eran las que Vitoria conocía y también defendía, en las cuales la república no escoge al titular del poder político[33].

---

[31] Esto genera incoherencias con su defensa de los derechos naturales en otras pasajes. Al respecto, cfr., Carlos Isler, "Alcance de la defensa de los derechos humanos en Francisco de Vitoria", *Cauriensia*, vol. XVII (2022), pp. 195-211.

[32] "si postquam rex a republica constituitur, si quid indignum ille [insolenter] admittat, imputatur reipublicae. Tenetur enim respublica non committere hanc potestatem nisi ei qui iuste exerceat et utatur facultate sibi data val mandata": *DPC,* 12, 42-44.

[33] Por supuesto, tenemos claro que al menos algunas monarquías en aquella época se presentaban de algún modo como "electivas", en cuanto en la entronización del nuevo rey los estamentos aclamaban al mismo tras la jura por éste de los fueros del reino (piénsese, por ejemplo, en la monarquía navarra), y tal vez Vitoria pensaba en ello cuando decía que la república "constituía" al monarca, y cuando sostenía, consiguientemente, que la república podía ser castigada por haber escogido un mal rey. Sin embargo, uno puede legítimamente dudar de si tales monarquías eran realmente "electivas"

V.2. Pasajes problemáticos en su defensa de la monarquía.

Ahora bien: ya se vio que Vitoria prefiere la monarquía y da, al respecto, argumentos de solidez discutible que, a lo más, podrían justificar el gobierno de uno, sin por ello justificar una monarquía hereditaria. Aunque uno pueda disentir respecto de cuán sólidos sean los argumentos de Vitoria, se debe reconocer que ninguno de ellos parece incompatible con su doctrina política general.

Sin embargo, en la misma relección sobre el poder civil, hay otros pasajes que parecen exceder la simple preferencia por la monarquía como la mejor forma de gobierno, y en los que parece exponer doctrinas mucho más fuertes y, en apariencia, incompatibles con su teoría política general[34]. Afirma así, por ejemplo, que los reyes no reciben su poder de la república. Conviene citar el pasaje en cuestión: "digo incluso que los reyes tienen la potestad por derecho natural y divino, y no de la república misma o [directamente] de los hombres mismos"[35].

Al respecto, es necesario citar, igualmente, este importante pasaje:

> "...volvamos a lo que decíamos antes. Es decir, que la potestad real no proviene de la república, sino de Dios mismo, tal como expresan los doctores católicos. Del mismo modo se ve que la potestad real provenga de Dios, dado que los reyes son constituidos por la república. Pues del mismo modo que el sumo pontífice es elegido y creado por la Iglesia y, sin embargo, la potestad del pontífice no es de la Iglesia, sino de Dios mismo, así parece que la potestad real provenga de Dios, aun cuando los reyes sean creados por la república. Pues la república no transfiere al rey la potestad, sino su propia autoridad. Ni tampoco es que haya dos potestades, una real, y la otra de la comunidad. Por ende, tal como afirmamos que la potestad de la república proviene de Dios y está establecida por el derecho natural, así es absolutamente necesario decir lo mismo de la potestad real. Lo cual parece

en el sentido que exige la doctrina vitoriana para tener sentido, vale decir, un sistema de gobierno en el cual la república escoge entre diversas alternativas con la real posibilidad de rechazar a algún pretendiente. Uno puede dudar de que, en ese sentido, hayan sido realmente, más allá del discurso oficial, monarquías electivas aquellas en las que normalmente el "candidato" aclamado era uno solo, generalmente hjo o hermano del monarca recién muerto, y en algunos casos incluso un menor de edad que habría de necesitar un regente durante su minoría de edad (¿quién escogería libremente a un menor de edad como gobernante?). Dado ello, uno puede legítimamente preguntarse si el principio que regía tales monarquías era realmente el principio electivo, o si no era más bien el principio dinástico.

[34] Pasajes de este tenor desaparecen en las obras posteriores.

[35] "dico etiam reges iure naturali et divino potestatem habere, et non ab ipsa republica aut [prorsus] ab ipsis hominibus": *DPC*, 8, 30. La palabra entre paréntesis cuadrado, "prorsus", según Cordero Pando, fue añadida por el mismo Vitoria.

> concordar suficientemente con la Sagrada Escritura y la costumbre, la cual llama a los reyes ministros de Dios y no de la república"[36].

Nótese, además, lo dicho en el siguiente pasaje, que también parece difícil de conciliar con su doctrina general:

> "*de este modo el rey está por sobre la república*... Pues si la república estuviese sobre el rey, sería entonces un principado timocrático o popular, pues el principado popular es donde rige el pueblo, por así decirlo. Por ende, si la república entera está sobre el rey, no gobierna el rey, sino ella misma, es decir, el pueblo. Y así no sería el principado de uno ni una monarquía"[37].

Igualmente afirma:

> "Asimismo, la república puede dar la potestad a alguien no solo sobre los individuos, sino también sobre todos ellos en conjunto, y tal persona tendría la potestad real y no otra, y sería el principado de uno y no aristocrático o timocrático. Por ende, el rey está sobre todos. Asimismo, no se apela a la república contra el rey; por lo tanto, la república no es superior"[38].

Los pasajes citados son extraños porque Vitoria afirma que: la potestad del rey viene de Dios, no de la república, lo que parece contradecir todo lo anteriormente dicho sobre el sujeto de la potestad política. Más aún: dice que, en ello, se asemeja a la del papa que, aunque elegido por la Iglesia, tiene una potestad que no deriva de ella y cuyo sujeto no es ella -algo que tratará en extenso en sus relecciones sobre la potestad de la Iglesia y del papa y del concilio-. Dice que, por ello, los reyes son llamados "ministros de Dios" y no de la república y, más aún, que la república no transfiere a los reyes su "potestad" -tal la adquieren ellos directamente de Dios-, sino su "autoridad", sin

---

[36] "...ad id quod ante dicebamus redeamus. Scilicet, regiam potestatem non esse a republica, sed a Deo ipso, ut catholici doctores sentiunt. Item videtur quod regia potestas sit a Deo, dato quod reges a republica constituantur. Sicut enim Summus Pontifex ab Ecclesia eligitur et creatur, potestas tamen Pontificis non est ab Ecclesia, sed a Deo ipso, ita videtur quod regia potestas sit a Deo, quamvis a republica reges creentur. Respublica enim in regem non potestatem, sed propriam auctoritatem transfert. Nec sunt duae potestates: una regia, alia communitatis. Atque ideo, sicut potestatem reipublicae esse a Deo et iure naturali constitutam asserimus, idem prorsus de potestate regia dicamus necesse est. Quod satis consonum videtur Scripturae Sacrae et consuetudini, quae reges ministros Dei appellat et non reipublicae": *DPC*, 8, 34-36.

[37] "*huiusmodi rex est supra totam rempublicam*... Nam si respublica esset supra regem, ergo esset principatus timocraticus sive popularis, nam principatus popularis est ubi populus principatur, ut ita loquar. Si autem respublica tota est supra regem, non rex, sed ipsa, hoc est, populus dominatur. Et sic non est principatus unius neque monarchia": *DPC*, 14, 46.

[38] "Item respublica potest dare potestatem alicui non solum supra singulos, sed supra omnes simul, et iste talis haberet potestatem regiam et non aliam, et esset principatus unius et non aristocraticus aut timocraticus. Ergo rex est supra omnes. Item non appelatur a rege ad rempublicam; ergo respublica non est superior": *DPC*, 14, 46.

explicar en qué se diferencien una de otra[39]. Y dice que la república no está por sobre el rey.

Simplemente, no es claro qué quiere decir Vitoria con ello, y cómo se compatibiliza con sus aserciones anteriores. Ante todo, debe dejarse claro que él no niega que la república "elija" al rey: dice expresamente que lo "elige y crea", tal como la Iglesia elige al papa[40]. De ahí que no pueda clasificarse como un teórico del derecho divino de los reyes sin más.

Pero, como se decía, las afirmaciones anteriores resultan difíciles de entender a la luz de su exposición anterior. Más aún, en otros pasajes *de la misma obra* Vitoria hace afirmaciones que son exactamente las contrarias: así, dice que la potestad real "es la misma potestad de la república administrada por el rey"[41].

Del mismo modo, dice que la comunidad no entrega al rey la potestad, sino la autoridad -parece referirse aquí a la elección del rey por la comunidad-. Pero, no solo no queda claro en qué se diferencian potestad de autoridad, sino que, además, ello es incompatible con su propia definición de potestad civil expresada *en la misma obra* según la cual ella es "la autoridad o derecho de gobernar a la república civil"[42].

---

[39] Como es sabido, la distinción entre "auctoritas" y "potestas" proviene del derecho romano. En la interpretación de Álvaro d'Ors, quien construyó toda una filosofía política en base a tal distinción, la primera significa el saber socialmente reconocido, y la segunda, el poder socialmente reconocido. La exacta naturaleza de esta distinción es objeto de discusión entre los romanistas. Pero no es claro qué signifique en Vitoria, quien, a veces, usa ambos términos además como sinónimos. Como dice Tierney, "there was no consistency in Vitoria's use of the words *potestas* and *auctoritas"*: Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights* (Grand Rapids/Cambridge: Wm. B. Eerdmans, 2001), 294.

[40] Cómo pueda eso compatibilizarse con su defensa de la monarquía *hereditaria* es difícil de explicar. Vitoria dice, ciertamente, que las monarquías comenzaron a existir cuando diversas personas se congregaron y constituyeron un rey sobre sí. Respecto de tal primer rey, podría decirse que fue "elegido y creado" por la comunidad -tal como lo es cada papa-, pero mal puede decirse lo mismo respecto de los reyes que llegan al cargo por sucesión hereditaria, que era, precisamente, el modelo de gobierno que ponían en cuestión los republicanos en aquella época.

[41] "Quare, si reipublicae potestas non tyrannica sed iusta est, neque regia quidem iniusta erit, quae certe alia non est quam ipsa reipublicae potestas per regem administrata": *DPC*, 8, 30.

[42] "*potestas publica est auctoritas sive ius gubernandi rempublicam civilem"*: *DPC*, 10, 38.
Al respecto, conviene mencionar que Vitoria, en diversas obrar relativas al poder de la Iglesia, utiliza los términos "potestas" y "auctoritas", a veces como sinónimos, a veces distinguiéndolos. Por ejemplo, las utiliza como sinónimos en los siguientes pasajes: *DPE*, p. 250: "Sed rex non habet auctoritatem ad cultum divinum et ad actiones spirituales. Ergo est alia potestas distincta a potestate civili"; "Ad hoc autem quod sit iusta [la ley] requiruntur tria: primum, *potestas* in ferente, deinde finis scilicet propter bonum commune, postremo forma, ut scilicet secundum aequalitatem proportionis imponat subditis leges onerosas. Et e contrario, sunt iniustae vel ubi deest *auctoritas*...": *De potestate Papae et Concilii relectio* (en adelante, "*DPPC*"*)*, p. 478, énfasis añadido. Se ocupa igualmente la versión contenida en Francisco de Vitoria, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas* (ed. Teófilo Urdánoz) (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960), pp. 430-490.
En cambio, los diferencia en los siguientes pasajes: "apostoli Domini habuerunt potestatem et

Dichos pasajes han llamado la atención de algunos estudiosos. Por ejemplo, Katherine van Liere llama la atención sobre la diferencia entre la doctrina aquí expuesta, y aquella expuesta en obras posteriores, en las cuales Vitoria dice simplemente que la potestad de los príncipes proviene de la república. Ella lo explica diciendo que, en 1528, "el propósito de Vitoria era demoler cualquier idea acerca de un derecho a resistir el poder monárquico: pese a la ley natural y a sus orígenes en la comunidad, cualquier tipo de resistencia a los monarcas era inmoral porque todavía podía decirse que los reyes regían por derecho divino"[43]. Agrega que, posteriormente, Vitoria habría llegado a una formulación según la cual el poder de los monarcas procede de la comunidad simplemente, y que tal "formulación más simple de los orígenes del poder del príncipe tenía implicaciones constitucionalistas, que Vitoria mismo nunca sacó pero que habrían de ser extremadamente importantes para dos pensadores jesuitas españoles de la próxima generación"[44], Mariana y Suárez, quienes sí habrían sacado dichas conclusiones constitucionalistas, a saber, la posibilidad de que la comunidad imponga límites al poder del rey y el derecho de resistencia[45].

Dicho pasaje también llamó la atención de Norbert Brieskorn, especialmente la distinción entre "potestas" y "auctoritas". Brieskorn expresa que, al elegir al rey, la comunidad no le entrega el "poder" (*Gewalt*, la traducción que hace de *potestas*), sino solo la de la "autorización" (*Vollmacht,* la traducción que hace de *auctoritas*). ¿Y qué es tal *auctoritas*? Brieskorn entiende que es una autorización para actuar como representante suya, transformar al gobernante en representante. Y al respecto dice que se puede asemejar al modelo hobbesiano del gobernante como representante de la comunidad[46].

---

auctoritatem in Ecclesia"; *DPE,* p 249. Igualmente, tratando sobre el sacerdocio de la Antigua Ley, lo llama "auctoritas et potestas spiritualis": *DPE,* p. 284. Utiliza la conjunción "et", lo cual quiere decir que un término añade algo a lo expresado por el otro. Si hubiese querido decir que son lo mismo, habría utilizado la palabra "vel".

[43] Katherine Elliot van Liere, "Vitoria, Cajetan and the Conciliarists", *Journal of the History of Ideas*, 58, 4 (1997): 615.

[44] Van Liere, "Vitoria, Cajetan and the Conciliarists": 615.

[45] Como se verá inmediatamente a continuación, Vitoria sí sacó tales conclusiones constitucionalistas en su obra posterior.

[46] Cfr., Norbert Brieskorn, "Spanische Spätscholastik: Francisco de Vitoria", en Christoph Horn y Ada Neschke-Hentschke (eds.), *Politischer Aristotelismus: Die Rezeption der aristotelischen Politik von der Antike bis zum 19.* Jahrhundert, (Stuttgart: J. B. Metzler, 2008), 152: "Diese Wahl [del rey] durfte die Gemeinschaft kraft der ihr eigenen Vollmacht, der *auctoritas*, vornehmen. Was ist nun die *auctoritas* genau? Vielleicht hilft auch hier - denn des öfteren legt sich eine Nähe der hobbeschen Gedanken zu denen des Vitoria nahe - das hobbesche Modell des *Leviathan*. *Auctoritas* meint ja nicht die Fähigkeit und die Pflicht, die Regierungsform zu wählen. Lässt sich die *auctoritas* aber nicht als Ermächtigung verstehen, im eigenen Namen zu handeln? Die *translatio* der *auctoritas* würde bewirken, dass der König im Namen der Bürger handeln könnte (und müsste?)".

Brian Tierney, por su parte, tras exponer el comentado pasaje con la distinción entre potestad y autoridad, expresa que "este es un pasaje denso y difícil. No es solamente difícil de entender en sí mismo; además las proposiciones aquí expresadas de modo tan absoluto y confiado parecen contradichas por Vitoria mismo en otros lugares de sus escritos"[47]. Respecto del tenor general de la defensa de la monarquía hecha por Vitoria en la relección sobre el poder civil, dice que Vitoria respondió a los críticos de la monarquía "introduciendo su propia versión de una teoría del derecho divino"[48]. Y, por último, tras mostrar cómo lo aquí expuesto contradice lo dicho por Vitoria en otras obras posteriores, y cómo Vitoria nunca volvió a exponer tal doctrina del derecho divino en su obra posterior, dice simplemente que "no veo ninguna manera de explicar las inconsistencias en las obras de Vitoria sino asumir que el autor cambió su parecer sobre el origen y naturaleza del estado en los 1530s"[49].

Pues bien: es obvio que es difícil interpretar lo que dice Vitoria en estos pasajes, y compatibilizar lo aquí expresado, no solo con lo dicho en su obra posterior, sino con el tenor general de la teoría política expuesta en la misma relección sobre el poder civil. La única explicación que se nos ocurre es la siguiente: la teoría del derecho divino de los reyes aquí expuesta es, efectivamente, incoherente con el resto de la obra de Vitoria. La razón por la que Vitoria la introdujo probablemente sea la mencionada por Katherine van Liere, a saber, excluir cualquier posibilidad de apelación de las decisiones relaes a una asamblea popular. Tal vez la clave la entregue, ciertamente, tal frase: "non appelatur a rege ad rempublicam"[50]. Ello cobra mayor plausibilidad si se tiene en cuenta lo que expresa Tierney respecto del contexto en el que se dictó la relección sobre el poder civil, un contexto de fuerte contestación al poder de los príncipes en general[51].

[47] Tierney, *The Idea of Natural Rights*, 293.
[48] Tierney, *The Idea of Natural Rights*, 293.
[49] Tierney, *The Idea of Natural Rights*, 296.
[50] *DPC*, 14, 46.
[51] Cfr., Tierney, *The Idea of Natural Rights*, p. 290: "When Vitoria wrote *On Civil Power* in 1528 he was working in the aftermath of the communero revolt of 1520-1521 and the German Peasant's War of 1524. He was also writing in the early years of the Protestant reformation, which Vitoria evidently saw as an antinomian movement threatening all existing political order".

V.3. Otras características de la potestad real.

Se vio que hay pasajes relativos a la potestad real difíciles de entender en la relección sobre el poder civil. Conviene ahora añadir qué otras características Vitoria le atribuye en otras relecciones posteriores.

Ante todo, y como era esperable si de habla del gobierno de uno, nos dice que es la potestad suprema, parece incluso decir "absoluta": "La potestad real contiene toda potestad civil. Pues es propio del rey que esté por sobre todos en la república"[52]. De ahí que sea también la última instancia de apelación judicial[53].

Sin embargo, ello es así solo por decisión de la república, que bien podría haber establecido otros magistrados con poder incluso sobre el rey[54]. Del mismo modo, en la relección sobre los indios, expresa que la república siempre puede constituir para sí un nuevo príncipe, para lo cual basta la voluntad de la mayoría de sus miembros[55].

Agreguemos nosotros lo siguiente: si bien todo ello parece impecable, parece también difícil de explicar la aplicabilidad de tal doctrina a las monarquías de la época vitoriana, cuyo ordenamiento constitucional no preveía ningún mecanismo de deposición del rey. Las monarquías, tal como son descritas en las obras de Vitoria, no tienen las mismas características que las monarquías históricas de aquel tiempo, que eran aquellas que Vitoria defendía frente a los autores republicanos. Ni la persona del rey era elegida por la comunidad, no había procedimiento para destituirlo.

[52] "regia potestas continet omnem potestatem civilem. Hoc enim importat rex, ut sit supra omnes in republica": *DPE*, 250.
[53] "a rege non est appelatio": *DPPC*, 484.
[54] "Sicut posset respublica ad administrationem civilium, vel retinere sibi regimen, vel creare consules, vel tribunos etiam supra potestatem regiam, sicut erant ephori apud lacedaemonios, et senatores supra principem apud venetos": *DPERS*, 363.
[55] "Quaelibet enim republica potest sibi constituere dominum, nec ad hoc esset necessarius consensus omnium, sed videtur sufficere consensus maioris partis": *DIRP*, 721-722.

VI. Finalidad de la potestad civil, derecho de resistencia.

Quedaba claro desde el principio cuál es el fin de la potestad civil: el bien común temporal. En ello, Vitoria sigue a toda la tradición aristotélica. Y el fin de la potestad temporal es el bien común de la propia república, no el de otras. Un gobernante debe tomar decisiones pensando en el bien de su propia comunidad ante todo[56].

Vitoria saca la consecuencia, también acorde con gran parte de la tradición anterior, de que en casos extremos en los que el gobernante no utilice su poder para tal fin, es lícito resistirlo: "si el rey causare injusticias graves, se podría resistirlo no solo con las palabras o el derecho, sino también de hecho"[57].

VII. Conclusión

Como puede verse, Francisco de Vitoria desarrolla una teoría esencialmente aristotélica, con la explicitación de algunos elementos que, si bien se encontraban implícitos en autores anteriores de la misma tradición, no habían sido explicitados lo suficiente, como el tema de la república como sujeto de la soberanía, o el consentimiento de la misma como condición de legitmidad del gobierno. Sin embargo, la defensa de la monarquía expuesta en su temprara *Relección sobre el Poder Civil* incluye afirmaciones incompatibles con el tenor general aristotélico de su teoría política general. Nos parece que tales concesiones a la teoría del poder divino de los reyes -que Vitoria no asume en su versión pura- son, precisamente, concesiones que él creía tal vez necesarias por el contexto político en el que escribía. En obras posteriores -en las que se explicitarán, además, otros elementos característicos de su teoría política, como los derechos naturales- tales afirmaciones desaparecerán, y la teoría política de Vitoria ganará en coherencia.

[56] "gubernator unius reipublicae non tenetur, immo non debet conservare bonum alterius reipublicae quantuncumque maioris, cum detrimento suae reipublicae. Immo nec homo privatus tenetur adire detrimentum bonorum suorum pro conservatione alienae reipublicae": *DPE,* 303.
[57] "si rex faceret graves iniurias, posset ei resisti, non solum verbis et iure, sed etiam facto": *DPPC*, 488.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Santo Tomás de, *de Regno,* se ocupa la versión disponible en www.corpusthomisticum.org.

BRIESKORN S.J., Norbert, "Spanische Spätscholastik: Francisco de Vitoria", en Christoph Horn y Ada Neschke-Hentschke (eds.), *Politischer Aristotelismus: Die Rezeption der aristotelischen Politik von der Antike bis zum 19*. Jahrhundert, (Stuttgart: J. B. Metzler, 2008), pp. 134-172.

HOBBES, Thomas, *Leviathan*, vol II de la edición crítica Clarendon (Oxford: Oxford University Press, 2012).

ISLER, Carlos. "Alcance de la defensa de los derechos humanos en Francisco de Vitoria". *Cauriensia*, vol. XVII (2022), pp. 195-211. DOI: https://doi.org/10.17398/2340-4256.17.195

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 1a. ed. (Wien: Mohr Siebeck, 2008 [1934]).

OSBORNE, Thomas M. "Francisco de Vitoria on the Nature and Source of Civil Authority", *The Review of Politics*, 85 (2023), pp. 1-22. DOI: https://doi.org/10.1017/S0034670522000900

SKINNER, Quentin, *The foundations of modern political thought*, vol 2. (1978, New York, Cambridge University Press), edición Kindle.

TIERNEY, Brian. *The Idea of Natural Rights* (Grand Rapids/Cambridge: Wm. B. Eerdmans, 2001).

VAN LIERE, Katherine Elliot, *Vitoria, Cajetan and the Conciliarists*, en *Journal of the History of Ideas*, 58, 4 (1997), pp. 597-616.

VITORIA, Francisco de. *De potestate Ecclesiae prior*, en Vitoria, Francisco de, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas* (ed. Teófilo Urdánoz) (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960), pp. 242- 327.

-*De potestate Papae et Concilii relectio*, en Vitoria, Francisco de, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas* (ed. Teófilo Urdánoz) (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960), pp. 430-490.

- *De indis recenter inventis relectio prior*, en Vitoria, Francisco de, *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas* (ed. Teófilo Urdánoz) ((Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1960), pp. 641-726.

-*De Potestate Civili. Estudios sobre su Filosofía Política* (edición crítica de Jesús Cordero Pando) (2008, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas).

CARLOS ISLER SOTO
Profesor de Filosofía del Derecho,
Universidad San Sebastián, Chile.
carlos.isler@uss.cl.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4360-7497

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 69-94
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.69

REFLEXIONES IUSFILOSÓFICAS SOBRE POSVERDAD, VERDAD Y DERECHO
VERDAD ONTOLÓGICA EN EL DERECHO Y TEMPORALIDAD

PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON POST-TRUTH, TRUTH AND LAW
ONTOLOGICAL TRUTH IN LAW AND TEMPORALITY

JUAN FRANCISCO DIEZ SPELZ

Universidad Panamericana, Ciudad de México

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

La verdad siempre ha sido uno de los temas más inquietantes de la filosofía del derecho. En la actualidad vivimos una crisis de verdad enmarcada al menos en dos fenómenos: la posverdad y la realidad virtual. Como no puede haber sociedades ni organizaciones estables y prósperas sin altos niveles de verdad, se hace necesario preguntarnos constantemente por el concepto de verdad. Para ello, el artículo presenta reflexiones iusfilosóficas sobre la problemática actual, así como un acercamiento al problema de la verdad en el derecho. Posteriormente, cuestiona las aproximaciones que sostienen que no se puede predicar verdad del derecho en general y de las normas en particular, para sostener que sí es posible predicarla desde la perspectiva de la verdad ontológica y de la temporalidad. Por un lado, al predicar verdad *del* derecho, que pretende conectar la realidad con sus fines, y, por otro, siendo conscientes que a la verdad se llega desde la perspectiva del tiempo, pudiendo conectar pasado, presente y futuro.

Palabras clave: Verdad, posverdad, realidad virtual, verdad ontológica, tiempo.

ABSTRACT

Truth has always been one of the most disturbing topics in the philosophy of law. Currently we are experiencing a crisis of truth framed in at least two phenomena: post-truth and virtual reality. Since there cannot be stable and prosperous societies or organizations without high levels of truth, it is necessary to constantly ask ourselves about the concept of truth. To this end, the article presents legal-philosophical reflections on the current problems, as well as an approach to the problem of truth in law. Subsequently, it questions the approaches that maintain that truth cannot be preached about law in general and norms in particular, to maintain that it is possible to preach it from the perspective of ontological truth and temporality. On the one hand, by preaching truth of the law, which aims to connect reality with its purposes, and, on the other, being aware that the truth is reached from the perspective of time, being able to connect past, present and future.

Keywords: Truth, post-truth, virtual reality, ontological truth, time.

Sumario: I. Introducción; II. Posverdad, virtualidad y derecho; III. Verdad, verdades y derecho; IV. Verdad ontológica en el derecho y temporalidad; V. Conclusión; VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En este texto se presentan algunas reflexiones iusfilosóficas que invitan a pensar sobre qué hay de verdad en lo jurídico y por qué debemos de acudir a la verdad ontológica como criterio para fundamentar y justificar el "verdadero derecho" en contextos complejos como los actuales, donde parece que existe una crisis de verdad derivada, entre otros, de fenómenos como la posverdad o la proliferación de tecnologías como la inteligencia artificial, que abren el paso a realidades alternativas. En estas circunstancias, es pertinente pensar sobre las implicaciones de la verdad en el derecho, con el fin de contribuir a un debate, que repercute en la naturaleza de lo jurídico, y a sus retos en estos contextos inciertos. En el fondo, es la pregunta por el *derecho justo*, que no puede abandonarse solo a aspectos relativos, "pos-verídicos" o virtuales.

Todo esfuerzo filosófico es reflexivo. La reflexión implica repensar constantemente aquello que conocemos. Por eso nos parece pertinente plantear ciertos puntos sobre la vinculación entre dos ámbitos muy importantes del conocimiento filosófico. Por un lado, el derecho y, por otro, la verdad. Y el pensamiento filosófico no es solamente reflexivo, sino racional y fundamentador. Esto quiere decir que nuestros esfuerzos intelectuales por conocer y aplicar el derecho en clave filosófica, deben de tomar en cuenta la importancia de usar la razón y, por otro, el de encontrar los mejores fundamentos posibles, que nos llevan a la verdad.

Como la verdad tiene implicaciones profundas en las relaciones humanas, el derecho, que es una manifestación normativa de relaciones entre personas, para ser realmente obligatorio, debe ser verdadero. La inquietud por este tema, o más bien su importancia, deriva a *contrario sensu* del hecho de que distintas manifestaciones normativas a lo largo de la historia han demostrado que lo prescrito por las mismas no era derecho, como lo ocurrido en la Alemania nazi,[1] que lleva a autores como Radbruch a retomar frases como "la injusticia extrema no es derecho".[2] Y, no solo por su formulación normativa, sino también por su aplicación a casos concretos.

Sin embargo, no debe obviarse que estas afirmaciones tienen ciertas objeciones, que vale la pena tomar en cuenta. Por un lado, el contexto actual posmoderno nos sitúa en circunstancias, como la posverdad o la realidad virtual, que hacen difícil la comprensión de los fundamentos de lo verdadero. Por otro, el

[1] Sin embargo, al margen de la teoría propiamente jurídica, hay posturas que sostienen que eventos tales como el Holocausto fueron plenamente jurídicos; que el derecho no debe atender a contenidos, sino que debe únicamente verificarse su existencia y efectividad. Un ejemplo claro de esto lo encontramos en los postulados de David Fraser, quien afirma que lo ocurrido durante el Holocausto respondió a exigencias plenamente jurídicas, no existiendo una discontinuidad entre el derecho anterior al nazismo y lo mandado por normas del régimen. La existencia del sistema, independientemente del contenido de sus normas, es el criterio para identificar lo jurídico y lo legal. FRASER, David. Law after Auschwitz. Durham, Carolina Academic Press, 2005 passim, citado por PEÑA FREIRE, Antonio, "¿Fue Auschwitz legal? Legalidad, exterminio y positivismo jurídico", en Isonomía; Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), No. 45, Octubre 2016, pp. 15-16.

[2] RADBRUCH, Gustav. Relativismo y derecho. Bogota, Editorial Temis, 2009, p. 34-35, quien retoma este tema de autores clásicos como San Agustín, quien en *De libero arbitrio* afirmará que "Pues a mí me parece que no es ley la que es injusta". O también de Tomás de Aquino, quien de una manera más precisa y matizada dirá que "la ley positiva humana [...], si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley [non est lex sed legis corruptio]" (Tomás de Aquino, Summa Theologiae I-II q. 95 a. 2 c) donde podrá decirse que la ley injusta no es ley en sentido propio, sino que es imperfecta (secundum quid). SEOANE, José Antonio, "La doctrina clásica de la lex iniusta y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 6, 2002, p. 762-3.

mismo concepto de verdad, hace que entre en cuestión la idoneidad o utilidad de pensar acerca de la misma. Por último, la inquietud de la lógica jurídica de reconocer la posibilidad de predicar verdad de las normas o los hechos jurídicos. Así pues, nos disponemos a presentar algunas de estas reflexiones.

II. POSVERDAD, VIRTUALIDAD Y DERECHO

Comencemos por lo primero. Vivimos sin duda momentos complejos. La verdad es una necesidad social que implica que podamos vivir con confianza nuestras relaciones humanas, y que las mismas se encaminen a la justicia. Sin embargo, se introducen problemáticas como la posverdad.[3] Esta, de acuerdo con Faramiñan, es una nueva forma de control social y político, que desgasta los cimientos de nuestra confianza humana, a través de fanatismos y comportamientos emocionales, que llevan, a través del miedo y la confusión, a transmitir información no veraz. [4] También, de acuerdo con Castellanos Claramunt, la posverdad es una superación de la mentira, que acepta que no hay verdad objetiva, sino que es más relevante para el individuo "...la satisfacción que le proporciona creer algo, que el hecho de que ese algo sea falso (no se compadezca con la realidad)".[5]

Autores como Vaccaro son conscientes de que la relación entre la política y la verdad no es nueva, sino que se remonta a los debates entre Platón y los sofistas, quienes tenían visiones distintas de la manera de transmitir la verdad en la esfera pública; los últimos, se "burlan" de la verdad porque niegan que tenga una base epistémica, por lo que se concentra en el ejercicio del poder. En cambio, para Platón, la verdad debe ser la base para poder gobernar en orden al bien común.[6] Un contraste de posturas que se sigue evidenciando en la actualidad y que es clave para nuestras reflexiones.

---

[3] El término posverdad es definido por el Diccionario de Oxford como aquello "Relativo o que denota circunstancias en las cuales los hechos objetivos son menos influyentes en la configuración de la opinión pública que las apelaciones a la emoción y la creencia personal".
Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española, define posverdad como "toda información o aseveración que no se basa en hechos objetivos, sino que apela a las emociones, creencias o deseos del público" y como "Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales"

[4] FARAMIÑÁN FERNÁNDEZ-FÍGARES, Juan Manuel de, "Reflexiones jurídicas acerca de la posverdad", en *Monograma. Revista Iberoamericana de Cultura y Pensamiento*, n.º 8, 2021, pp. 64-5.

[5] CASTELLANOS-CLARAMUNT, Jorge, "Participación ciudadana y posverdad: la amenaza de la posverdad participativa", en *Persona y Derecho*, 81, 2020, p. 352.

[6] VACCARO, Salvo, "Foucault, posverdad y parresía". *Soft Power*, *6*(12), 2019, p. 57.

También, D´Ancona reconoce que la "mentira" ha estado presente en la política desde siempre, pero lo que es nuevo no es el hecho de que los políticos recurran a la mentira, o disfracen la verdad, sino la respuesta pública que se da a esta circunstancia.[7] Sin embargo, aun cuando este sea el caso, también debe tenerse presente que todas las sociedades exitosas dependen de un grado alto de honestidad para poder preservar el orden, obedecer el derecho, tener un sistema de responsabilidades para aquellos que tienen poder y para generar prosperidad.[8] Lo contrario lleva a crisis de verdad, desde la manera en que entendemos el mundo, hasta la forma en que opera el derecho, y su vinculación con los destinatarios normativos.

De acuerdo con Chavarría y Pérez, la posverdad implica el control de la información, que deriva en sesgos en el conocimiento y en la manera en que se moldea la realidad, que tiene implicaciones en la preservación del poder y la dominación en las sociedades, en la forma de hacer política y de construir lo social.[9] Lo que está detrás del fenómeno de la posverdad es, entonces, una forma de preservar dominación y, por lo tanto, de comunicar "verdades". El derecho no está exento de ser un vehículo eficaz para la construcción de este tipo de esquemas. Pero, sin duda, estos se potencian más a través de las nuevas tecnologías y de la comunicación masiva.

Lo anterior se explica, entre otras cuestiones, porque la verdad tiene implicaciones diversas tratándose de la "realidad física" comparado con lo que ocurre en la "realidad virtual". Es más, yendo un paso atrás, la verdad tiene diferentes consecuencias tratándose de hechos brutos –propios de las ciencias naturales— en contraste con hechos institucionales, cuya existencia, siguiendo a Isabel Lucena, se debe fundamentalmente, al acuerdo y la aceptación humana.[10] Y esto porque los hechos institucionales, muy propios de la realidad jurídica y política, dependen de la intencionalidad colectiva que, en últimas cuentas, hace que dependan de los seres humanos.[11] El derecho es, pues, una realidad noética.[12]

---

[7] D´Ancona, Matthew, *Post Truth. The New War on Truth and how to Fight Back*, Londres, Penguin Random House, 2017, pp. 23 y 26.
[8] *Ibidem*, p. 36.
[9] Chavarría Suárez, Mario Cruz y Pérez Pérez, Gabriel, "Posverdad: construcción epistémica para la dominación", en *Revista Mexicana de Opinión Pública [online]*, n. 33, 2022, pp. 14 y 17.
[10] Lucena Cid, Isabel Victoria, "La constitución ontológica de la realidad virtual". *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (47), 2023, p. 141.
[11] *Íbid.*
[12] Thomas Schultz sostiene que, si el derecho es una unidad *noética*, quiere decir que el derecho es una realidad compleja que depende de cómo lo pensemos los diferentes actores que intervenimos en él, porque primordialmente es un concepto intelectual, que depende de la razón. Schultz,

Si bien la correspondencia entre hechos brutos e institucionales es connatural a la realidad humana –física y social--, sus implicaciones en el derecho se potencian con las nuevas tecnologías y la artificialidad. De acuerdo de nuevo con Isabel Lucena Cid, la realidad virtual goza de una extrema artificialidad ontológica, lo que la convierte en un entorno difícilmente pensable como vinculado con la naturaleza humana.[13] Sin embargo, lo preocupante de este aspecto es que los comentarios, conceptos e información compartida por la realidad virtual –pensemos en internet o en la IA— tiene efectos en nuestro mundo real, que pueden ser físicos, mentales o institucionales, con efectos deónticos similares a las instituciones del mundo físico.[14] Incluso reconoce Vaccaro que las aplicaciones tecnológicas modifican el campo epistemológico y político en el que se forman las representaciones y percepciones que orientan el proceso político y, debemos decir, también jurídico.[15]

Centrémonos en el efecto deóntico de lo que ocurre en la realidad física. Cuando hablamos de lo deóntico, nos referimos al carácter de deber ser de una proposición. El derecho es esencialmente deóntico, porque se refiere no sólo a la racionalidad teórica, sino primordialmente a la práctica y a la técnica –es decir, a la *teoría, praxis y poiesis*--. En cuanto a lo práctico, el derecho contesta a la pregunta "¿qué se debe de hacer?" y, por lo tanto, también "¿qué se debe de evitar?". Pero no sólo es un tema del derecho, como veremos más adelante, sino también de la política, de lo social y de lo económico. La verdad es un elemento primordial aquí, porque implica el uso del lenguaje para generar comportamientos en las personas, a través de la información, transmitida a través de distintos medios.

La virtualidad, por tanto, tiene efectos en la manera en la que pensamos y actuamos y, por lo tanto, en la forma en que construimos e interpretamos nuestros sistemas jurídicos. De acuerdo con Triberti y Castellani, la Inteligencia Artificial (IA) está penetrando poco a poco en todos los sectores de la vida económica y social, modificando profundamente sus estructuras.[16] En efecto, estos autores reconocen que los sistemas virtuales pueden ser herramientas potentes

---

Thomas, "Life Cycles of International Law as a Noetic Unity: The Various Times of Law-Thinking", en VAN DER PLOEG, Klara Polackova, Luca Pasquet y León Castellanos Jankiewicz (Eds), *International Law and Time,* Springer Switzerland, 2022, p. 177.

[13] LUCENA CID, Isabel Victoria, *Op. Cit.,* p. 157.

[14] *Íbid.*

[15] VACCARO, Salvo, *Op. Cit.,* p. 58.

[16] TRIBERTI, Cesare y CASTELLANI, Maddalena, *Intelligenza artificiale e totalitarismi virtuali*, Massa, Eclettica Edizioni, 2023, p. 80.

de engaño cognitivo que genera representaciones falsas de la realidad o, incluso, provocan "autoengaños" en quienes comparten información por esos medios, con el fin de auto-justificar posiciones políticas o jurídicas de los usuarios de la herramienta tecnológicas.[17]

Sin una concepción clara acerca de la verdad y lo verdadero, el ser humano no puede ser suficientemente racional para poder explicarse la realidad y actuar en consecuencia. Como dice Humberto Cuno, "[e]l ser humano siempre busca explicarse lo que existe y acontece a su alrededor e, igualmente, siempre aspira a determinar lo que es moralmente bueno. Ello genera en él la necesidad de encontrar certeza en el conocimiento que adquiere en esa búsqueda y objetividad en esa determinación práctico-moral".[18] La verdad desenvuelve así una importancia determinante para cualquier tipo de racionalidad, sea teórica o práctica, pues genera confianza y certeza. Cosa de la que carecemos en un mundo "posverídico".

Vivimos también un tiempo de *infodemia*, que implica la sobreestimación de datos para poder transmitir información a los destinatarios en los que se quieren generar diversos comportamientos. También vivimos un tiempo de transparencia, donde parece que toda información puede ser valiosa para generar mensajes y conductas en los individuos. Pero esta masiva transmisión de información corre el riesgo de desvincularse de la verdad. Hay voces que han comparado esto con la pandemia de la COVID-19, señalando que es un virus o una intoxicación de información que va más allá de la realidad del patógeno. Porque el exceso de información suele estar acompañada de un diseño para distorsionar y confundir, tomando como anclaje intereses políticos y comerciales, más que la verdad.[19]

Sobre todo, cuando se trata de información que repercute en la esfera jurídica de las personas, y que abandona los fundamentos de las normas que se transmiten en los ordenamientos jurídicos. El derecho, sin duda, tiene una misión importante frente a la posverdad o frente a la realidad virtual. Dice Faramiñan que el derecho puede limitar los efectos de estos fenómenos, junto con una reflexión filosófica que equilibre las aspiraciones y deseos de las personas

[17] *Íbidem*, pp. 97-98.
[18] CUNO CRUZ, Humberto Luis, "Razón (teórica y práctica), racionalidad y razonabilidad. De sus límites, semejanzas y diferencias" en *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (47), 2023, p. 183.
[19] LÓPEZ VENERONI, Felipe, "De la pandemia a la infodemia: el virus de la infoxicación", en Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, 66(242), 2021, p. 293.

en una realidad posmoderna.[20] Esto implica, continúa el mismo autor, "…separar hoy el derecho a la libertad de expresión —donde cualquier límite supone un menoscabo a la libertad del individuo— del derecho a la información —en donde establecer límites a la información que es suministrada es aún un mal necesario hasta tanto la educación no sea capaz por sí sola de asistirnos a la hora de discernir entre lo que es curativo de lo que es deletéreo".[21]

Este debate entre libertad de expresión y derecho a la información, se inscribe de manera muy relevante en la exploración de los efectos de la posverdad y la realidad virtual en el campo de la verdad y, por lo tanto, del derecho. Justamente las dudas que se desprenden de la posverdad son por la falta de confianza que suscitan las relaciones sociales basadas en la posverdad potenciada por las incertezas de la realidad virtual o del imaginario colectivo. Y todavía más si, como seres humanos, somos poco capaces de distinguir la realidad virtual de la realidad del mundo físico, lo que de manera natural conduce a confusiones y a posibles pérdidas de confianza en la información que recibimos.

La verdad, en este sentido, también conecta con la identidad personal, como efecto de la aplicación de tecnologías a la manera en la que entendemos al ser humano. La información, por lo tanto, está ligada en ocasiones con lo más íntimo de lo humano, quien revela datos en su uso de las herramientas virtuales, lo que tiene implicaciones importantes tanto para el sujeto, como para la comprensión de lo verdadero en el contexto social. Este es un tema muy relevante para el desarrollo de investigación y que, sin duda, generará, como sostiene Giuliano Lemme, una transición jurídica, e incluso una crisis frente a los desafíos tecnológicos.[22]

III. VERDAD, VERDADES Y DERECHO

En la sección anterior se presentaron algunas reflexiones en torno a la verdad en el contexto actual de posverdad y realidad virtual. Pero eso nos lleva necesaria y contantemente a reiterar la pregunta central del texto y quizá una de las preguntas centrales del pensamiento filosófico: ¿qué es la verdad? Se está consciente de que esta pregunta trae aparejadas muchas complicaciones. Pero

[20] FARAMIÑÁN FERNÁNDEZ-FÍGARES, Juan Manuel de, *Op. Cit.,* p. 65.
[21] *Íbidem*, p. 73.
[22] LEMME, Giuliano, *La transizione giuridica. La crisi del diritto di fronte alla sfida tecnologica*, Torino, Gisppichelli Editore, 2023, *passim*.

me parece importante que traigamos algunas ideas a colación, en aras de permitir una reflexión más amplia sobre el tema.

Comencemos con algo básico. Cuando se piensa en la "verdad", hay tres cosas a las que nos podemos referir. Por un lado, a la verdad teórica, que es la adecuación del intelecto con la cosa. En segundo lugar, a la verdad práctica, que se refiera a la adecuación del enunciado práctico, es decir, al enunciado que indica lo que es obligado, prohibido o permitido, con su fin o su fundamento. Por último, está la verdad ontológica. Ésta se refiere a la inteligibilidad de la esencia de una cosa, como fundamento de la verdad del juicio.[23] Las tres manifestaciones como verdad lógica, verdad práctica y verdad ontológica, están referidas a lo jurídico. Y las tres tienen que intentar ser alcanzadas para comprender la naturaleza del derecho y de sus distintas manifestaciones temporales.

Susan Haack hace referencia en un interesante artículo, a la diferencia entre la verdad, las verdades, la "verdad" y las "verdades" en el derecho, donde hace hincapié en nuestra aproximación al tema así, con y sin comillas. La verdad como tal, es la propiedad de ser verdadero, en el sentido aristotélico de que lo verdadero es decir que aquello que es y que no es.[24] Por su parte, las verdades son varias proposiciones, creencias que son verdaderas, entre las que destacan teorías científicas, interpretaciones, creencias o intereses.[25] Las comillas en los términos "verdad" y "verdades" convierten una expresión del "significa X" a "se toma o se considera que X". Así, son proposiciones, creencias o intereses que se toman o consideran verdaderos, tanto en lo individual como en lo colectivo, sin serlo necesariamente.[26] Es lo que podríamos decir que implica un fenómeno como la posverdad: primero lo que "se considera verdad", sobre lo auténticamente verdadero.

Aun así, el tema de lo auténticamente verdadero es complejo. Sobre todo, la verdad a secas a la que se refiere Haack, que tiene que ver más con aspectos de correspondencia lógica. Por eso, intentaremos proponer un acercamiento a través de las verdades como estas interpretaciones, creencias, intereses que resultan ser verdaderos. Para ello, hay autores que refieren la existencia de diversos "tipos" de verdades, o de formas de acercarnos a las mismas. Se presentan

---

[23] BOSSINI, Lucila Adriana, *La verdad del derecho: justicia, orden y bien común*. Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2020, p. 60.
[24] HAACK, Susan, "Truth, Truths, "Truth," and "Truths" in the Law", en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 17, 2003, p. 17.
[25] *Íbid*.
[26] *Íbidem*, p. 18.

ahora algunas ideas sobre esto, pero con la precisión de que son esfuerzos por acercarse a realidades complejas para el entendimiento humano.

Dice Julian Baggini en *Breve historia de la verdad*, que puede haber distintas formas de aproximación a la verdad. Entre ellas, las verdades eternas, las de autoridad, las esotéricas, las razonadas, las empíricas, las creativas, las relativas, las poderosas, las morales, las holísticas y las futuras.[27] Son diez diferentes maneras de tener un contacto con la realidad. Y, sobre todo, diez formas propuestas por el autor para poder comprender las perspectivas vinculadas a lo real. Así, la verdad puede derivar de la comprensión de una realidad eterna, pero también de nuestro contacto con lo oculto (esotéricas) o con lo dicho por los expertos (autoridad).

Destaca particularmente el que podamos llegar a la verdad utilizando la razón, la experiencia o la creatividad. En la primera (verdades razonadas), la razón sirve de guía e instrumento para acercarnos a lo verdadero, pero nunca es una garantía para alcanzarla, porque la razón es solo una herramienta. En ese sentido, también encontramos a la experiencia, dentro de las verdades empíricas, pero la experiencia no siempre es suficiente, porque no todo se percibe por los sentidos. También hay verdades creativas, que reconocen que el ser humano puede crear instituciones o ideas, pero que también suponen riesgos si no hay una conexión con lo real.[28]

Lo anterior lleva a las verdades relativas, que parece que dependen de las interpretaciones que hace cada uno de la realidad. Pero ello también es provisional, porque la verdad está más allá de las interpretaciones.[29] Incluso, la verdad está más allá del poder. En ocasiones, es el poder quien quiere imponer perspectivas sobre lo que se considera como verdadero, y es ahí donde la verdad tiene un reto importante para descubrir que la verdad es más que el poder y que, por lo tanto, se debe de decir la verdad al poder.[30]

Otra aproximación de la verdad es su vertiente moral, para poder distinguir lo que es bueno de lo que es malo. Se puede pensar que esto último depende o de las interpretaciones relativas, o de lo que dice el poderoso. Pero

---

[27] BAGGINI, Julian, *Breve historia de la verdad,* Barcelona, Ático de Libros, 2018, *passim*.
[28] Dice Baggini que "[l]a verdad se convierte en víctima de nuestra creatividad cuando estamos no tanto creando como confabulando". *Ibidem*, p. 57.
[29] Afirma Baggini que se debe de señalar el error "…que se comete al confundir distintas perspectivas sobre la verdad con desacuerdos fundamentales sobre lo que es en realidad verdad. Negar que una perspectiva captura toda la verdad no es negar que capture parte de la verdad". *Ibidem*, p. 65.
[30] *Ibidem*, p. 72.

como no todas las verdades son ni relativas ni poderosas, se debe hace un esfuerzo intelectual para conocer la verdad detrás de los juicios morales.[31] Este es uno de los principales puntos para la conexión de la verdad y el derecho, entre otras cuestiones porque la inquietud que suele estar detrás de reconocer o no carácter de verdad a lo jurídico es acerca de los fundamentos de la razón práctica, es decir, de la justificación de aquello que debe o no hacerse.

Una propuesta interesante en este punto, es que a la verdad debe de llegarse a través de la construcción de redes de verdades, es decir, a través de una perspectiva holística, que propone que las verdades deben de fundamentarse mutuamente, ya que la realidad es muy compleja. Eso pasa, por ejemplo, con conceptos como el de dignidad humana o de derechos humanos, donde la búsqueda de la verdad supone un esfuerzo de hallar sus fundamentos, diferentes concepciones filosóficas, económicas, ideológicas o morales, de un tiempo específico, pero también a través del diálogo sincero que tome en cuenta la naturaleza racional del ser humano.[32]

Por eso, es importante referirse a los aspectos de verdad de aquéllas relativas, racionales, poderosas, creativas o morales. Pero también, debemos proponer el acercamiento a otras aproximaciones entre las que "...se encuentran las siguientes: teorías de la coherencia, de la correspondencia, pragmatistas, semánticas, de la redundancia, fenomenológicas, hermenéuticas e intersubjetivas".[33] El diálogo sincero entre los diferentes sujetos, supone que puedan buscarse varios de estos aspectos, como la correlación con la realidad, o la coherencia entre los esfuerzos narrativos en la búsqueda de la verdad y de lo justo, pero también los efectos prácticos, en el lenguaje o los fenómenos con implicaciones jurídicas.

---

[31] Dice Baggini que "Nuestros puntos de vista morales están íntimamente relacionados con nuestra visión del mundo y, si nuestra percepción está distorsionada, nuestra moral también lo está, pues hechos falsos pueden conducirnos a sostener una ética defectuosa" o que "Nuestros juicios morales solo estarán bien fundamentados cuando concuerden con los hechos tanto de la naturaleza humana como del mundo". *Íbidem*, pp. 77 y 78.

[32] "Esta dimensión relacional se pone de manifiesto en la capacidad de *dialogar sobre la verdad y el bien*, pues el diálogo exige invariablemente la presencia de dos personas. El ser humano es un ser naturalmente abierto a los demás y por su concepción ontológica presenta una dimensión relacional, de manera que la construcción de su personalidad tiene carácter social y relacional". BATISTA, Fernando, "Dignidad Humana: Entre Universalidad Y Diversidad Cultural", en *Boletín Mexicano De Derecho Comparado* 66 (167), pp. 39 y 42. Énfasis añadido.

[33] GIRALDO GIRALDO Ana Maria y ORTIZ BOLAÑOS, Liliana, "El concepto de verdad en Gadamer y Brandom: presupuestos para la construcción de teorías en la ciencia del Derecho", en *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD) 11, 2019, p. 367.

Estas otras formas de aproximación a la verdad ponen énfasis en cuestiones como que las verdades que predicamos deben de tender a una coherencia tanto externa como interna, porque la coherencia genera confianza. Pero también deben de procurar descubrir la correspondencia entre la realidad y el entendimiento. De lo contrario no habrá fundamento suficiente en lo que se dice a través de la razón, y pueden darse confusiones entre aquello que es verdadero y lo que se "tiene por verdadero". Por ello, uno de los elementos más relevantes desde esta aproximación es la correlación con la realidad, tanto en el lenguaje –en el aspecto semántico—como en la consciencia –en al ámbito fenomenológico.

La verdad "está ahí", pero también es un proceso de descubrimiento, que no debe de circunscribirse únicamente al presente. Si se nos permite una aportación al tema, la verdad debe considerarse como un fenómeno intrínsecamente temporal. Es una de las maneras en que podemos conectar con el pasado, porque los hechos acontecidos están ahí y no cambian. Pero también vincular con el futuro, porque la verdad se descubre, pero también se construye hacia futuro. El futuro supone compromiso, que debe de ser adoptado, con sinceridad y precisión por la persona que conoce.[34] Sin estas virtudes, que refieren a los hechos, difícilmente se puede sostener una actitud constante ante la verdad. Esto ocurre de manera particular en el derecho, porque el mismo también implica un tránsito entre el conocimiento de los hechos pasados, y la construcción de los futuros. La actitud que se tenga respecto a la realidad nos parece que será determinante para la construcción de mejores instituciones jurídicas.

Por ello, un riesgo temporal siempre presente para la verdad, es el de las ideologías. Desde la Revolución Francesa presenciamos el crecimiento de ideologías de diversa índole que proponen una visión del mundo reducida a alguna idea. El profesor Ullate Fabo explica que las ideologías se pudieron desarrollar por la forma mecánica en que comenzamos a medir el tiempo, pues los mundos imaginados en un orden futuro por la ideología, expulsan la originalidad y responsabilidad propia del ser humano.[35] Las ideologías no permiten la sorpresa del cambio, pues suelen ser sistemas racionalistas, universales y cerrados, por

[34] BAGGINI, Julian, *Op. Cit.,* p. 88.
[35] "Las ideologías modernas, con su pretensión compartida de prever un mundo mejor, inventan escenarios imaginarios de orden futuro, que se traducen invariablemente en la abolición del Kairós, y con él de todo protagonismo ético de los seres humanos". ULLATE FABO, José Antonio, "La percepción ideológica de las cosas"; en ANDREU GÁLVEZ, Manuel y BROWN GONZÁLEZ, Leonardo, *Los riesgos del pensamiento. Introducción al mundo de las ideologías contemporáneas*, Pamplona, EUNSA, 2022, p. 24.

lo que encasillan a la razón y suponen un riesgo tanto para el pensamiento como para la búsqueda de la verdad.[36]

Justamente pare evitar los riesgos de las ideologías, debemos de volver a tener una concepción amplia del tiempo y de la verdad. Como sostiene Ruiz Monroy, los hechos del pasado son inamovibles e irrepetibles y, por lo tanto, suponen una actitud de descubrimiento en donde a lo que se hace "…referencia con la palabra verdad es, al conocimiento de la verdad sobre algo. Al hecho de que existan o no razones suficientes para tener como probable que ese conocimiento sea verdadero".[37] En el futuro, los hechos no son inamovibles, por lo que se tiene mayor posibilidad de construcción a través de la *praxis* humana, pero siempre con fundamento, para que podamos evaluar aquello cambiante y perenne en la realidad que se transforma.[38]

De acuerdo con Cáceres Nieto, el fundamento o justificación de lo que conocemos como verdad, se debe de conectar con la epistemología jurídica[39], es decir, con la manera en que conocemos el derecho. Lo relevante para una justificación epistémica es que se encuentren procesos confiables para la determinación de la verdad.[40] Ese es un gran reto para nuestras sociedades actuales, inundadas de datos, pero carentes de verdad. El problema de la verdad debe de hacernos repensar el papel de los procesos de conocimiento, que permitan encontrar significados justificados a través de la interpretación, y que puedan dialogarse sinceramente en el plano social, con una consciencia clara del tiempo. Pero esto solo se logra, si lo que se tiene por verdadero, proviene de esquemas de confianza epistémica.

---

[36] ANDREU GÁLVEZ, Manuel y BROWN GONZÁLEZ, Leonardo, *Los riesgos del pensamiento. Introducción al mundo de las ideologías contemporáneas*, Pamplona, EUNSA, 2022, p. 11.
[37] RUIZ MONROY, Jesús Antonio, "La verdad en el Derecho". *Intersticios sociales [online]*. 2016, n.12, p. 12.
[38] "La totalidad de la realidad histórica es la historia de la realidad –personal, social, material, etc.–, la cual siempre está abierta a nuevos tipos de realidad, y a lo que estará presente en el futuro. Por tanto, la realidad será dinámica y cambiante en el tiempo. Es así como la realidad histórica es praxis, en tanto que ésta última va descubriendo la verdad de la realidad y de su interpretación; así, la verdad se va haciendo y construyendo". *Ibidem*, pp. 17-18.
[39] "De forma simplificada "epistemología" (aplicada) denota a un área de la filosofía cuyo objetivo es determinar las condiciones bajo las cuales una creencia puede ser considerada verdadera y justificada" CÁCERES NIETO, Enrique, "Epistemología Jurídica Aplicada", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (Eds), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Volumen Tres, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 2197.
[40] *Íbid.*

IV. VERDAD ONTOLÓGICA EN EL DERECHO Y TEMPORALIDAD

La vinculación entre el derecho y la verdad es un tema paradigmático y paradójico. Félix Adolfo Lamas reconoce que en general, cuando se ha hablado de este tema, o se le aborda desde el ámbito procesal, es decir, de si lo hechos que son objeto del proceso legal se refieren o no a aspectos verdaderos y, por otro lado, a la verdad de los enunciados jurídicos, esto es, si las normas, como componentes centrales del discurso jurídico pueden o no estar dotadas de valores de verdad –y no solo de validez o de invalidez--.[41] Pero poco o nada se ha hablado del aspecto ontológico de aquellos fenómenos que verdaderamente son derecho. En otras palabras, la reflexión en torno a la verdad en el derecho se ha enfocado en los aspectos lógicos y algo en los prácticos, pero poco en los ontológicos.

Pensamos que esto es cierto, pero consideramos que tampoco ha habido un abordaje suficiente de la verdad práctica en el derecho. De hecho, se debe de reconocer que el que podamos hablar de verdad práctica en el derecho depende de una manera profunda de las implicaciones ontológicas de lo jurídico. La manera en que podamos catalogar al contenido de las normas como verdadero o falso derecho tendrá también repercusiones en la forma en que se practica el mismo y en cómo se usa en los procesos de comunicación de comportamientos a nivel social. Una perspectiva holística de la verdad, que considere su aspecto moral es importante en este sentido. Porque el conocimiento de los hechos abonará en un mejor comportamiento humano e institucional.

Se es consciente del supuesto de que el derecho se expresa primordialmente a través de normas que son en sí mismas enunciados prescriptivos, es decir, que buscan influir en la conducta de los sujetos destinatarios de las mismas a través ya sea de obligaciones, prohibiciones o permisiones que se expresan de manera hipotética, planteando un supuesto y una consecuencia para la acción. La naturaleza de los enunciados normativos y, con ellos, del derecho en general, no es igual que el de las proposiciones meramente descriptivas, de las que su verdad o falsedad puede predicarse de manera categórica realizando un cotejo entre lo dicho y la realidad.[42]

---

[41] LAMAS, Félix Adolfo, "Prólogo", en BOSSINI, Lucila Adriana, *Op. Cit.,* p. 13.
[42] DÍEZ SPELZ, Juan Francisco, *Derecho y verdad: de la crisis del iuspositivismo al ascenso de la antropología jurídica*, Universidad Panamericana, 2017, p. 83-84.

Sin duda la "verdad" y la "falsedad" son propiedades de las proposiciones, como sostiene Michael Dummett, pero deben llevarse más allá de la mera manifestación del pensamiento[43]. Como sostiene este autor,

> "…aquello en lo que consiste la verdad de un enunciado siempre juega el mismo papel en la determinación del sentido de este enunciado y debe ser posible una teoría de la verdad en el sentido de una explicación de cuál es este papel"[44].

Por ello, y para construir una teoría de la verdad en el derecho, sostenemos que uno de los principales aspectos para responder a los retos que presentan al derecho fenómenos como la posverdad o la virtualidad, es volver a reflexionar sobre la verdad ontológica del derecho, en conexión con sus vertientes práctica y lógica.[45] Y esto se logra si podemos trascender algunas respuestas que tradicionalmente se han dado al problema de vinculación entre la verdad y el derecho. Por ello, desde el ámbito de la lógica jurídica, nos parece importante poder presentar algunas de estas objeciones y, desde ellas, apelar a buscar lo auténticamente jurídico en sus diversas manifestaciones.

La imposibilidad de predicar verdad o falsedad del derecho ha sido objeto de diversas reflexiones. Lo apuntaba ya Jørgensen al preguntarse si puede hablarse de lógica de normas partiendo del supuesto de que las normas no son ni verdaderas ni falsas. En este sentido, o bien no puede haber lógica sobre normas, porque no se puede predicar verdad de ellas, o la lógica va más allá de lo verdadero y lo falso.[46] De acuerdo con Rodríguez, de este dilema se puede salir centrándonos en la segunda posibilidad y, o bien aceptando que la lógica va más allá de la verdad, o rechazar el presupuesto del que parte el dilema y reconocer que las normas son susceptibles de valores de verdad.[47] En principio, nos incli-

---

[43] DUMMETT. Michael. *La verdad y otros enigmas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 65.

[44] LAMAS, Félix Adolfo, *Op. Cit.,* p. 72.

[45] La verdad que se desprende de la lógica tal como se la ha descrito no toma en cuenta la verdad como atributo de las cosas o fenómenos que se conocen, sino sólo la manera en que se expresan. Esto, de acuerdo con Martin Hollis es una aproximación válida, pero limitada, ya que se centra en el descubrimiento de pruebas intrínsecas al pensamiento mismo, pero no en la evidencia de lo que se intenta probar. La lógica no justifica; no da razones últimas. HOLLIS, Martin. *Invitation to Philosophy*, Oxford, Blackwell Publishing, Segunda Edición, 2003, pp. 26-52.

[46] RODRÍGUEZ, Jorge Luis, "Lógica deóntica, mundos ideales y mundos perfectos", en *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (36), 2013, p. 467.

[47] "Simplificando un panorama un poco más complejo, podría decirse que si no estamos dispuestos a aceptar el primer cuerno del dilema, esto es, que no es posible una lógica de normas, debido a que ello parece contradecir intuicionesmuy fuertes acerca del modo en el que argumentamos a partir de normas, las alternativas para la superación del dilema parecerían reducirse a dos: o bien afrontamos su segundo cuerno, es decir, contrariando una muy fuerte tradición en lógica, justificamos que la lógica tiene un alcance más amplio que la verdad, o bien rechazamos el presupuesto del cual parte

namos por esta segunda posibilidad, si es que entendemos la verdad más allá de su vertiente lógica.

Uno de los principales exponentes de la tesis de la imposibilidad de predicar verdad sobre las normas es Georg von Wright. Sostiene que las normas, como oraciones sean prescriptivas o incluso indicativas, no tienen un valor de verdad, es decir, no se puede predicar que una norma sea "verdadera" o, por el contrario, que se sostenga que es contraria a la verdad por decir algo falso. Lo que pueden expresar las normas son juicios de valor sin referencia a algo "verdadero".[48] Sin embargo, si acepta que una norma puede ser contraria a la razón.[49] Este es un aspecto bisagra al momento de evaluar la propuesta de la verdad en el derecho. También Tamayo y Salmorán reconoce que tratándose de normas o enunciados deónticos no se puede aplicar la técnica ni de la falsación ni de la verificación; pueden ser válidos o vigentes, pero nunca verdaderos o falsos.[50]

En contraste, Kalinowski reconoce que el hecho de dotar de valores de verdad o de falsedad a las normas, está cargada de toda una filosofía que supone que siempre hay una sola realidad –y, por lo tanto, una sola verdad--, pero no siempre llegamos a comprender esto a cabalidad.[51] Ni en el contexto del conocimiento general, ni el en el de la epistemología jurídica. Es decir, que tanto los enunciados descriptivos, como la normas que modelan nuestro comportamiento, dan cuenta cabal de lo real. Esto es un reto importante para la reflexión de la verdad en el derecho sin duda. En este sentido, supone Kalinowski que independientemente de este tema, sí es posible hacer lógica de proposiciones normativas,[52] lo que nos parece que no es sólo una afirmación de que se puede pensar el

el dilema y aceptamos que, después de todo, las normas son susceptibles de valores de verdad". *Íbid.*

[48] WRIGHT, Georg Henrik. Von, "¿Lógica sin verdad?", en *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (39), 2016, pp. 22-29.

[49] "Una norma no puede ser rechazada por ser contraria a la verdad (i. e. por decir algo falso). Pero puede ser rechazada por ser irracional, contraria a la razón. ¿Por qué? Esta pregunta solo puede responderse sobre la base de consideraciones relativas al uso y propósito de la actividad de dictar normas". *Íbidem*, p. 29.

[50] TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *La ciencia jurídica y su carácter empírico; Notas sobre los enunciados jurídicos y su prueba de falsabilidad*. México, Ediciones Coyoacán, 2013, p. 19.

[51] KALINOWSKI, Georges, *Lógica de las Normas y Lógica Deóntica*, México, Ediciones Fontamara, 2003, pp. 17-18.

[52] "...de la lógica contemporánea, no solamente los [sistemas] deductivos y axiomatizados, sino incluso los formalizados, pueden ser interpretados en expresiones que no caen bajo las categorías de lo verdadero y lo falso, si bien convendría reconocer la posibilidad de la contradicción entre las normas y de manera más general de todas las relaciones de oposición que ilustran el cuadro de Apuleyo o el hexágono de Blanché, como la realidad de su negación, y la existencia de las inferencias normativas, y en consecuencia la posibilidad no sólo de la lógica deóntica en el sentido indicado al comienzo (lógica de los enunciados sobre las normas), sino incluso de la lógica de las normas en el sentido propio del término, aún si las normas morales y jurídicas, contrariamente a lo que nos parece,

derecho, sino que, en el fondo, esto es posible porque puede predicarse verdad o falsedad de lo jurídico.

El derecho se ocupa también de contrastar la regulación entre mundos posibles y mundos ideales. La verdad de lo jurídico tendría que estar implicada en la ordenación de ambos mundos, que permitiera contrastar la ontología que está detrás de la regulación de aquellos mundos más "posibles" de aquellos a los que queremos llegar y parecen más "ideales".[53] Y esto porque siempre podemos evaluar las razones normativas detrás de una regulación concreta y contrastarla con la manera en que es el mundo. De nuevo, esto conecta no sólo con la idea de verdad, sino con la de tiempo y también con los riesgos que suponen las ideologías como manifestación de "mundos ideales" para los procesos de pensamiento.[54] El derecho puede inscribirse en el orden de lo verdadero, porque está en el tiempo, y puede dibujar alternativas que conecten lo pasado, con el presente y el futuro, a través de los mundos que se piensan.

Así, pensamos, las normas pueden evaluarse con criterios veritativo-temporales en los tres posibles ámbitos de la reflexión sobre la verdad. Tanto en lo lógico, como en lo práctico y, sobre todo, en lo ontológico. En cuanto a lo práctico, o la verdad en el proceso, se ha llegado a aceptar que la verdad histórica y la verdad judicial son dos verdades diferentes, con objetivos y fuentes diversas.[55] Sin embargo, desde este punto es importante decir que las dos deben de estar conectadas si es que proponemos una visión ontológico temporal de la verdad jurídica. Dicen Navarro y Rodríguez que todo enunciado probatorio debe de ser objetivo en el la medida en que los valores de verdad que se buscan, no pueden depender de las creencias de los participantes, sino en los datos introducidos en el proceso y que deben de fundamentarlo.[56]

También, dice Ubertis, que la *questio facti,* vinculada con los hechos tanto en un proceso jurisdiccional como, podríamos agregar, regulados por una norma, siempre están vinculados con la *questio iuris*, que se regula o que se resuelve.[57] Lo anterior porque el hecho del jurista –que debe de ser el fundamento

no poseyesen el valor de verdad o de falsedad". *Ibidem*, p. 18.
[53] RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Op. Cit.,* pp. 472-475.
[54] ANDREU GÁLVEZ, Manuel y BROWN GONZÁLEZ, Leonardo, *Op. Cit.,* 2022.
[55] MUÑOZ RINCÓN, Anamaría, "La (in)Suficiencia Del Derecho: La Producción De La Verdad En Escenarios Transicionales."en Revista Derecho Del Estado 48, 2021, p. 87.
[56] NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge. L., "Apuntes para una lógica de la prueba en el derecho", en *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (6), 2024, p. 79.
[57] UBERTIS, Giulio, "Quaestio facti e Quaestio iuris", en *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (1), 2020, p. 69.

de los valores de verdad—nunca es un hecho meramente desnudo, sino que se representa y se interpreta en función de un interés jurídico, porque los juristas "vemos el hecho a través de la norma".[58] Y no solo lo "vemos" sino que lo "conocemos" a través de la norma. Por ello, Cáceres Nieto reconoce que los hechos jurídicos no están en el mundo de la misma manera que los hechos físicos. Esto lleva a plantear el descubrimiento de la verdad a través de un nivel extrajurídico, otro a las instituciones jurídicas propiamente dichas y un último nivel a la práctica de los operadores jurídicos.[59]

Además de estas razones, Bossini recuerda que la norma jurídica expresa juicios de ordenación imperativos de las conductas humanas orientadas a un fin, a través del lenguaje. Esto se comprende a través de actos mentales, que se encaminan a ordenar conductas, y a entender este orden.[60] El reto del descubrimiento de lo verdadero y lo falso en el derecho no es tanto su imposibilidad, sino "...la dificultad para encontrar la inteligibilidad intrínseca de una realidad tan altamente compleja y temporal y espacialmente cambiante, como la de los fenómenos jurídicos".[61] Por ello, es necesario reconocer, como recuerda Ramírez García, que lo jurídico debe de cumplir con una función importante, que es una fidelidad duradera a las exigencias propias de lo humano.[62]

En este contexto de la inteligibilidad o ininteligibilidad, en conexión con lo humano y la alteridad, John Finnis afirma que una ley extremadamente injusta no sea derecho significa lo siguiente en este contexto: (i) que existe un mandato histórico/sociológico que tiene el carácter de derecho para una comunidad, es decir, que los mismos lo reconocen como tal, al menos en un primer momento pero, (ii) ese mandato es injusto, derivado de la aplicación de un razonamiento práctico, esto es, hay razones justificadas que llevan a dicha conclusión por lo que, (iii) el mandato no es obligatorio realmente y, por lo tanto, no debe de ser obedecido.[63]

---

[58] *Íbidem*, p. 70.
[59] Este sistema del cual depende el éxito o fracaso en la determinación de la verdad opera en una dimensión multinivel. Uno de esos niveles está constituido por elementos extrajurídicos que corresponden a la normatividad epistémica (...) Otro nivel corresponde a las instituciones jurídicas y al derecho positivo. Un tercero a la operatividad práctica de los operadores jurídicos y que incluye factores tales como la cultura organizacional de las instituciones legales", Cáceres Nieto, Enrique, *Op. Cit.,* pp. 2215-6.
[60] BOSSINI, Lucila Adriana, *Op. Cit.,* p. 127.
[61] *Íbidem*, p. 213.
[62] RAMÍREZ, Hugo Saúl, "Pro persona: fundamento y sentido de la primacía jurídica de la humanidad", en *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 2, pp. 397-8.
[63] FINNIS, John, *Natural Law & Natural Rights*. Oxford, Oxford University Press, Second Edition,

En el fondo, nos estamos refiriendo a poder justificar la obligatoriedad de una norma. Sergio Cotta lo ha hecho patente al afirmar que "[...] la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente, el fundamento de aquélla".[64] También Vigo, al proponer once criterios para verificar la racionalidad de la norma. Entre ellos, la exigencia de racionalidad orgánica, procedimental, sistémica, lógica-lingüística, teleológica, científica, sociológica, axiológica, fáctica, intencional y prudencial o ponderativa, que es donde se juzga la racionalidad o irracionalidad de la justificación[65] y, con ello, un acercamiento a la verdad en procedimientos de evaluación normativa.[66]

En este punto, siguiendo a Sucar y Cerdio, pero ampliando la perspectiva original, proponemos identificar estos tres estados de la verdad jurídica:

a) La verdad *en* el derecho, como la prescripción de comportamientos que deben adecuarse a la verdad como valor, así como la posibilidad de predicar verdad derivada de procesos de subsunción, es decir, una verdad en el plano lógico en la que se manifiesta un silogismo que concluye a partir del contraste entre una norma y un hecho.

b) La verdad *sobre* el derecho, que es propia de los enunciados de la ciencia jurídica, que pretende explicar el derecho, y en particular un ordenamiento concreto a través de conceptos generales; y

c) La verdad *del* derecho, misma que permite poder calificar normas, actos o cualquier aparente manifestación del derecho como realmente ape-

---

2011, p. 365.

64 "...ni la condición de enunciado prescriptivo de la norma, ni su promulgación, ni su estructura prescriptivo-sancionadora son suficientes, conjunta o separadamente, para hacer manifiesta o aceptable la obligatoriedad de la norma, es decir, para que su transgresión voluntaria pueda considerarse rechazable o condenable en el plano de la razón (esto es, *no* justificada). Si esto es así, resulta preciso hacer convincente la obligatoriedad de la norma, es decir, justificarla". COTTA, Sergio, *Justificación y obligatoriedad de las normas,* Madrid, Editorial CEURA, 1987, p. 19.

65 "Tal racionalidad incluye diversas exigencias a tenor: del órgano (RO), del procedimiento (RP), del sistema (RSt), de la lógica y el lenguaje (RLL), de los fines o teleología (RT), de las verdades científicas (RC), de la sociedad y su cultura (RS), de los valores (RA), de las posibilidades de su cumplimiento (RF) y de la intencionalidad (RI), pero a la hora de definir la validez o invalidez de la norma la racionalidad se hace presente juzgando lo mejor en el caso a tenor de un juicio prudencial y persuasivo (RPr) o de un juicio ponderativo(RPa). Más allá de ese marco teórico, necesariamente está siempre el enclave institucional en donde se define la cuestión de la validez jurídica, que, a su vez, implica una serie de definiciones en torno a las variables comprometidas". VIGO, Rodolfo L., "Una teoría de la validez jurídica", en *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (39),2016, p. 125.

66 En un interesante artículo, María Marta Didier plantea cómo la Corte Constitucional Argentina utiliza criterios similares de racionalidad para evaluar la validez normativa al vulnerarse el principio de igualdad. DIDIER, María Marta, "Las exigencias de validez jurídica y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina" en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, *25*(50), 2023, p. 102.

> gada a los fines del mismo y, por lo tanto, como verdaderamente jurídica o no. Es esta una referencia al ser *del* derecho, y por lo tanto es estudiada desde la ontología jurídica. [67]

Es en este último punto donde se manifiesta con mayor detalle la verdad a la que se refiere el derecho. Algo que también vio Ronald Dworkin, al decir que las disposiciones jurídicas "...solo pueden ser verdaderas en virtud de una justificación interpretativa que se base en un complejo de valores, ninguno de los cuales puede tampoco ser meramente verdadero"[68]. Es más, dirá también este autor que "[c]uando un juicio de valor es verdadero, debe haber una *razón* por la cual lo es. No puede ser *solo* verdadero"[69], y con esto se confirma que efectivamente puede predicarse la verdad de un enunciado normativo (o de valor), siempre y cuando exista una razón que sostenga la idoneidad de la prescripción.

Siguiendo a Werner Goldschmidt, prestigioso filósofo que se ha dedicado al estudio de la verdad en el ámbito del derecho, hemos de reconocer que la lógica jurídica es un medio sumamente relevante, que tiene como finalidad poner a nuestra disposición las estructuras necesarias para captar la realidad jurídica, por lo que, enfatiza el autor, "[p]or regla general, pues, debe adaptarse la lógica a la ontología"[70]. En el terreno de la búsqueda de la verdad, la lógica es una herramienta, no un fin.

En este contexto, es pertinente citar a Millán Puelles, quien dice que,

> "Verdad y falsedad lógicas son las que atañen a la intelección; verdad y falsedad ontológicas, las que corresponden a las cosas en tanto que objeto del entendimiento. Así, ontológicamente falso es lo que posee las condiciones para poder ser falsamente entendido. Por ejemplo, una moneda falsa es algo apto para "ser juzgado" verdadera moneda. Claro es que la moneda falsa no es falsa en sí, fuera de toda intelección posible. En sí misma y de suyo, es verdaderamente lo que es, y posee también las condiciones para poder ser rectamente entendida. Su falsedad

---

[67] Germán Sucar y Jorge Cerdio plantean esta dificultad de una manera clara, pero a la vez desafiante, al reconocer que en este contexto debe distinguirse de si lo que se habla es de la verdad *del* derecho, de la verdad *en* el derecho o de la verdad *sobre* el derecho, siendo la primera de estas distinciones la que pretende asignar valores de verdad a la normas jurídicas, la segunda la relativa a la calificación como verdaderos o falsos a los enunciados jurídicos normativos efectuados por los operadores jurídicos, o sobre los enunciados fácticos, o sobre la existencia o no de una norma jurídica y la tercera, es decir, la verdad *sobre* el derecho, la que se predica de los enunciados propios de la ciencia jurídica. SUCAR, Germán y CERDIO HERRÁN, Jorge (Eds.). *Derecho y Verdad II*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 14.

[68] DWORKIN, Ronald. *Justicia para erizos*. México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 194.

[69] *Íbidem*, p. 147.

[70] GOLDSCHMIDT, Werner. *Justicia y verdad*. Buenos Aires, Editorial "La Ley", 1978, p. 220.

> ontológica es accidental, porque no está basada en su esencia, sino en la semejanza que posee con lo que es una auténtica moneda"[71].

Por ello, no es tanto un tema de adecuación lógica, sino de que la norma se refiera a conductas cognoscibles, que puedan ser justificadas, entendidas y comunicables de una manera amplia.[72] Además, deben de hacer una conexión con el ámbito temporal, es decir, ser comprendidas desde una visión de pasado, de presente y de futuro. En todo caso, es imprescindible la manifestación de la razón, pues, a decir de Humberto Cuno, es que,

> Lo único de lo que podemos tener certeza es de que gracias a la razón tenemos la capacidad de asumir una actitud crítica frente al conocimiento aceptado como verdad en un determinado espacio-tiempo y, si llegamos a dudar de ella, también gracias a la razón tenemos la capacidad de seguir buscando y aspirando a encontrar esa verdad. Por eso todo está en permanente debate y cambio en el mundo, y es bueno que así sea, pues ello evita aceptar las cosas dogmáticamente y, de esta manera, permite el progreso del conocimiento humano.[73]

En efecto, la razón es la herramienta con la que contamos para poder evaluar y justificar una realidad como verdadera. Esa razón que debe de manifestarse en todos los ámbitos y, particularmente en el jurídico, a través de la imaginación de mundos tanto ideales como posibles. Pero intentando dejar claro, que la verdad, que es una, debe de ser continuamente descubierta y dialogada.[74]

---

[71] MILLÁN PUELLES, Antonio, *Fundamentos de filosofía*, Madrid, Ediciones RIALP, Décima Edición, 1978, pp. 436-437.

[72] Dice Manuel Lázaro Pulido, refiriéndose al contexto de interpretación humana para la averiguación de la verdad, que "Pero la interpretación humana siempre genera un estado de incertidumbre, al dar la impresión de que se trata de un acto privado de objetividad, más propio de la ciencia, lo que ha llevado a buscar un paradigma en derecho que sea científico y que se ha identificado muchas veces con el positivismo (empirismo) lógico. La perspectiva filosófica que proponemos es la del análisis de la propia naturaleza inherente del acto interpretativo, toda vez que ni el dato, ni el sujeto, ni la ciencia se pueden reducir a meros datos y hechos, sin tener en cuenta no solo el contexto de justificación, sino el de descubrimiento y la perspectiva sociológica". LÁZARO PULIDO, Manuel, "La hermenéutica jurídica desde la perspectiva filosófica", en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 25 (2019), p. 481.

[73] CUNO CRUZ, Humberto Luis, *Op. Cit.,* p. 195.

[74] Como sostiene Habermas, "[l]o que obliga a los participantes en el debate práctico es la fuerza vinculante de un tipo de razones que se supone deben convencer igualmente a todos los demás (no sólo razones que reflejan preferencias mías o de otras personas), sino razones a la luz de las cuales todos los participantes podrían descubrir conjuntamente, frente a cualquier cuestión que necesitara regulación, qué tipo de práctica responde igualmente a los intereses de todos" Y también que, "[u]n consenso normativo, alcanzado bajo condiciones libres e inclusivas de debate práctico, establece una norma válida (o confirma su validez). Las normas válidas no existen sino en el modo de ser aceptadas intersubjetivamente como válidas. La "validez" de una norma moral significa que "merece" reconocimiento universal a causa de su capacidad para vincular la voluntad de sus destinatarios únicamente por medio de razones". HABERMAS, Jürgen, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Barcelona, Paidós, 2010, pp. 29 y 87.

Y, sobre todo, que tiene implicaciones para lo jurídico, más allá de la enunciación lógica. De forma que, en ciertos contextos, podremos justificar realidades que se apegan más o menos a los arquetipos del "verdadero derecho", o se asemejan más, como en el caso de una monera falsa, pero que parece verdadera, a los terrenos del "falso derecho".

V. CONCLUSIÓN

La pregunta acerca de la verdad en el derecho es paradigmática y merece reflexiones desde el ámbito filosófico. En este texto se ha propuesto que debemos partir del análisis del contexto actual, donde se observan elementos de una crisis de verdad en dos aspectos primordialmente: el fenómeno de la posverdad y la incursión de la realidad virtual. Ambas cuestiones generan dudas acerca de los fundamentos de lo verdadero y lo real, con implicaciones tanto en el ámbito político como en el jurídico. Ninguna sociedad puede subsistir ni ser próspera, si no atiende a grados altos de verdad, pues eso repercute en la confianza, permanencia y porvenir de sus instituciones. Un riesgo siempre latente para la búsqueda de verdad en el mundo y para su comprensión temporal son las ideologías, como sistemas cerrados.

En ese sentido, la pregunta acerca de lo que es verdadero, tiene una especial relevancia para los tiempos actuales. Sin duda, es una pregunta compleja, pero requiere de compromiso en su abordaje. Sea que hablemos de verdades racionales, relativas, de autoridad, holísticas o futuras, un punto de anclaje clave es que la verdad debe tender a la correspondencia entre la realidad y el entendimiento, y también tender a la coherencia narrativa y con otros elementos del discurso. Y siempre, a que supone un proceso de búsqueda abierto al cambio, a lo necesario, lo contingente y, con ello a la responsabilidad ética de las personas.

Volver a lo real implica poner atención en el aspecto ontológico de aquello que conocemos. Es decir, en los atributos que hacen que alguna realidad sea lo que es y, sobre todo, lo que pretende ser. Este aspecto contrasta con una aproximación a la verdad solo desde perspectiva lógica o pragmática. Y cada vez más lo podemos observar, precisamente por los retos que supone un mundo de posverdad, donde lo real se desdibuja entre el mundo físico y el "mundo virtual". Una vuelta a lo ontológico, que suponga un compromiso con la realidad, y que se exprese a través de justificaciones adecuadas.

En el terreno del derecho esto es primordialmente importante. Siempre ha

habido inquietud por si lo que se expresa a través de normas puede ser verdadero o falso o solo "válido" o "inválido". Quedarnos en este nivel de análisis nos parece que es tanto como solo aproximarnos al problema desde el ámbito de la lógica. Primero, debemos trascenderlo para llegar a considerarlo desde el punto de vista pragmático. Esto es, que la verdad es muy relevante al conocer los hechos regulados o juzgados por el derecho. Hay que ir más allá de la distinción entre verdad jurídica y verdad histórica. Pero, sobre todo, volver a la verdad ontológica de lo regulado, pudiendo ser capaces de justificar las conductas normadas –como obligatorias, prohibitivas o permisivas—como "verdadero derecho". Esto, en el fondo, es un tema que se conecta con la pregunta por la justicia, y que nos enfrenta continuamente con la máxima de que lo que es extremadamente injusto, no es derecho.

Es lo que hemos llamado la verdad *del* derecho –en contraste con la verdad en y la verdad sobre el derecho--, como la forma de aproximarnos a los hechos y conductas normadas y poder juzgarlas como más apegadas a sus fines. Siempre queda, como materia de investigaciones futuras e inagotables, la tarea de definir los fines de lo jurídico. Sin embargo, como aportación a este tema, sostenemos que un primer punto de análisis es apegar la verdad con el concepto de tiempo, es decir, que para aproximarnos a lo real y, por lo tanto, a lo verdadero, debemos de comprender como lo que *vemos* en presente, conecta con lo que *recordamos* en pasado y *proyectamos* a futuro, en al afán de construcción de mundos no solo ideales, sino posibles.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Andreu Gálvez, Manuel y Brown González, Leonardo, *"Los riesgos del pensamiento". Introducción al mundo de las ideologías contemporáneas*, Pamplona, EUNSA, 2022.

Baggini, Julian, *Breve historia de la verdad,* Barcelona, Ático de Libros, 2018.

Batista, Fernando, "Dignidad Humana: Entre Universalidad Y Diversidad Cultural", en *Boletín Mexicano De Derecho Comparado* 66 (167), 2024,

Bossini, Lucila Adriana, *La verdad del derecho: justicia, orden y bien común*. Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2020.

Cáceres Nieto, Enrique, "Epistemología Jurídica Aplicada", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (Eds), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Volumen Tres, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

Castellanos-Claramunt, Jorge, "Participación ciudadana y posverdad: la amenaza de la posverdad participativa", en *Persona y Derecho*, 81, 2020.

Chavarría Suárez, Mario Cruz y Pérez Pérez, Gabriel, "Posverdad: construcción epistémica para la dominación", en *Revista Mexicana de Opinión Pública [online]*, n. 33, 2022.

Cotta, Sergio, *Justificación y obligatoriedad de las normas,* Madrid, Editorial CEURA, 1987.

Cuno Cruz, Humberto Luis, "Razón (teórica y práctica), racionalidad y razonabilidad. De sus límites, semejanzas y diferencias" en *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (47), 2023.

D´Ancona, Matthew, *Post Truth. The New War on Truth and how to Fight Back*, Londres, Penguin Random House, 2017.

Didier, María Marta, "Las exigencias de validez jurídica y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina" en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, *25*(50), 2023.

Díez Spelz, Juan Francisco, *Derecho y verdad: de la crisis del iuspositivismo al ascenso de la antropología jurídica*, Universidad Panamericana, 2017.

Dummett. Michael. *La verdad y otros enigmas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1990.

Dworkin, Ronald. *Justicia para erizos*. México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

Faramiñán Fernández-Fígares, Juan Manuel de, "Reflexiones jurídicas acerca de la posverdad", en *Monograma. Revista Iberoamericana de Cultura y Pensamiento*, n.º 8, 2021.

Finnis, John, *Natural Law & Natural Rights*. Oxford, Oxford University Press, Second Edition, 2011.

Fraser, David. Law after Auschwitz. Durham, Carolina Academic Press, 2005.

Giraldo Giraldo Ana Maria y Ortiz Bolaños, Liliana, "El concepto de verdad en Gadamer y Brandom: presupuestos para la construcción de teorías en la ciencia del Derecho", en Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 11, 2019.

Goldschmidt, Werner. *Justicia y verdad*. Buenos Aires, Editorial "La Ley", 1978.

Haack, Susan, "Truth, Truths, "Truth," and "Truths" in the Law", en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 17, 2003.

Habermas, Jürgen, *La ética del discurso y la cuestión de la verdad*, Barcelona, Paidós, 2010.

Hollis, Martin. *Invitation to Philosophy*, Oxford, Blackwell Publishing, Segunda Edición, 2003.

Kalinowski, Georges, *Lógica de las Normas y Lógica Deóntica*, México, Ediciones Fontamara, 2003.

Lázaro Pulido, Manuel, "La hermenéutica jurídica desde la perspectiva filosófica", en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 25 (2019).

Lemme, Giuliano, *La transizione giuridica. La crisi del diritto di fronte alla sfida tecnologica*, Torino, Gisppichelli Editore, 2023.

López Veneroni, Felipe, "De la pandemia a la infodemia: el virus de la infoxicación", en Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, 66(242), 2021.

Lucena Cid, Isabel Victoria, "La constitución ontológica de la realidad virtual". *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (47), 2023.

Millán Puelles, Antonio, *Fundamentos de filosofía*, Madrid, Ediciones RIALP, Décima Edición, 1978.

Muñoz Rincón, Anamaría, "La (in)Suficiencia Del Derecho: La Producción De La Verdad En Escenarios Transicionales."en *Revista Derecho Del Estado* 48, 2021.

Navarro, Pablo y Rodríguez, Jorge. L., "Apuntes para una lógica de la prueba en el derecho", en *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (6), 2024.

Peña Freire, Antonio, "¿Fue Auschwitz legal? Legalidad, exterminio y positivismo jurídico", en Isonomía; Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), No. 45, Octubre 2016.

Radbruch, Gustav. *Relativismo y derecho*. Bogota, Editorial Temis, 2009.

Ramírez, Hugo Saúl, "Pro persona: fundamento y sentido de la primacía jurídica de la humanidad", en *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 8, n. 2, 2022.

Rodríguez, Jorge Luis, "Lógica deóntica, mundos ideales y mundos perfectos", en *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (36), 2013.

Ruiz Monroy, Jesús Antonio, "La verdad en el Derecho". *Intersticios sociales [online]*. n.12, 2016.

Schultz, Thomas, "Life Cycles of International Law as a Noetic Unity: The Various Times of Law-Thinking", en Van der Ploeg, Klara Polackova, Luca Pasquet y León Castellanos Jankiewicz (Eds), *International Law and Time,* Springer Switzerland, 2022.

Seoane, José Antonio, "La doctrina clásica de la lex iniusta y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 6, 2002.

Sucar, Germán y Cerdio Herrán, Jorge (Eds.). *Derecho y Verdad II*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *La ciencia jurídica y su carácter empírico; Notas sobre los enunciados jurídicos y su prueba de falsabilidad*. México, Ediciones Coyoacán, 2013.

Triberti, Cesare y Castellani, Maddalena, *Intelligenza artificiale e totalitarismi virtuali*, Massa, Eclettica Edizioni, 2023.

Ubertis, Giulio, "Quaestio facti e Quaestio iuris", en *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, (1), 2020.

Ullate Fabo, José Antonio, "La percepción ideológica de las cosas"; en Andreu Gálvez, Manuel y Brown González, Leonardo, *Los riesgos del pensamiento. Introducción al mundo de las ideologías contemporáneas*, Pamplona, EUNSA, 2022.

Vaccaro, Salvo, "Foucault, posverdad y parresía". *Soft Power*, *6*(12), 2019.

Vigo, Rodolfo L., "Una teoría de la validez jurídica", en *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (39),2016.

Wright, Georg Henrik. Von, "¿Lógica sin verdad?", en *DOXA. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (39), 2016.

JUAN FRANCISCO DIEZ SPELZ
Universidad Panamericana, Ciudad de México
Facultad de Derecho
Investigador Titular B
jfdiez@up.edu.mx
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0376-9272

2.- DERECHO CIVIL

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 97-126
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.97

LA PROPIEDAD AGRARIA, SU FUNCIÓN SOCIAL Y SUS LIMITES REFLEXIONES SOBRE UN PERMANENTE CAMINO A RECORRER

AGRARIAN PROPERTY, ITS SOCIAL FUNCTION AND ITS LIMITS REFLECTIONS ON A PERMANENT PATH TO TRAVEL

MANUEL DE PERALTA CARRASCO
Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

Estudio entorno al concepto de propiedad agraria y los diferentes límites que sobre ella recaen como consecuencia de la función social que, en defensa y desarrollo del medioambiente y el espacio agrario, se le exige por el ordenamiento nacional y europeo.

Palabras clave: Propiedad agraria. Función e interés social. Limites de la propiedad. Regulación europea.

ABSTRACT

Study around the concept of agricultural property and the different limits that fall on it as a consequence of the social function that, in defense and development of the environment and agricultural space, is required by national and European.

Keywords: Agricultural property. Social function and interest. Property limits. European regulation.

Sumario: I- Aproximación al derecho de propiedad agraria. II- Concepto y caracteres del derecho DE PROPIEDAD agraria. III- El contenido y los limites efectivos del derecho de propiedad agraria: III.1- Función social de la propiedad agraria, III.2- Los límites de la propiedad rústica- 1) El superior interés general. 2) La limitación superficial. 3) La "adecuación superficial" de la propiedad agraria atendiendo al interés social. 4) Los derechos ambientales. 5) Los derechos de producción agraria y los ecorregímenes. IV) Conclusiones. V) Bibliografía.

I. APROXIMACIÓN AL DERECHO DE PROPIEDAD AGRARIA

La propiedad agraria es un derecho que nace con el hombre y con la sociedad, instrumento necesario para la subsistencia, desenvolvimiento y desarrollo de los distintos pueblos y naciones, que encuentran en ella la base de un primigenio, básico, y necesario desarrollo económico, de prosperidad y de justicia social. Es uno de los anhelos fundamentales de los seres humanos, junto al de libertad; y ha sido, por ello, el motor de luchas, revoluciones y avances científicos en todos los tiempos, estando históricamente unida al concepto de poder. En nuestro tiempo se nos presenta, como una propiedad sujeta a un poder dinámico, positivo y participativo, en la que la realidad de la crisis nacional e internacional hace necesario determinar su funcionalidad, y rentabilidad no solo en el plano empresarial, sino también en el plano económico, social y ambiental que ineludiblemente debe cumplir. En todo caso para muchos es un "*hecho social propio de todos los tiempos y pueblos civilizados*"[1] , basándose en ella la propia sociedad.

La propiedad nació antes de que tuviéramos la consciencia teórica del mismo; ya los pueblos primigenios, abandonando el nomadismo propio de los pueblos cazadores, adquirieron una concepción, inicialmente colectiva, de la propiedad que, a lo largo de la historia evolucionó, al *dominium* o propiedad individual (*propietas*) del Derecho romano[2]. Los sucesivos avatares históricos de la extensa Edad Media, de guerras, conquistas, reconquistas y revueltas o

[1] COGLIOLO, Pietro, *Filosofía del diritto privato*, Tomo I, Editorial G. Barbera, Florencia, 1891, página 155.

[2] file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-OrigenDeLaPropiedadRomanaYDeSusLimitaciones-229689.pdf . LOZANO CORBI, Enrique *Origen de la propiedad romana y sus limitaciones* pág. 86.

revoluciones, tuvieron un fuerte impacto, casi siempre decisivo, sobre la tenencia, explotación y propiedad de la tierra, de forma que nuestra historia hispana, con su largo proceso de reconquista ha configurado a lo largo de nuestro país las diferentes formas que transitan entre minifundio del norte prehispánicos y el latifundio conformado mediante la presura[3] de los territorios recuperados en la reconquista.

Con precedentes del Derecho romano[4] el artículo 574 del Code Civil Francés[5], aún vigente, estableció el concepto de que "*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, siempre que no haga un uso prohibido por las leyes o reglamentos*"[6], reinstaurando la propiedad quiritaria, como un derecho de carácter absoluto, lo que suponía el reconocimiento del dominio con enorme amplitud y muy pocas limitaciones. Posteriormente el Codice Civile Italiano de 1865 copió el precepto francés, sin embargo, el vigente en Italia, publicado el 4 de abril de 1942, indica en su artículo 832 que: «*el propietario tiene el derecho de gozar y disponer de las cosas tan plena y exclusivamente dentro de los límites y en cumplimiento de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico*»[7]. Por su parte el Código civil alemán (BGB), vigente desde el año 1900, no llega a definir la propiedad, sino que, en su parágrafo 903, expresa las «*facultades del propietario*» y en el § 905 indica los «*límites de la propiedad*».

Desde un punto de vista exclusivamente jurídico, la propiedad, tal y como establecen la mayoría de los ordenamientos latinos[8], es la vinculación de la

---

[3] Cfr. VALLTERRA FERNÁNDEZ, Luis *Derecho Nobiliario Español*, Ed. Comares, Granada, 1995, págs. 15 y ss. Y cfr. SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio. *La España cristiana de los siglos VII al XI*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1986, tomo VII, págs. 1 y ss. «La Presura» se ejerció sobre territorios desocupados, sobre «res nullius», de tal manera que se pretendían establecer asentamientos poblacionales en territorios recién conquistados.

[4] ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, La propiedad y los modos de adquirirla en derecho romano y en el código civil, Ed. Impredisur, Granada, 1991.

[5] Código civil de Napoleón, promulgado el 6 de febrero de 1804.

[6] «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements».

[7] Art. 832 Codice Civile Italiano, aprobado por R.D. 16 marzo 1942, n. 262: «Contenuto del diritto. Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

[8] CC Español Art. 348 Cc establece que la propiedad es "el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".
El CC Italiano de 1942, (más preciso). Art. 832: "El propietario tiene derecho a gozar y disponer de la cosa de modo pleno y exclusivo, dentro de los límites y con observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico".
CC De Republica Dominicana Art. 544.- La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y reglamentos.

persona con el objeto y la facultad de disponer de él como le plazca. Estableciendo los distintos Códigos Civiles, en mayor o menor medida, una propiedad agraria como propiedad social, tal y como hace el ordenamiento jurídico Cubano o Venezolano, o estableciendo un régimen genérico de propiedad como derecho real absoluto, en la línea del Código Civil Español o Dominicano; de lo que podemos extraer que el fundamento de la propiedad es la aproximación a sus sistemas de reconocimiento y de organización, con teorías numerosas y contradictorias[9], de forma que para unos es un «derecho » y para otros, la propiedad «es un robo».

II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DERECHO DE PROPIEDAD AGRARIA

Comúnmente[10] se entiende por propiedad, como el «derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales», o como la «cosa que es objeto del dominio, sobre todo si es inmueble o raíz». También[11], se dice es «cosa, particularmente finca, que pertenece a alguien», o el «hecho de que ciertas cosas pertenezcan a alguien determinado y no a la comunidad».

CC Uruguay Art. 486. El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho de gozar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la Ley o contra derecho ajeno. CC Paraguay - Ley_1-183 Art.1954.- La ley garantiza al propietario el derecho pleno y exclusivo de usar, gozar y disponer de sus bienes, dentro los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas en este Código, conforme con la función social y económica atribuida por la Constitución Nacional al derecho de propiedad. También tiene facultad legítima de repeler la usurpación de los mismos y recuperarlos del poder de quien los posea injustamente. El propietario tiene facultad de ejecutar respecto de la cosa todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible; arrendarla y enajenarla a título oneroso o gratuito, y si es inmueble, gravarla con servidumbres o hipotecas. Puede abdicar su propiedad y abandonar la cosa simplemente, sin transmitirla a otra persona.
CC Chile Art. 582 El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.
CC Perú Art. 923.- Derecho de propiedad: Atribuciones- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley. CC Cuba Art. 129.1. La propiedad confiere a su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes, conforme a su destino socioeconómico. 2. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor del bien para reivindicarlo.
CCRB Venezuela Artículo 115 de la "Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general".

[9] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 102-106.

[10] Acepciones de «propiedad» (procedente de propriedad) que aparecen en el Diccionario la Lengua Española, de la Real Academia, 21ª edición, Madrid, 2001.

[11] Acepciones de «propiedad» (del antiguo propriedad y del latín "propriĕtas -ātis") en el Diccionario de uso del español de María Moliner, tomo II, 2ª edición, Editorial Gredos, Madrid, 1998, pág. 789.

En todo caso el artículo 348.I del Código civil de España (Cc.) establece, de forma presuntamente precisa, el concepto de dominio en nuestro ordenamiento: "*la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*". Definición que, como ya hemos expuesto, es casi idéntica a la del texto francés, de donde se toma. Añade el precepto, en su párrafo II, para completar la definición legal, una de las facultades más importantes que ostenta su titular: "*el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*". Aunque no ha faltado quien señale la diferencia entre propiedad y dominio en realidad se trata de la misma figura vista desde ópticas diversas[12]: la propiedad tiene un sentido económico-jurídico y el dominio un sentido más subjetivo.

A pesar de la definición, traída del Code Napoleónico, por el que nuestro Código Civil Español proclama en el art. 348 Cc. la propiedad como "*el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*"; cuyo contenido se redactó, al igual que numerosos Códigos, pensando básicamente en una sociedad agraria[13], dando por eso un gran valor a la tierra, y concibiendo a la propiedad rústica como algo estático de la que se goza de un modo pasivo; lo cierto es que se ha venido produciendo la atenuación de la propiedad como un derecho absoluto, lo que trae causa de las diferentes corrientes filosóficas; que en el caso Español ha conllevado la creciente intervención del Estado en todos los órdenes de la vida de la propiedad rústica, promoviendo que la tierra produzca no solo frutos naturales, sino también frutos en su vertiente económica, social, y medioambiental, para beneficio de toda la colectividad, y que se distribuya de una forma justa y equitativa.

Hemos de partir de la premisa indiscutida de que la propiedad es el «derecho real pleno», cierta doctrina ha venido a definir a la propiedad, con suma sencillez, como aquel «derecho real cuyo ámbito de poder comprende, en

---

[12] CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral, tomo II Derecho de cosas*, volumen 1º. Ed. Reus Madrid, 1984, pág. 87.

[13] DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho civil*, Volumen III, Tomo 1, Derechos Reales en general, 8ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, páginas 143-144). Advierte en la regulación global de la propiedad del Código civil español vigente unas características como: a) su carácter agrario, en el que la propiedad de la tierra destinada a la agricultura adquiere toda la importancia frente a la propiedad urbana, meramente residual; b) individualismo, tratar la propiedad individual casi en exclusiva, en detrimento de las propiedades colectivas; c) carácter absoluto de la propiedad del terreno, por arriba hasta el cielo y por abajo en toda la profundidad del subsuelo; d) defensa estática de la propiedad frente a las reformas dinámicas de quienes realizan mejoras para su explotación óptima sin derecho a reembolso; y e) la propiedad está contemplada bajo una libertad absoluta de venta y comercialización, suprimiendo los obstáculos que puedan impedir al propietario convertir en dinero aquello de que sea dueño.

principio, todas las facultades posibles sobre la cosa»[14]. También se define el derecho de propiedad como «aquel derecho subjetivo que permite a su titular extraer la más amplia utilidad económica de su objeto que el ordenamiento le permita», tan solo limitado por las leyes, pero siendo el derecho de propiedad el más pleno posible dentro de los derechos reales.

La propiedad privada, aún siendo un derecho comúnmente reconocido en los distintos ordenamientos jurídicos, no podemos decir que alcance el rango de uno de los derechos fundamentales del individuo en ninguno de los ordenamientos contemporáneos; tal y como ocurre en la Constitución Española, en la que se reconoce dicho derecho como un derecho de los ciudadanos, pero no como un derecho fundamental de los mismos[15]. Calificación que consideramos desafortunada, tal y como expone el Prof. Román García, debería haberse incluido, al igual que el derecho a la herencia como derecho con rango de fundamental[16].

La propiedad es en la mayoría de los ordenamientos latinos de tipo individual, con la excepción de los bienes de dominio público (minas, playas, carreteras, radas, ríos…)[17] y sometida a plena libertad de comercio; de tal forma que el propietario puede en todo momento convertir su propiedad en dinero o permutarla por otra con arreglo al procedimiento que establece la Ley. Constituyendo, así pues, un bien de mercado, de forma que en el momento en que se decide vender, es el mercado el que le otorga el precio por el que es posible enajenar.

La propiedad rústica[18] alcanza a bienes muebles e inmuebles; siendo el bien inmueble por excelencia la finca (porción de suelo que es apta para el ejercicio de una actividad agraria), pero también las edificaciones, equipos e instalaciones que en ella se encuentren para facilitar las labores; ello hace que

[14] Vic. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Ob. cit., págs. 100-101.

[15] El artículo 53 de la Constitución justifica claramente por qué los derechos comprendidos en el capítulo segundo aparecen divididos en dos secciones distintas: "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas" arts. 15 a 29 y "De los derechos y deberes de los ciudadanos" arts. 30 a 38. Vid Tb. Artículo 39 C.c. de Guatemala- Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.

[16] Vid. ROMÁN GARCÍA, Antonio Manuel. *Fundamentos históricos metodológicos del Derecho Civil español*. Ed. Uex-Servicio de publicaciones. Cáceres 2006. págs.. 77 y ss.

[17] Vid. art. 339 C.c. España, art. 538 CC de Republica Dominicana; art. 478 CC Uruguay, ó art. 589 C.c. Chile

[18] LACRUZ BERDEJO, José Luis *Elementos de Derecho Civil III – Derechos Reales* Vol. I -2º parte – Ed. Bosch Barcelona 1988, págs.. 145 y ss.

disposiciones sectoriales como la propia Ley de Arrendamientos rústicos[19] incluya como objeto del contrato no solo a la propiedad sino a la explotación agropecuaria (art. 2) conformada por la propiedad inmueble y por los bienes muebles y en su caso semovientes que en ella puedan encontrarse y cederse contractualmente a criterio del propietario. Hemos de recordar que los bienes muebles que lo son por su naturaleza, dejan de tener tal consideración para pasar a ser considerados como parte del inmueble en función de la finalidad al que se destinan.

Podemos decir que el derecho de propiedad, especialmente en la propiedad agraria se constituye generalmente como un poder exclusivo y perfecto, que contiene un carácter de limitación y subordinación. Pero, por otro lado, atendiendo a los criterios de justicia social, ha de ser concebido como un derecho limitado o restringido por las exigencias del bien común y por la ley, y subordinado, en todo caso, al deber moral y social que se ha de terminar en la llamada función social, mediante la correcta interpretación y aplicación de la misma por los poderes legislativos y judiciales.

Es también un derecho "perpetuo"; pues no está sujeto a limitación de tiempo y puede durar tanto cuanto la cosa. Hay que matizar que es un bien transmisible por herencia, estableciéndose en algunas legislaciones como la española, tal y como expondremos, una especial protección a los derechos sucesorios sobre esta propiedad, destinados a la continuidad del ejercicio de la actividad agraria, que por naturaleza corresponde a la propiedad agraria.

III. EL CONTENIDO Y LOS LIMITES EFECTIVOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD AGRARIA[20]

El artículo 348 del Cc. español, al igual que la gran mayoría de los Códigos Civiles latinos[21] establece que la propiedad es "*el derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes*" Dicho artículo es política y legislativamente neutro, ya que serán en última instancia las leyes posteriores las que acoten y configuren su extensión. El Tribunal Constitucional

[19] Ley 49/2003 de 26 de noviembre. (modificada parcialmente por LEY 26/2005, de 30 de Noviembre / en vigor desde 1-1-2006).
[20] Vid al respecto nuestra obra PERALTA CARRASCO, Manuel Y CASANUEVA SÁNCHEZ, Isidoro. Principios *Básicos de Derecho Agrario*. 2ª Ed. Actualizada Ed.: Librería Técnica Figueroa 2- Cáceres 2006.
[21] Vid. cita nº 8.

de España, consciente de que la protección de ciertos intereses legítimos puede implicar restricciones en el concepto de propiedad, ha abogado por criterios de flexibilidad, y de sacrificio en su caso, de ésta, en función de los bienes sobre los que recaiga y de la concreta situación en que se encuentren; afirmando que *:"su contenido esencial [de la propiedad] no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida, no como mero límite externo a la definición de su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo"*[22].

Según ello nos encontramos con "*ius plenum in re corporali*"; concepto este que hemos de rechazar, al menos en su interpretación literal, ya que:

a) Desde el punto de vista técnico, constituye una falsa idea de la propiedad como suma de poderes, que pueda descomponerse analíticamente en facultad de disposición, de goce, de uso, de posesión…

b) Desde un punto de vista económico-político y sociológico, este concepto expresa una idea antisocial[23] de poder absoluto sobre la cosa.

La necesidad social, y económica, nos muestra claramente que no estamos ante un poder ilimitado y soberano sobre la cosa, tal y como ocurriese en tiempos anteriores; sino que estamos ante un derecho sobre la cosa "agraria" pero con limitaciones impuestas por el interés general[24].

Para un adecuado enfoque, es necesario establecer las facultades y los necesarios límites al Derecho Real de Propiedad, así como ponderar la necesaria función social de la propiedad agraria. Estas facultades no han sido las mismas a lo largo de la historia, por lo que la definición de propiedad no ha sido exactamente la misma en cada momento histórico. En España, actualmente, el régimen jurídico del derecho de propiedad encuentra su regulación en la Constitución (CE) y en el Código Civil (Cc.). La primera, a través del artículo 33, establece que en España "se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes".

---

[22] STC 37/1987, de 26 de mayo.
[23] LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho civil, III, Derechos Reales*, volumen 1º, Posesión y propiedad, puesta al día por Agustín Luna Serrano, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, pág. 237.
[24] ACEDO PENCO. Ángel *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*" Ed- Dykinson Madrid 2013- pág. 102 y ss.

III.1.-función social de la propiedad agraria

El derecho de propiedad rústica o agraria se encuentra actualmente, en comparación con otros momentos históricos, como un derecho muy debilitado, sujeto a la función social de la propiedad; no se protege como uno de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos; sino que por el contrario se viene a limitar directamente las facultades para su libre uso y disposición, sometiéndose al propietario a auténticos deberes de conducta en relación a lo que es suyo; se grava con impuestos con una necesaria finalidad redistributiva y está supeditada a que la comunidad la necesite, en cuyo caso es posible expropiarla forzosamente a cambio de su justiprecio[25].

La expresión función social de la propiedad fue acuñada a comienzos de este siglo por el jurista francés, León Duguit[26], como una vía transaccional entre la ideología liberal propia de la Revolución Francesa y la propiamente socialista. A pesar de ello, muy pronto se convirtió en una fórmula que a todos satisfizo y, poco a poco, fue convirtiéndose en un giro utilizado por las Cartas Constitucionales.

Los Constituyentes del 78 pactaron para España un modelo basado en una situación intermedia donde se reconoce la propiedad privada[27], y, por tanto, la economía libre de mercado (propia de los países capitalistas), pero a la vez, se establecen fuertes contrapesos como el que se deriva de la función social de la propiedad y la posibilidad de expropiación, e incluso, se abre una puerta a una posible planificación económica. Así, la propiedad agraria debe cumplir una función económica y social, aunque la expresión "función social" carece de valor técnico y constituye simplemente un concepto jurídico indeterminado. La Constitución española pretende pues adecuar la titularidad dominical a las exigencias sociales pues tal y como se expone en el artículo 28.1 "*toda la riqueza del país y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*". No nos encontramos ante el ejercicio de un poder omnímodo, despótico y absoluto; sino que por el contrario el propietario del predio debe mejorar el fundo y la forma de explotar la empresa agraria. Debe ejercer actos posesorios sobre el fundo, cultivarlo para con ello satisfacer tanto sus necesidades como las de la sociedad,

[25] Sentencias del Tribunal Constitucional de España de 2 de diciembre de 1983 y 26 de abril de 1987.
[26] file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LaFuncionSocialDeLaPropiedadEnLaObraDeLeonDuguitUn-4781740.pdf (1/10/2024) Autora FLORENCIA PASQUALE, María *La función social de la propiedad en la obra De León Duguit: una re-lectura desde la historiográfica*: 01/2014. Editorial: Universidad de Oviedo. Revista: Historia Constitucional.
[27] Art. 33.1 CE.

debe aumentar su productividad, cumpliendo con la naturaleza productiva del fundo y con esta su función económica.

Es cierto que el art. 33. 2 de la CE afirma que nadie podrá ser «privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes[28]». Pero el Tribunal Constitucional[29] define la propiedad «*como un derecho subjetivo, debilitado, sin embargo, por cuanto cede para convertirse en un equivalente económico*», legitimando la expropiación por causa de utilidad pública o interés social. Dicho Tribunal Constitucional[30] afirma que «*La Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir*». Por ende, podemos afirmar que el derecho a la propiedad privada goza del carácter de derecho constitucional, ubicado entre ««los derechos y deberes de los ciudadanos», en la sección 2ª, capítulo II, título I (arts. 30-38) de la Carta Magna, pero desde la perspectiva técnico-jurídica no goza de la consideración de derecho fundamental, ya que estos solo se conceden a los derechos que se reconocen en la sección 1ª[31]

Uno de los problemas que han surgido en España como consecuencia del cumplimiento de la función económico – social de la propiedad agraria, ha sido la degradación del medio ambiente. Los propietarios de los fundos, con el fin de aumentar la productividad, sobre explotaron sus tierras, cambiaron el uso natural de las mismas, talaron bosques para extender sus actividades agropecuarias, utilizaron herbicidas que contaminaron el entorno y sus propios productos, en fin, abusaron de su derecho de propiedad, ejerciendo un uso antisocial del mismo, degradando los elementos del ambiente, del cual depende ineludiblemente la propiedad agraria. Como consecuencia de ello se han venido poniendo, esencialmente a lo largo de los últimos 50 años, en marcha desde las

[28]Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa –LEF- Y Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Ref. BOE-A-2015-11723., por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.
[29] STC 111/1983, de 2 de diciembre.
[30] STC 37/1987 de 26 de marzo, del Pleno (FJ 2).
[31] Arts. 14-29 CE.

instituciones políticas de control medioambiental[32], medidas tales como la llamada Ecocondicionalidad que más adelante veremos, y que no viene sino a suponer una priorización del bienestar medioambiental que beneficia a todos, frente a prácticas agronómicas inadecuadas.

El suelo rústico, que puede ser objeto de propiedad privada en España, es objeto de atención por la Ley de reforma de desarrollo agrario que establece que "deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad". Esta es la función social que la CE[33] establece en general para toda la propiedad y que se concreta de esta manera en el ámbito agrario. Esta función social conlleva básicamente: que los titulares de la tierra la exploten criterios adecuados al mejor destino posible que permita; a que realicen en las fincas las mejoras necesarias para conseguir una explotación racional de los recursos que éstas ofrecen; y que se utilicen los recursos humanos y financieros necesarios para esa correcta explotación.

Será el Estado el que supervise estas acciones relacionadas con el desarrollo agrario, siendo ello una de las razones impulsoras de la promulgación de la legislación sobre fincas manifiestamente mejorables, pudiendo llegarse a la expropiación[34] si no se llega a otra solución. Tales ideas o presupuesto político-sociales, en las que el Estado ha de impulsar y velar por la eficiencia y buen uso del medio agrario, no carece de antecedentes en el Ordenamiento Jurídico español, tales como la Ley de Colonización y Repoblación interior de 1907, que supuso la atribución de tierras a los labradores para la creación de explotaciones agrícolas viables, prohibiendo su venta, en diez años, o de su división sin autorización administrativa. En la misma línea se fueron promulgando sucesivas disposiciones como el RD-Ley de 4 de junio de 1926[35]. La Constitución de la Segunda República de 1931 vino a reconocer la función social de la propiedad y la protección de la República al campesino; promulgando la Ley de reforma Agraria de 1932[36]. Igualmente, durante el régimen del General Francisco Franco, se

[32] Cfr. CAFFERATTA, Néstor., "El Principio de Prevención en el Derecho Ambiental", Revista de Derecho Ambiental, noviembre 2004, Editorial Lexis Nexis, Instituto de Derecho para un Planeta Verde, Argentina. 2004.
[33] Constitución Española de 1978.
[34] CC de república Dominicana. Art. 545.- Nadie puede ser obligado a ceder su propiedad a no ser por causa de utilidad pública, previa justa indemnización pericial, o cuando haya discrepancia en la estimación, por juicio de Tribunal competente.
[35] Durante la Dictadura de Primo de Rivera (1923 a 1930) se fomentó la liberalización de la tierra y las transformaciones agrarias.
[36] Perseguía una triple finalidad: Remediar el paro campesino. Redistribuir la tierra y Racionalizar la economía agraria.

promulgó la Ley de 21 VII de 1971, que creó el tan conocido Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA)[37]. Pero sobre todo debemos destacar la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12/1/1973, que en el art. 1, afirmaba que el suelo rústico *"deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional";* afirmándose de este modo su función social[38].

Como normas pre-constitucionales y constitucionales conviene destacar La Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, de 16 de noviembre de 1979, nacida para corregir los posibles incumplimientos de la función social que corresponde a la propiedad rústica, así como una mejora de la productividad y empleo de la mano de obra. Más tarde se dictó la Ley 27/12/1981 sobre Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes. Y en aplicación de los principios comunitarios, se dictó la trascendental Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias de 4 de julio de 1995.

III.2- Los Límites de la propiedad rústica

1) el superior interés general.

La «función social de la propiedad» es un concepto jurídico indeterminado, que «carece de valor jurídico concreto», calificándose de «concepto válvula» que pretende adecuar la titularidad dominical a las actuales exigencias sociales, estando expresado su sentido –quizás mejor– en el artículo 128.1 CE cuando establece que «*toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*»[39]. Así, «la incorporación de exigencias sociales –función social– al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas no meramente ablatorias en la esfera de las facultades y responsabilidades del propietario, es un hecho hoy generalmente admitido.

[37] Sus funciones fueron asumidas por el Organismo Autónomo…Parques Nacionales –u organismo autonómico que lo sustituya-, en virtud del D 23 VI 1995.

[38] En su Art. 2 establece que el cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas obliga: A la explotación de la tierra con criterios técnico-económicos apropiados, atendiendo en todo caso, el interés nacional y a que se realicen las transformaciones y mejoras necesarias. Y a que en la empresa agraria se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas y a que se efectúen las necesarias inversiones de carácter social para la promoción de los trabajadores.

[39] LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Propiedad y derechos reales de goce, Principios de Derecho civil, IV*, 10ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 77.

Son múltiples las disposiciones de naturaleza administrativa[40] que partiendo del interés general y público pueden restringir o limitar la propiedad rustica, pero no procede en este trabajo un análisis de cada una de estas, sino de aquellas otras innatas a la actividad agropecuaria, ya que las de naturaleza administrativa afectará efectivamente a aquellos agricultores y propietarios que confronten su derecho a la propiedad con la necesidad de algún tipo de restricción derivada del mencionado interés general, como puede ser defensa nacional, redes de suministro, carreteras, etc..

Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito»[41]

2) La limitación superficial.

Frente el aforismo medieval "*usque ad sidera, usque ad inferos*"[42], la concepción moderna del derecho a la propiedad rústica han venido a establecer límites ciertos a dicha afirmación. Así, aunque es cierto que la extensión del derecho de propiedad no se limita al suelo[43], sino que se extiende al vuelo y al

[40] Limitaciones de la propiedad, de naturaleza administrativa, con carácter parcial: Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea. Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones. Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras. Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario. Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

[41] STC 37/1987 de 26 de marzo, del Pleno (FJ 2): «La referencia a la 'función social' como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho».

[42] El mismo tiene su origen en el axioma latino "*cuius est solum eius est usque ad coelum (sidera) el usque ad inferos*" Sentencia Tribunal Supremo de España 10-12-1980.

[43] Cc Venezuela - Artículo 549 La propiedad del suelo lleva consigo la de la superficie y de todo cuanto se encuentre encima o debajo de ella, salvo lo dispuesto en las leyes especiales. Cc Paraguay - Ley _1-183 - Art.1956.- Con las limitaciones contenidas en la ley, la propiedad de un inmueble, además de comprender la superficie del terreno, se extiende a todo el espacio aéreo y al subsuelo

subsuelo[44], este se extiende solo hasta donde alcanza su interés económico-jurídico para su propietario; es decir tal y como dice el Prof. Lacruz[45] "*hasta donde llega la posibilidad de extraer una ventaja cualquiera; salvo que entre en colisión con la propiedad del Estado o de otro particular…".* En el mismo sentido extraemos del Derecho Comparado, de los Códigos francés, alemán, e italiano, dos conclusiones[46]: la primera, que la propiedad inmueble no se extiende indefinidamente en la profundidad, y la segunda, que será ese interés y uso del propietario el que determine hasta dónde alcanza dicha extensión. Para Nieto García[47] el propietario del suelo únicamente extiende su dominio a los volúmenes subterráneos que se encuentran debajo de aquél y al que tiene acceso operando desde el suelo, junto con un perímetro de protección de sus intereses.

Por su parte, nuestro Código Civil[48] delimitó el ámbito del suelo, indicando que constituyen bienes inmuebles "las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo", no incluyendo por tanto al subsuelo, lo que supone una contradicción evidente con el mencionado artículo 350 del Código Civil, que da por incluido al subsuelo cuando habla de terreno. Y, sin embargo, el artículo 396 del Código Civil incluyó entre los elementos comunes de la propiedad horizontal las cimentaciones, pozos, fosos y canalizaciones.

En concordancia con este articulado, la doctrina civilista traza un límite a la extensión de la propiedad del suelo, desde la Teoría del Interés de Von Ihering; y lo establece en aquel punto donde los fines del propietario requieran que se extienda su dominio. La opinión general de la doctrina civilista conviene en

---

que dentro de sus límites fueren útiles al ejercicio de este derecho. No podrá el dueño impedir los actos que se realicen a tal altura o a tal profundidad, cuando él no tenga ningún interés en excluirlos. Cc. Perú. Artículo 954.- Extensión del derecho de propiedad. La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales. Artículo 955.- Propiedad del suelo, subsuelo y sobresuelo El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.

[44] En esta línea Sentencias del Tribunal Supremo de España de 9-7-1988, 24-12-1991, y 23-6-1998.

[45] Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil III*. (Puesta al día por Dr. Luna Serrano, Agustín). Ed. Dykinson, Madrid 2003, pág. 280.

[46] CUESTA REVILLA, José; "El subsuelo urbano: una aproximación a su naturaleza jurídica ya su régimen urbanístico", Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, CEMCI Jaén 2000, Pág. 32.

[47] Cfr. NIETO GARCÍA, Alejandro. *El subsuelo urbanístico.* (Boquera Oliver, José María - coord.) Derecho Urbanístico Local, Ed. Civitas. Madrid, 1992, págs. 21 y ss.

[48] Vid. Artículos 333 y 334.1º Código Civil Español.

Artículo 333. Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. Artículo 334. Son bienes inmuebles: 1.-Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo.

reconocer al propietario del suelo un señorío potencial sobre el subsuelo, aunque condicionado a la existencia de ese impreciso interés o en admitir que del artículo 350 del Código Civil resulta una presunción «*iuris tantum*» en favor del propietario del suelo[49].

En opinión del Prof. Castán[50] la propiedad sobre el subsuelo es limitada, ya que, aunque el propietario del suelo lo es del subsuelo y del vuelo, el propietario no tenía acción para oponerse a las inmisiones que no le perturban. Por su parte, la doctrina administrativista, de forma mayoritaria, asumió la teoría del interés, y Sainz Moreno[51] manifestó que: *"además de los límites señalados* (en referencia al contenido del artículo 350 del Código Civil Español*), hay un límite natural que deriva de la noción misma del derecho de propiedad, límite que viene trazado por el interés razonable del propietario, determinado por la posibilidad real de utilizar el subsuelo*", y mantiene por tanto, que el propietario del terreno lo es, en realidad, del volumen o columna de tierra hasta un cierto límite, apoyando legalmente su argumento en la cuadrícula minera.

El suelo no puede limitarse a un centímetro de superficie, sino que ha de existir, cuanto menos, un perímetro circundante que ha de verse afectado al derecho a la propiedad que sería la primera capa edáfica[52], que podríamos identificar como aquella hasta donde llegan las raíces de los árboles o cultivos practicados o practicables por el agricultor; zona a partir de la cual, existiría un derecho de propiedad indefinido e impreciso.

El interés del propietario, al que se refería Von Ihering, tiene una medida y un alcance concretos, termina bajo la reja del arado por utilizar la gráfica y conocida expresión del «*Sachsens piegel»*. Más allá de este límite, comenzará, el subsuelo en sentido propio, del que el Estado dispone a título de dueño.

---

[49] STS 3 de julio 1907 y 1 de febrero de 1909. Que el propietario del terreno lo es de su superficie significa que existe una presunción iuris tantum de que todo lo comprendido dentro del perímetro superficial de la propiedad pertenece al propietario; así la STS de 3 de julio de 1975 dice: "y que quien alegue la pertenencia de cualquier construcción dentro de ella, habrá de probarla" .

[50] Vid. CASTÁN TOBEÑAS, José; Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo II. Ed. Reus, Madrid 1951. págs. 665 y ss.

[51] Cfr. SAINZ MORENO, Fernando, «El subsuelo urbano», núm. 122 de la Revista de Administración Pública. págs. 153 y ss. Vid tb PERALTA Y CARRASCO, Manuel, "El subsuelo como elemento de aprovechamiento urbanístico en el ordenamiento jurídico español". Rev. Ars Iuris, Nº. 43, Mexico, 2010, págs. 121-156.

[52] Vid. NIETO GARCÍA, Alejandro, Ob. Cit. págs. 393 y ss. "el propietario del suelo únicamente extiende su dominio a los volúmenes subterráneos que se encuentran debajo de aquél y a que tiene acceso operando desde el suelo, junto con un perímetro de protección de sus intereses".

En otro sentido hemos de recordar que las diferentes normas sectoriales como el Derecho Montes[53] establecen límites claros en el uso del suelo para los agricultores en el desarrollo de su actividad agraria. En particular, en el caso de la Ley de Montes se prohíbe el cambio de uso de montes o terrenos forestales sin la autorización previa de la consejería competente, lo que implica que cualquier alteración del estado físico del suelo o de la vegetación existente debe ser justificada y autorizada. Además, se requiere que toda disminución de suelo forestal sea compensada con reforestación de igual superficie, garantizando así la conservación del medio ambiente y la sostenibilidad de los recursos naturales.

3) la "adecuación superficial" de la propiedad agraria atendiendo al interés social.

El origen de los latifundios se halla en el derecho de propiedad privada en las condiciones feudales y coloniales de España **e** Iberoamérica. En España los verdaderos orígenes de los latifundios se hallan en la Reconquista y en la desamortización. En Iberoamérica se encuentra en la colonización europea, que desarrolló el monocultivo agrícola o ganadero según interesase a la metrópoli. La situación actual de los latifundios en Iberoamérica no difiere mucho (salvo algunos países) de la existente hace 50 años. Los únicos países en donde ha habido cambios importantes son México[54], Bolivia[55] y sobre todo Cuba y Venezuela.

Este sistema de propiedad latifundista adquiere en Iberoamérica una especial relevancia, debiendo establecer, al igual que ocurrió en España durante el periodo desamortizador, y más recientemente con la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, de Fincas Manifiestamente Mejorables; no criterios expropiatorios de modo discrecional, sino políticas de racionalización y optimización de los recursos naturales, conforme a las necesidades sociales, y siempre dentro del respeto medioambiental; tal y como hace la Legislación Paraguaya, que en el Artículo 116 del C.c. establece que "*Con el objeto de eliminar progresivamente los latifundios improductivos, la ley atenderá a la aptitud natural de las tierras, a las necesidades del sector de población vinculado con la agricultura y a las previsiones aconsejables para el desarrollo equilibrado de las actividades agrícolas, agropecuarias, forestales e industriales, así como al aprovechamiento*

[53] Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes- Ley 25/1982, de 30 de junio, de agricultura de montaña
[54] Artículo 27 C.c. de México // Vid. PÉREZ CASTAÑEDA, Juan Carlos, "El nuevo sistema de propiedad agraria en México·, Palabra en Vuelo, (Col. Textos y contextos.) México, 2002, pág. 320.
[55] Vid. La Ley de tierras. Artículos 165 y ss.

sostenible de los recursos naturales y de la preservación del equilibrio ecológico. Las expropiaciónes de los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria serán establecidas en cada caso por la ley, y se abonará en la forma y en el plazo que la misma determine."

El minifundio coexiste con el latifundio[56] en la mayor parte de los países de Iberoamérica y España. Pero el concepto del minifundio plantea en no pocas ocasiones un grave problema, cual es la excesiva división de las explotaciones, con parcelaciones que llegan a tamaños realmente insignificantes. Ese excesivo parcelamiento de las fincas, junto a la coyuntura económica mundial de la producción agraria ha supuesto el actual empobrecimiento de muchos agricultores de zonas minifundistas. La situación actual de los minifundios es particularmente grave en Iberoamérica, aunque también preocupante en España. En Guatemala, a modo de ejemplo el minifundio supone al 97% de todas las explotaciones, considerándose como pequeñas explotaciones las menores de 20 Ha. Siendo la superficie media por explotación en España de 26,37 Ha[57], según los datos del último censo agrario.

Dicho excesivo parcelamiento impide la utilización de maquinaria, aumenta el tiempo empleado por desplazamiento entre una parcela a otra, perdida de costes de mano de obra, favorece la pérdida de superficie útil y la dificultad para la puesta en regadío, factores todos ellos negativos que afectan a la productividad compensados tan sólo en parte por el preocupante descenso de la población activa, y una economía de subsistencia en situaciones de crisis que evita una mayor complejidad social; pero que a todas luces se separa de un planteamiento moderno y productivo del sector agropecuario que ha de sustentarse, al igual que los otros medios de producción en la competitividad, y productividad; a la par que consigue su conjugación con función social y medioambiental.

Las soluciones al problema del latifundio y del minifundio tienen como nota común la creación de explotaciones de dimensiones óptimas[58] que permitan la

---

[56] Cfr. KAUTSKY Carlos *La Cuestión Agraria*-(Die Agrarfrace). Traducción de D: Miguel de Unamuno. Ed. Facsímil Fundación Registral – Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España- Madrid 2009. pág. 146 y ss.

[57] https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176851&menu=ultiDatos&idp=1254735727106 (Consulta 8/10/2024).

[58] Art. 105.C.c de El Salvador "El Estado reconoce, fomenta y garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra rústica, ya sea individual, cooperativa, comunal o en cualquier otra forma asociativa, y no podrá por ningún concepto reducir la extensión máxima de tierra que como derecho de propiedad establece esta Constitución. La extensión máxima de tierra rústica perteneciente a una misma persona natural o jurídica no podrá exceder de doscientas cuarenta y cinco hectáreas. Esta limitación no será aplicable a las asociaciones cooperativas o comunales campesinas. Los

racionalización de su explotación y la digna subsistencia de sus cultivadores[59], concentrando las parcelas de tal forma que se puedan percibir las ventajas de una moderna tecnología; como persigue el concepto de las unidades mínimas de cultivo, propuesta realizada y puesta en marcha por el legislador español en la Ley de modernización de las explotaciones agrarias de 4 de julio de 1995, que en su artículo 1, nos dice que el objeto de esta Ley es "*a) Estimular la formación de explotaciones agrarias de dimensiones suficientes para asegurar su viabilidad y que constituyan la base permanente de la economía familiar de sus titulares….. e) Impedir el fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas".* Estableciendo la misma norma incentivos fiscales para evitar su división o segregación como explotación activa en los art. 8 y siguientes.

Con la intención de procurar el establecimiento de explotaciones y/o fincas con una extensión óptima para su aprovechamiento, conjugando, al menos teóricamente, en función de la productividad de cada terreno, rentabilidad y disponibilidad, nos encontramos en España con la ya mencionada Ley de modernización de explotaciones agrarias, de 4 de julio de 1995 (LMEA), cuya pretensión, tal y como se establece en su artículo 1º, es, entre otros fines, estimular la formación de explotaciones agrarias de dimensiones suficientes para asegurar su viabilidad; e impedir el excesivo fraccionamiento de las fincas rústicas. Para ello, la ley definió la Unidad Mínima de Cultivo (U.M.C.)[60], en el art. 23, reproduciéndose los términos del art. 43 de la derogada Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973[61].

---

propietarios de tierra a que se refiere el inciso segundo de este artículo, podrán transferirla, enajenarla, partirla, dividirla o arrendarla libremente. La tierra propiedad de las asociaciones cooperativas, comunales campesinas y beneficiarios de la Reforma Agraria estará sujeta a un régimen especial. Los inmuebles rústicos que excedan el límite establecido por esta Constitución y se encuentren en proindivisión, podrán ser objeto de partición entre los copropietarios. Las tierras que excedan la extensión establecida por esta Constitución podrán ser transferidas a cualquier título a campesinos, agricultores en pequeño, sociedades y asociaciones cooperativas y comunales campesinas. La transferencia a que se refiere este inciso, deberá realizarse dentro de un plazo de tres años. Una ley especial determinará el destino de las tierras que no hayan sido transferidas, al finalizar el período anteriormente establecido."

[59] Cfr. KAUTSKY, CARLOS Ob cit. pág. 96 y ss.

[60] Concepto introducido por la Ley de Concentración parcelaria de 20 de diciembre de 1952, (respecto de fincas objeto de concentración parcelaria). Posteriormente, la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954, fue dada para regir en las zonas no concentradas. Años más tarde, la Ley de 15 de abril de 1962 sobre Explotaciones Familiares Mínimas (derogada antes de entrar en vigor), fue dictada para sustituir a la Ley de 1954.

[61] La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 derogó toda esta legislación sobre unidades mínimas de cultivo.

En los artículos 44 y 45 de la ley se regulaba la división o segregación de la finca rústica, siendo solo válida cuando no diera lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

El carácter del contenido del art. 23 es el de legislación básica conforme a la Disposición Adicional primera de la misma LMEA; dicho Art. 23, nos dice que es "*La superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona".*

Con tales disposiciones el propietario de una finca rústica –al igual que el de finca urbana- está sujeto a ciertas limitaciones, derivadas de la propia calificación de la finca como rústica. El objetivo es defender preventivamente las fincas, las explotaciones, y las empresas agrarias, frente al abuso del excesivo parcelamiento limitando la disponibilidad [62] y división de las mismas [63]; de forma que los notarios a la hora de llevar a cabo la ratificación de actos dispositivos de la propiedad agraria habrán de verificar que la segregación, venta o división de la propiedad transmitida cumpla la superficie mínima establecida para cada región agraria. El efecto jurídico es pues la indivisión, tal y como nos dice el artículo 24 de la LMEA: *"La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo".*

Quizás esta propuesta pueda servir como premisa básica para el desarrollo legislativo en todos los países, en base a unos parámetros de optimización y adecuación del predio, para que pueda constituir una unidad básica de subsistencia y desarrollo económico.

4) Los Derechos AMBIENTALES. -

El incipiente Derecho Ambiental, del Derecho al Desarrollo y de la unión de ambos en el llamado "Derecho al Desarrollo Sostenible", ha hecho que las políticas, directrices, e incluso las "propiedades" se haya "ambientalizado", adoptando la variable ambiental dentro de sus contenidos[64]. Para cierto sector de la doctrina la función ambiental de la propiedad es autónoma e independiente de

[62] Otra limitación lógica, derivada de su propia naturaleza de finca rústica, es que no pueden realizarse nunca parcelaciones urbanísticas, las cuales se declaran ilegales por el TRLS 2008. También se trata la materia en la legislación autonómica (vgr. en Andalucía, TRLOU de 17 de diciembre de 2002 y RDU de 16 de marzo de 2010).

[63] Sentencia Tribunal Supremo nº 173/2009 – "Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias 19/1.995, 4 de julio. Limitación de la facultad de disposición al prohibirse la división de una finca rústica cuando cualquiera de las nuevas parcelas resulte con una cabida inferior a una unidad mínima de cultivo. Nulidad del contrato de compraventa de la parcela segregada".

[64] Cfr. CAFFERATTA, Nestor Ob. Cit.

las funciones económicas y sociales. Para otros, la misma se encuentra contemplada como parte de la función económico-social[65].

La función ambiental de la propiedad implica la existencia de limitaciones y restricciones a la propiedad, con el fin de garantizar a la colectividad, el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, armonizando el interés propio del particular con el interés de la colectividad[66]., estableciendo para ello la gran mayoría de los ordenamientos legales sanciones punitivas y administrativas, así como la teoría de la responsabilidad del daño medioambiental. Medidas que refuerzan el necesario respeto al medioambiente por parte de los propietarios de los predios agrícolas a la hora de ejercer su legítima y necesaria actividad agropecuaria.

Desde 1991, la Comunidad Europea ha mostrado preocupación los daños medioambientales y la afección e impacto del quehacer agropecuario en el territorio y en las aguas ya sean subterráneas o superficiales por causa de nitratos de origen agrario. Por este motivo se aprobó la directiva 91/676/CEE, con la que se obligaba a los Estados a definir y concretar acciones en las Zonas Vulnerables a la contaminación por nitratos.

Mas recientemente nos encontramos con disposiciones como la emanada del Parlamento Europeo y el Consejo que aprobaron una modificación de la normativa en materia de comercialización y utilización de productos fitosanitarios[67], que ha afectado de forma más directa la actividad diaria de los agricultores, ya que los profesionales del sector se han visto obligados a adaptar/limitar el uso de estos productos en sus propiedades y explotaciones para evitar graves sanciones.

---

[65] Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución 241 de las 16:25 horas del 27 de julio de 1990, dice: "Hoy este principio ha evolucionado y se le identifica como principio económico social de la propiedad, en cuanto el mismo se desdobla en dos: 1) Por una parte denominado función subjetiva, y se refiere a las obligaciones del propietario con la propiedad, las cuales podrían sintetizarse en su deber de cultivar el bien productivo de que es propietario, cumpliendo así con el fin económico del bien: de ser productivo o de aptitud productiva; también tiene la obligación de mejorar su propiedad con el objeto de que aumente la producción y productividad, debe respetar el adecuado mantenimiento y desarrollo de un ambiente ecológicamente equilibrado, y tratándose de algunas propiedades particulares, cumplir con todas las obligaciones que la normativa especial le impone; 2) la función objetiva es la obligación del Estado de dotar a todos los sujetos que no tengan bienes productivos, o los tengan en forma insuficiente, y ellos tengan capacidad para desarrollar una actividad empresarial, con esos bienes para que puedan los sujetos incorporarse al proceso productivo, desarrollándose humanamente en los planos social y económico."

[66] Vid. VILALTA VINUESA, Aura E. "La responsabilidad Medioambiental" en Libro Homenaje a Ballarín Marcial AAVV.- Ed. Colegio Notarial –Madrid- 2008.

[67] Real Decreto 1311/2012, de 14 de septiembre.

A todo ello ha de añadirse un cambio conceptual y general en la política agraria común (PAC), cuya sexta gran reforma se aprobó en 2021[68], y es aplicable desde 2023; al incluir de una forma decidida la economía verde o sostenibilidad económico ambiental como uno de los parámetros fundamentales y básicos de esta política. Política que está en plena concordancia con el artículo 45 de la Constitución Española por el que se establece que todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, atribuyéndose a los poderes públicos la función de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

En el ámbito autonómico extremeño[69], nuestro Estatuto de Autonomía de Extremadura, tras su reforma por Ley Orgánica 1/2011, 28 de enero, establece en su artículo 7, de forma similar, que entre los principios a que han de ajustar su actuación los poderes públicos extremeños se encuentra el perseguir un modelo de desarrollo sostenible, cuidando de la preservación y mejora de la calidad medioambiental de la región.

5) Los derechos de producción agraria y los ecorregímenes.-

Creada en 1962, la Política Agraria Común (PAC) tiene entre sus objetivos principales apoyar a los agricultores, mejorar la productividad agrícola asegurando un suministro estable de alimentos asequibles, mantener viva la economía rural y contribuir a la lucha contra el cambio climático y a la gestión sostenible de los recursos naturales. Sesenta años después, la PAC es la política más antigua de la Unión Europea (UE) y proporciona un apoyo crucial a los agricultores, a las zonas rurales y a todo el sistema agroalimentario de la UE ..

[68] Concordante con el Séptimo Programa Ambiental de la Unión Europea (2013-2020), «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta», https://sostenibilidadyprogreso.org/files/entradas/programa-general-de-medio-ambiente-de-la-union-hasta-2020.pdf (consulta 10/10/2024).

[69] El artículo 149.1.23.ª de la Constitución Española atribuye competencia exclusiva al Estado para dictar la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. Por su parte, el artículo 9.33 del Estatuto de Autonomía de Extremadura atribuye a la Comunidad Autónoma de Extremadura competencia exclusiva para establecer políticas y dictar normas adicionales y complementarias de las del Estado en materia de protección medioambiental y lucha contra el cambio climático, estableciendo el artículo 10.2 de nuestra norma institucional básica que la Comunidad Autónoma de Extremadura ostenta competencias de desarrollo normativo y ejecución en materia de medioambiente, regulación y protección de la flora, la fauna y la biodiversidad, así como en la prevención y corrección de la generación de residuos y vertidos y de la contaminación acústica, atmosférica, lumínica, del suelo y del subsuelo.

Representa el 31 % del presupuesto total de la UE para el período 2021-2027

El impulso a la productividad y la intensificación de los medios de producción han sido en Europa una constante durante los primeros años de funcionamiento de la PAC (política agraria común). Sin embargo. la existencia de excedentes y sobreproducción hicieron necesario un cambio conceptual, sustentado en una racionalización de los medios y de la producción conjugado con la optimización de recursos y el mantenimiento de la masa poblacional en el ámbito rural.

Los primeros pasos destinados a regular y controlar la producción se dieron con los Reglamentos 797/85 y 1760/87, surgiendo como medio corrector de la producción los llamados cupos o derechos de producción. Debiendo entender por tales los derechos reconocidos por la administración, tanto para acceder en calidad de productor a mercados sujetos a contingentes o cuotas de referencia que actúan como limites, de tal forma que su superación supondrá la sanción civil/administrativa del pago de una tasa (o minoración de ayuda al derecho reconocido); como, por ejemplo, para ser titular de derechos limitados de plantación (viñedos) o de cabezas de ganado.

No obstante, no deben confundirse los derechos o cuotas de producción con los derechos de plantación. Los derechos de producción han sido derechos inmateriales atribuidos al productor que puede disponer de ellos de manera autónoma al fundo; es decir, aunque forma parte indiscutible de la explotación agropecuaria como un todo formado por sus partes, es posible su disposición de manera independiente, ya que no es un elemento inherente a la finca, pues la misma existirá, aunque no existan dichos derechos de producción.

No son pues estos derechos elementos accesorios que tengan que seguir a las tierras donde se ubica la generación de los mismos, o a la explotación de la que titular el poseedor de los derechos en su condición de productor, tal y como demuestra la matización e inclusión que nuestro legislador nacional hace en la nueva LAR 49/2003, en su artículo 3[70]; sino que son un derecho o bien, cuya organización depende las orientaciones de la PAC. así nos encontramos con su reciente desaparición y reconversión, a partir del año 2023, en un nuevo régimen de ayudas y pagos únicos, en virtud de la reforma producida en aplicación

[70] Artículo 3. Derechos de producción agrícolas y otros derechos. Los derechos de producción agrícolas y otros derechos inherentes a las fincas o las explotaciones integrarán el contenido del contrato, tanto en los arrendamientos de fincas como en los de explotaciones. Texto que se modificó por el art. único.1 de la Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Ref. BOE-A-2005-19784.

del Reglamento 2021/2115.

La PAC ha ido evolucionando a lo largo de los años en respuesta a circunstancias económicas cambiantes y a las exigencias de la ciudadanía, y actualmente está vigente la PAC para el período 2023-2027[71]; conformándose, presuntamente, una PAC más justa, más ecológica y más basada en el rendimiento, lo que proporcionará un suministro de alimentos estable, seguro y saludable para los ciudadanos de la UE.

La reforma de la Política Agraria Común en Europa[72] (PAC), constituye mucho más que un mero cambio de denominación de denominación de las ayudas; ya que el nuevo sistema de pago único por explotación el productor recibirá un importe disociado, es decir ajeno, de la producción, condicionado, por el contrario, al cumplimiento de las acrecentadas medidas de eco sostenibilidad agraria y medioambiental. En este sistema de resultados imprevisibles para el futuro de la agricultura, lo cierto es que la atribución de los derechos al productor que hubiese sido el cultivador y por ello receptor de determinadas ayudas en los años de referencia, en virtud del cultivo de determinadas tierras va a crear un mercado de derechos disociados del fundo; ya que muchos de esos productores no son propietarios de los fundos, sino arrendatarios, cesionarios o usufructuarios de los predios sobre los que se generaron los Derechos de producción, y cuya titularidad van a mantener una vez abandonado el predio por finalización de la

[71] Reglamento (UE) 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021, por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.o 1305/2013 y (UE) n.o 1307/2013. Además del Reglamento sobre los planes estratégicos de la PAC, la PAC 2023-2027 está cubierta por otros dos Reglamentos: el Reglamento (UE) 2021/2116 sobre la financiación, la gestión y el seguimiento de la política agrícola común y el Reglamento (UE) 2021/2117 (3.1.6) que modifica los Reglamentos (UE) n.o 1308/2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios, (UE) n.o 1151/2012, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios, (UE) n.o 251/2014, sobre las indicaciones geográficas de los productos vitivinícolas aromatizados, y (UE) n.º228/2013, por el que se establecen medidas específicas en el sector agrícola en favor de las regiones ultraperiféricas de la Unión.
Disposiciones Nacionales.
Ley 30/2022, de 23 de diciembre, por la que se regulan el sistema de gestión de la Política Agrícola Común y otras materias conexas.
Real Decreto 1047/2022, de 27 de diciembre, por el que se regula el sistema de gestión y control de las intervenciones del Plan Estratégico y otras ayudas de la Política Agrícola Común.
Real Decreto 1048/2022, de 27 de diciembre, sobre la aplicación, a partir de 2023, de las intervenciones en forma de pagos directos y el establecimiento de requisitos comunes en el marco del Plan Estratégico de la Política Agrícola Común, y la regulación de la solicitud única del sistema integrado de gestión y control.
Real Decreto 147/2023, de 28 de febrero, por el que se establecen las normas para la aplicación de penalizaciones en las intervenciones contempladas en el Plan Estratégico de la Política Agrícola Común, y se modifican varios reales decretos por los que se regulan distintos aspectos relacionados con la aplicación en España de la Política Agrícola Común para el período 2023-2027.

[72] Reglamento (CE) 1782/03.

relación del productor con la finca.

La Política Agraria Común (PAC) desempeña un papel clave a la hora de apoyar la transición de la agricultura europea hacia una agricultura más sostenible, a costa de limitaciones en la libre disposición de la propiedad agraria. La PAC 23-27 tiene como objetivo lograr el equilibrio entre la sostenibilidad económica, ambiental y social en beneficio de los propios agricultores, las áreas rurales y la sociedad europea en su conjunto, tarea que se pretende desarrollar mediante una herramienta denominada "Brújula de sostenibilidad agraria"[73] que gira en torno a múltiples indicadores que pretenden evaluar tres dimensiones como son el desempeño económico, el desempeño social y el desempeño ambiental y climático y cuyos objetivos, nada modestos, son: Fomento de un sector agrícola inteligente, resistente y diversificado que garantice la seguridad alimentaria. Reforzar y anclar la economía local a fin de asentar masa poblacional en el medio rural. E intensificar el cuidado del medio ambiente y la acción por el clima.

A fin de conseguir los logros perseguidos se han implementado a través de la nueva PAC, un sistema de prácticas agrarias llamados Ecorregímenes[74], de adopción voluntaria por parte de los agricultores agrícolas y ganaderos, que son beneficiosas[75] para el clima y el medio ambiente, pero que limitan o promueven practicas tradicionales y alternativas, recibiendo ayudas adicionales por su implementación, vinculadas a prácticas de agroecología, que persiguen mejorar la estructura de los suelos y aumentar su carbono, reducir la erosión y la desertificación, la disminución de los gases de efecto invernadero, favorecer la biodiversidad asociada a espacios agrarios, los paisajes y la conservación de los recursos naturales.

IV. CONCLUSIONES

Con todo lo expuesto podemos concluir que la función social de la propiedad agraria no debe considerarse como una limitación externa del dominio sino como una configuración interna necesaria para la armonizar el interés social en

[73] "*Agri Sustainability Compass"* que reúne 20 indicadores clave para detectar el grado de sostenibilidad en el sector agrario y en el medio rural .

[74] Se recogen en el artículo 31 del Reglamento (UE) Nº 2021/2115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021, donde se establece que los agricultores activos que de forma voluntaria se comprometan a realizar alguna de las prácticas beneficiosas para el clima y el medio ambiente, percibirán una ayuda por el cumplimiento de los requisitos del régimen voluntario en favor del clima y el medio ambiente.

[75] Ejem: Pastoreo extensivo, mantenimiento de pastos, rotaciones de cultivo o la agricultura de conservación.

virtud de la cual, la propiedad no ha de ser concebida como un derecho absoluto individual, sino como una institución jurídica condicionada y limitada, que depende de la configuración que le dé la ley en cada momento, según las circunstancias y necesidades sociales.

En todo caso esa función social de la propiedad ha de suponer, atendiendo a las nuevas realidades sociales, no sólo el establecimiento de cargas al propietario, sino también al Estado, que debe promover el acceso a los bienes productivos, a todos aquellos propietarios que carecen de medios productivos o los tienen de forma insuficiente, de tal forma que aun teniéndolos no puedan cumplir una labor productiva. Debiendo perseguirse una distribución justa, equitativa, adecuada y razonable de la propiedad, que permita configurar una propiedad productiva y sostenible, que rinda fruto a la par que repercute sus beneficios en pos de la sociedad, del trabajo, y del medioambiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso-Neira, M.A., Sánchez-Bayón, A., Castro-Oliva, M. (2023). Teoría austriaca del ciclo económico aplicada al caso español: del inicio del euro a la gran recesión y su recuperación. *Revista De Métodos Cuantitativos Para La Economía Y La Empresa*, 35, 280–310. https://doi.org/10.46661/revmetodoscuanteconempresa.6837

Anderson, M. (1986). *The Unfinished Agenda: Essays on the Political Economy of Government Policy in Honour of Arthur Seldon*. London: Institute of Economic Affairs.

Aparicio, M.A. (2010). Alguna consideración sobre la sentencia 31/2010 y el rol atribuido al Tribunal Constitucional, *Revista Catalana de Dret Públic* – Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, Generalitat de Catalunya – Escola dÁdministració Pública de Catalunya, diciembre 2010, p. 26 (URL: https://eapc.gencat.cat/web/.content/home/publicacions/varia/33_especial_sentencia_estatut/documents/especial_estatuto_es.pdf; consultado en enero 2024).

Avilés Palacios, L. (2022). La violencia económica y la proactividad judicial, *IDEES,* 59 (revistaidees.cat ; consultado en enero 2024).

Benavidez Vega, C.A. (21 de julio de 2021). Gobierno de los jueces o gobierno del pueblo? Consultas populares ambientales y activismo judicial regresivo en Colombia, *Estudios de Derecho* (https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/346805/20805938; consultado en enero 2024).

Berger, R. (1987). Originalist Thoeries of Constitutional Interpretation. *Cornell L. Rev*., *73*: 350-58.

Blaug, M. (1968). *Economic Theory in Retrospect*. Homewood: Richard Irwin

Boettke, P., Haeffele-Balch, S. & Storr, V. (2016). *Mainline Economics*. Arlington: Mercatus

Brennan, G. y Buchanan, J. (1985). *The reason of rules. Constitutional Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press

Breyer, S. (2005). *Active Liberty: A Progressive Alternative to Textualism and Originalism*. New York: Alfred Knopf.

Buchanan, J. (1987). *Constitutional Economics*. New York: Mac-Millan.

Buchanan, J. (1990). The Domain of Constitutional Economics. *Constitutional Political Economy*, *1*(1), 1-18.

Buchanan, J., Tullock, G. (1962). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. The University of Michigan Press.

Bulygin, E., Mendonca, D. (2005). *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons.

Chacín Fuenmayor, R. (2010). Argumentación en base a principios, sentencias atípicas y habilitación legislativa, *Cuestiones Políticas*, 26(44): 105-114.

Coase, R. (1937). The nature of the firm. *Economica, 4*(16), 386-405. https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x

Coase, R. (1960). The problem of social cost. *Journal of Law and Economics, 3*(1), 1-44. https://bit.ly/3Q5mtJZ

Comunicación Poder Judicial (17 de marzo de 2021), El juez desestima la demanda de Abogados Cristianos contra el actor Willy Toledo y por considerar que no lesionó el honor de la asociación, *Poder Judicial España-Noticias Judiciales*, El juez desestima la demanda de Abogados Cristianos contra el actor Willy Toledo y por considerar que no lesionó el honor de la asociación | CGPJ | Poder Judicial | Noticias Judiciales

De Rosas Andreu, J. (2019), Una mirada a la evolución del concepto de Derecho y la fractura de la "novela en cadena" en Ronald Dworkin, *Revista de la Facultad de Derecho,* 47.

Díaz Revorio, F.J. (2011), La tipología de los pronunciamientos en la STC 31/2010, sus efectos sobre el Estatuto Catalán y otras normas del Ordenamiento vigente, *Revista Catalana de Dret Public*, Núm. 43, Barcelona-Generalitat de Catalunya-EscoladÁdministració Pública de Catalunya.

Duquelsky Gómez, D.J. (2018), La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial, *Doxa. Cuadernos* de *Filosofía del Derecho*, 41, https://doxa.ua.es/article/view/2018-n41-la-falsa-dicotomia-entre-garantismo-y-activismo-judicia

EUR-Lex - 61991J0267 - ES (24 de noviembre de 1993) Procedimiento penal entablado contra Bernard Keck y Daniel Mithouard – Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91 EUR-Lex - 61991J0267 - ES (europa.eu) [fecha de consulta 25-09-2023].

Fernández, A., Rodríguez, L. (1982). *Introducción y metodología de la política económica*. Madrid: Ed. ICE.

Fukuyama, F. (1989). Theend of history? *The National Interest*, 16, 3-18.

Fukuyama, F. (1992). *Theend of history and the last man*. New York: Macmillan.

Fukuyama, F. (2018). *Identity: Contemporary identity politics and the struggle for recognition*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

García Amado, J.A. (2012-13). Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del

derecho, *Eunomía-Revista en Cultura de la Legalidad,* Núm. 3.

García, G., Verdugo, R. (2013). *Activismo Judicial en Chile ¿Hacia el Gobierno* de *los Jueces?* Santiago de Chile: LYD.

García Pablos, A. (1996). Presupuestos criminológicos y político-criminales de un modelo de responsabilidad de jóvenes y menores, en *Menores privados de libertad,* Cuadernos de Derecho Judicial.

Gascón Abellán, M. (2016), Interpretación de la Constitución ¿gobierno de los jueces?, *TEORDER*, Núm. 20.

Gramsci, A. (1948-51). *Quaderni del carcere* (6 vols.). Torino: Einaudi

Hart. H. (2011). *El Concepto de Derecho* (trad.). Buenos Aires: Perrot.

Hayek, F. (1944). *The Road to Serfdom*. London: Routledge

Hayek, F. (1946). *Individualism and Economic Order*. Princeton: Princeton University.

Hayek, F. (1952a) *The sensory order*. Chicago: The University of Chicago.

Hayek, F. (1952b) *The counter-revolution of science: Studies on the Abuse of Reason*. New York: Free Press.

Hayek, F. (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.

Hayek, F. (1973). *Law, Legislation, and Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.

Hayek, F. (1988). *The fatal conceit: the errors of socialism*. Chicago: The University of Chicago Press

Hoppe, H. (1989). *A theory of socialism and capitalism*. Kluwer.

Hoppe, H. (1993). *The Economics and Ethics of Private Property* (reprint. 2006). Ludwig von Mises Institute.

Hoppe, H. (1995). *Economic science and the Austrian method*. Auburn: Mises Institute.

Huerta de Soto, J. (1992). *Socialismo, cálculo económico y función empresarial.* Madrid: Unión Editorial.

Huerta de Soto, J. (2000). *La escuela austriaca: mercado y creatividad empresarial*. Madrid: Ed. Síntesis.

Kirk, J. (1999). Constitutional Interpretation and a Theory of Evolutionary Originalism. *Federal Law Review*, *27*(3), 323-366.

Kittrie, O. (2016). *Lawfare: Law as a weapon of war*. Oxford University Press.

Lilla, M. (2017), *Once and Future Liberal: After Identity Politics*. New York: Harper Co.

López Bajo, L.P. (2017). *Límites constitucionales, activismo judicial e incidencia de las organizaciones civiles: las controvertidas decisiones de la corte constitucional colombiana sobre derechos humanos,* Estudios Políticos Tesis Maestrías, Quito-Ecuador: Flacso Ecuador.

Malarino, E. (2011). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte de Derechos Humanos. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, untitled (unam.mx)

Maraniello, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional, *Tla-Melaua-Revista de Ciencias Sociales-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, *Nueva Época*, 6(32): 46-83.

Mariani, K. (2023). El papel de Zaffaroni y la red jurídica del Vaticano para influir en

América. *La Gaceta de la Iberosfera*. El papel de Zaffaroni y la red jurídica del Vaticano para influir en América (gaceta.es)

Marín Castán, M.L. (2016). Activismo judicial y paradigma neoconstitucional: algunas reflexiones. *La Albolafia Revista de Humanidades y Cultura*, 6: 111-132.

Marshall, W. (2011). Progressive Constitutionalism, Originalism, and the Significance of Landmark Decisions in Evaluating Constitutional Theory. *Ohio St. LJ*, *72*, 1251.

Martín Méndez, P. (2018). Neoliberalismo y judicialización de la política: una genealogía posible. *Revista en línea del grupo de Investigación Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 20.

Martínez Santos, A. (2020). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante las restricciones del derecho a la asistencia letrada en los primeros momentos de la privación de libertad. *Revista Española de Derecho Constitucional 118,* 109-137.

Menger, C. (1871). *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre*. Braumüller.

Menger, C. (1883). *Untersuchungen uber die Methode der Socialwissenschaften und der Politischen Oekonomie Insbesondere*. Duncker & Humblot.

Mises, L. (1922) *Die Gemeinwirtschaft: Untersuchungen über den Sozialismus*. Gustav Fischer Verlag.

Mises, L. (1929). *Kritik des Interventionismus*. Gustav Fischer Verlag.

Mises, L. (1933). *Grundprobleme der Nationalökonomie: Untersuchungen über Verfahren, Aufgaben und Inhalt der Wirtschafts- und Gesellschaftslehre*. Gustav Fischer Verlag.

Mises, L. (1944). *Omnipotent Government: The Rise of the Total State and Total War*. Yale University Press.

Mises, L. (1949). *Human Action: A Treatise on Economics*. Yale University Press.

Mises, L. (1956). *The Anti-Capitalistic Mentality*. Van Nostrand.

Mises, L. (1957). *Theory and History: An Interpretation of Social and Economic Evolution*. Yale University Press.

Nación (8 de septiembre de 2021) SCJN es uno de los tribunales más vanguardistas tras sentencia sobre aborto: Zaldívar. *Contra Réplica periodismo de investigación*, SCJN es uno de los tribunales más vanguardistas tras sentencia sobre aborto: Zaldívar - ContraRéplica - Noticias (contrareplica.mx) [fecha de consulta 26-09-2023]

Pérez-Huertas, J.L., Sánchez-Bayón, A. (2013). Nuevas aportaciones en Teoría económica y empresarial: la escuela de juegos de poder y la evaluación de su desarrollo. *Torre de los Lujanes. Revista semestral de Humanidades y Ciencias*

Sociales-Real Sociedad Económica Matritense, 69: 127-151.

Rivas-Robledo, P. (2022), ¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones, *Díkaion*, 31(2), https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6

Román Ortiz, P. (2011). Poder judicial, seguridad y democracia. *Razón pública,* 27. Poder Judicial, Seguridad y Democracia - Razón Pública

Rothbard, M. (1957). In Defense of "Extreme Apriorism". *Southern Economic Journal*, 23(3): 314-320

Rubio Llorente, F. (1988). La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8: 9-51.

Salinas Mengual, J. (2019). Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 35.

Sánchez-Bayón, A. (2010). Au revoir, loi de l´État. El fin del derecho estatal de bienestar. *Bajo Palabra*, 5: 143-162.

Sánchez-Bayón, A. (2012). *Sistema de Derecho Comparado y Global*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Sánchez-Bayón, A. (2013a). Historia, Historiología e Historiografía de los Estudios Interculturales en EE.UU. *Revista Banda de Moebius*, Univ. Chile, 48: 147-57. DOI: 10.4067/s0717-554x2013000300003

Sánchez-Bayón, A. (2013b). *Concordia Constitucional*. Madrid: Delta Publicaciones.

Sánchez-Bayón, A. (2014a). Freedom of religion at large in American Common Law: a critical review and new topics, *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, 13(37): 35-72. EID: 2-s2.0-84893552007

Sánchez-Bayón, A. (2014b). Fundamentos de Derecho Comparado y Global: ¿cabe un orden común en la globalización? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 141: 1021-51. DOI: 10.1016/S0041-8633(14)71183-4

Sánchez-Bayón, A. (2017). Revelaciones conceptuales y lingüísticas de la posglobalización: Retos de construcción moral de la sociedad del conocimiento y aportes del humanismo hispánico. *Carthaginensia,* 33(64): 411-58.

Sánchez-Bayón, A. (2019a). American identity crisis: attack to American civil religion & trans-Westerness risk, *Cogito, Multidisciplinary Research Journal-Splaiul Unirii* (Bucharest), 11(1): 23-51

Sánchez-Bayón, A. (2019b). Sociología de la identidad estadounidense. Oporto: Ed. Sindéresis.

Sánchez-Bayón, A. (2020). Renovación del pensamiento económico-empresarial tras la globalización, *Bajo Palabra*, 24: 293-318 DOI: https://doi.org/10.15366/bp.2020.24.015

Sánchez-Bayón, A. (2022). Gestión comparada de empresas colonizadoras del Oeste americano: una revisión heterodoxa. *Retos. Revista de Ciencias de Administración y Economía*, 12(24): 330-348. DOI: https://doi.org/10.17163/ret.n24.2022.08

Sánchez-Bayón, A. (2023). Fallos estatales y paradojas sociales por el intervencionismo en cuestión de género. *Procesos de Mercado*. 20(2): 301-342.

Sánchez-Bayón, A. (2024a). Análisis neoinstitucional de la cuestión de género: paradoja y efectos indeseados. *Dixi*, 26(1): 1-43. DOI: https://doi.org/10.16925/2357-5891.2024.01.01

Sánchez-Bayón, A. (2024b). Ortodoxia versus heterodoxias sobre la colonización del Oeste estadounidense por empresas religiosas e ideológicas. *Carthaginensia*, 40(77): 117-156. DOI: https://doi.org/10.62217/carth.457

Sánchez-Bayón, A., Peña, J.A. (2021). *Instituciones Públicas a debate: problemas y retos*

de un Sector Público difuso. Madrid: Delta Publicaciones

Sánchez-Bayón, A., Urbina, D., Alonso-Neira, M.A, Arpi, R. (2023). Problema del conocimiento económico: revitalización de la disputa del método, análisis heterodoxo y claves de innovación docente. *Bajo Palabra*, (34), 117–140. https://doi.org/10.15366/bp2023.34.006

Sánchez-Bayón, A., Arpi, R. (2024). Disputa del método en Economía: monismo vs. pluralismo. *Ad-gnosis*, 13(14). e-711 (1-20). https://doi.org/10.21803/adgnosis.13.14.711

Sentencia caso Brown *vs* Boad of Educational of Topeka (1954), siendo ponente el Excmo Sr. D. Chief Justice Earl Warren, *UNAM – Lecturas sobre Instituciones políticas y principios constitucionales estadounidenses* Sentencia Brown vs. Board of Education of Topeka (1954) - Lecturas sobre Instituciones políticas y principios constitucionales estadounidenses (unam.mx)

Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-660/21 | K.B. y F.S. (Apreciación de oficio en el ámbito penal) (iustel.com)

Sentencia del Tribunal Constitucional 146/2014, de 22 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2022, de 29 de septiembre

Sentencia caso Salduz vs. Turquía (URL: https://lpderecho.pe/tedh-derecho-asistido-abogado-absoluto-salduz-vs-turquia/)

Smith, A. (1776). *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London: W. Strahan & T. Cadell.

Yarnold, B. (1999). *Religious wars in the Courts I: The Lowe rFederal Courts and the U.S. Supreme Court in religious freedoms cases, 1970-1990*. Huntington: Nova Science Publishers.

Yarnold, B. (2000). *Religious wars in the Courts II. Who were the litigants in the US Courts, religious freedom cases 1970-1990*? Huntington: Nova Science Publishers.

Villegas Fernández, J.M. (2023). Los límites de la decisión judicial: ¿juez literalista o justiciero? Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, salón académico el 17 de noviembre de 2016*, El Notario del Siglo XXI*, 110.

Yzquierdo Tolsada, M. (2016). ¿Por qué Cataluña puede y Valencia no? *Notario del Siglo XXI*.

Zuluaga Jaramillo, A. (2022). Imaginación y sentencia judicial: un estudio desde el caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Constitucionais, Hermeneútica e Revista de Direitoi*, 14(2): 184-199, Unisinos-doi: 10.4013 rechtd.

MANUEL DE PERALTA CARRASCO
Profesor titular Derecho Civil
Facultad de Derecho UEX
peralta@unex.es
ORCID: 0000-0002-2788-2117

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 127-152
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.127

LICITUD DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES POR LOS SIC

LAWFULNESS OF THE PROCESSING OF PERSONAL DATA BY CIS

PEDRO RÓDENAS CORTÉS
Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis de los supuestos más relevantes, desde el punto de vista pragmático, donde son considerados lícitos los tratamientos de datos personales por sistemas de información crediticia. Para ello establece, en el Título IV de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de "protección de datos personales y garantías de derechos digitales" una presunción *iuris tantum* de licitud del tratamiento de dichos datos cuando sean cumplimentados una serie de requisitos, sin excluir expresamente la legalidad cuando no sean respetados aquellos debiendo acarrear el responsable del fichero informático con la ponderación legalmente exigible.

Palabras clave: Sistemas de información crediticia, datos personales, presunción iuris tantum, licitud del tratamiento.

ABSTRACT

This paper analyzes the most relevant cases, from the pragmatic point of view, where the processing of personal data by credit information systems is considered lawful. To this end, it establishes, in Title IV of Organic Law 3/2018, of 5 December, on "protection

of personal data and guarantees of digital rights" a rebuttable presumption of the proce-ssing of said data when a series of requirements are met, without expressly excluding the lawfulness when they are not respected, which must be carried by the person responsible for the computer file with the legally required weighting.

Keywords: Credit information systems, personal data, rebuttable presumption, lawfulness of processing.

Sumario: I- Principio de calidad de los datos: 1. los datos serán referidos a deudas ciertas, vencidas y exigibles; 2. Los datos deben estar actualizados; 3. El principio unitario de la deuda. II.- Información previa ineludible sobre la posibilidad de inclusión en sistemas de información crediticia: 1. Regulación normativa actual; 2. Línea jurisprudencial del Tribunal Supremo; 3. Distintas posturas doctrinales; 4. La finalidad pragmática del requerimiento previo de pago. III.- Notificación al afectado su inclusión en sistemas de información crediticia: 1. Precedentes legislativos; 2. Las previsiones de la presente LO 3/2018; 3. El plazo para informar al afectado; 4.Cumplimiento de los requisitos legales. IV.- Conclusiones sobre la eficacia de las notificaciones.

I. EL PRINCIPIO DE CALIDAD DE LOS DATOS

a) Los datos serán referidos a deudas ciertas vencidas y exigibles

Nos encontramos ante el denominado principio de calidad de los datos, siendo necesaria la referencia al art. 28 Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LO 5/1992) y, por extensión, a la norma primera de la Instrucción 1/1995 de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito[1] que establecía, para la inclusión de datos personales en ficheros sobre cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, dos requisitos esenciales: a) deuda fuera cierta, vencida y exigible; b) requerimiento previo de pago.

[1] La citada Instrucción 1/1995 AEPD fue publicada en el BOE núm. 54, de 4 de marzo de 1995, páginas 7482 a 7483 (2 págs.), Norma primera. Calidad de los datos objeto de tratamiento: "1. La inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias, a los que se refiere el art. 28 de la Ley Orgánica 5/1992, deberá efectuarse solamente cuando concurran los siguientes requisitos: a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada. b) Requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación".

Esta circular mantenía la exclusión de los citados ficheros a los datos personales sobre los que exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos anteriores, acarreando como consecuencia la desaparición cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.

Y, por último, le imponía al acreedor o su representante que debería asegurarse de la concurrencia de los requisitos expuestos sobre veracidad, certeza, exigibilidad y requerimiento de previo de pago, "en el momento de notificar los datos adversos" al responsable del fichero común.

Por su parte, según lo dispuesto en el art. 4.3 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LO 15/1999), se regulaba la exactitud y actualización de los datos personales, cuyo tenor literal recogía que: "Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado". Relacionado con este precepto, el art. 29.4 de la misma ley orgánica establecía, por primera vez, un límite temporal de publicación de datos en los ficheros de índole negativa: "Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos".

Tráigase a colación el art. 38.1.a) RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RD 1720/2007), denominado "requisitos para la inclusión de los datos", al disponer que: "1. Sólo será posible la inclusión en estos ficheros de datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica del afectado, siempre que concurran los siguientes requisitos: a) Existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por RD 303/2004, de 20 de febrero"[2].

[2] Sentencias del TS números de recurso 23/2008 y 26/2008, de 15 de julio de 2010, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, anula el inciso final del art. 38.1 a) del Real Decreto 1720/2007, Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, sobre protección de datos de carácter personal, ECLI:ES:TS:2010:4050 y ECLI:ES:TS:2010:4047, en referencia al

A su vez, el art. 41 RD 1720/2007, denominado "conservación de los datos" dispuso que: "1. Sólo podrán ser objeto de tratamiento los datos que respondan con veracidad a la situación de la deuda en cada momento concreto. El pago o cumplimiento de la deuda determinará la cancelación inmediata de todo dato relativo a la misma; 2. En los restantes supuestos, los datos deberán ser cancelados cuando se hubieran cumplido seis años contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquélla fuera de vencimiento periódico".

Por último, como principio determinante de la exactitud de los datos, el art. 5.1.d) del 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 (RUEPDP), determina que los datos personales serán: "exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan (exactitud)"[3].

b) Los datos deben estar actualizados

De la simple lectura de estos preceptos, se desprende la conclusión que los datos sobre solvencia crediticia obrantes en este tipo de ficheros, además de ser exactos, deberían estar siempre actualizados.

Cabe citar la importante Sentencia del Tribunal Supremo (STS), de 15 de julio de 2010, sobre la exactitud de los datos y su actualización, como adoptar las medidas razonables respecto a los datos inexactos o incompletos, atendiendo a la finalidad para los que fueron recogidos, debiendo ser rectificados o suprimidos, cuyo fundamento establecía que en los supuestos de falta de concreción de las normas pueden dar origen a efectos no deseados, citando a título ilustrativo el art. 6 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DIR 95/46):

Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros.

[3] ALONSO MARTÍNEZ, C., y CERQUEREIRA SÁNCHEZ, M., "Ficheros de solvencia patrimonial y crédito", en Piñar Mañas, J.L., (Dir.), *Reglamento general de protección de datos: un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Reus, 2016, páginas 653 a 666.

> "No otra cosa puede decirse si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 6.1.d) de la Directiva que exige que los datos sean exactos y, cuando sea necesario, actualizados, así como que se tomen todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueran recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o ratificados, pues mal puede entenderse que unos datos no son exactos y no se encuentran actualizados como consecuencia de una reclamación de cualquier naturaleza en instancias judiciales, arbitrales, administrativas o ante los Comisionados"[4].

El art. 20.1.b) de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018) prohíbe el mantenimiento, en estos ficheros, de deudas cuya cuantía hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por parte del deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas que vincule a las partes. No se refiere el precepto a cualquier tipo de procedimiento, sino a alguno que efectivamente vincule a las partes.

La relevancia de lo dispuestos en el precepto consiste en el tratamiento de dudas que son reales, es decir, que no haya condicionamientos para cumplir en el momento de su finalización, pago o satisfacción y la cuantía sea determinada, no existirá la opción de ser determinable, sin haber iniciado la vía administrativa o las correspondientes acciones judiciales para su reclamación.

Se excluyen, de forma específica, cualesquiera prestaciones u obligaciones cuyo incumplimiento carezca del carácter pecuniario en su satisfacción y, por lo tanto, nunca podrán incluirse en tales registros los datos de aquellos deudores cuya relación obligacional no posea tal carácter dinerario, excluyendo toda opción de incorporar otros datos relativos a solvencia crediticia o patrimonial distintos de los que conlleven una deuda dineraria.

[4] STS, de 15 de julio de 2010, de la Sala Tercera (BOE, número 259, de 26 de octubre de 2010, página 90214), ECLI:ES:TS:2010:4050, por la que se declaran nulos los art.s 11, 18, 38.2, y 123.2 , del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, así como la frase del art. 38.1.a) que dice así: "... y al respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero".

c) El principio unitario de la deuda

También deberá hacerse mención al principio unitario de la deuda, referido como la totalidad de la misma, excluyendo las deudas parciales y no siendo admitida la inclusión parcial en la posición del TS porque, motivadamente, no puede ser constitutivo de un reconocimiento de la veracidad de la deuda cuando muchos clientes abonan las cantidades reclamadas por el miedo al incremento en las penalizaciones desproporcionadas que, en todo caso, contravendrían el requisito de proporcionalidad en este tipo de penalizaciones que exige el art 74.4 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En tal sentido, la STS 174/2018, realiza el siguiente pronunciamiento:

> "Por tanto, la postura del cliente que no aprovecha la existencia de incorrecciones en la facturación para dejar de pagar cualquier cantidad, sino que paga aquellas partidas que considera correctas y no paga las que razonablemente considera que no lo son, no puede perjudicarle y ser interpretada como un reconocimiento de la deuda. Por el contrario, constituye un indicio de la seriedad de su postura, puesto que no ha buscado la excusa de la incorrección de algunas partidas para dejar de pagar por completo los servicios que efectivamente ha utilizado"[5].

Sobre la existencia de la deuda debemos remitirnos a la ya aludida doctrina de la STS, de 15 de julio de 2010, considerando que si existe una reclamación (administrativa o judicial) sobre la existencia y cuantía de las mismas, ante un órgano judicial, no deberán considerarse ciertas, manifestando que:

> "Dicha doctrina no impide que no se consideren ciertas las deudas si existe una reclamación sobre su existencia y cuantía ante el órgano competente para resolverlas. Por ello solo es pertinente la inclusión en SICs de aquellos deudores que no pueden o no quieren, de modo no justificado, pagar sus deudas, pero no aquellos que legítimamente están discutiendo con el acreedor la existencia y cuantía de la deuda"[6].

Es decir, la iniciación de un litigio judicial administrativo o procedimiento de resolución de disputas con carácter vinculante para acreedor y deudor[7],

[5] STS 174/208, de 23-3-2018, Sala Primera, de lo Civil, ECLI: ES:TS:2018:962, invocadora del principio de proporcionalidad en las sanciones ante incumplimientos contractuales de los consumidores, cuya previsión recae en el art. 74 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para la defensa de los consumidores y usuarios.

[6] Véase, en idéntico sentido, la STS 114/2016, de 1 de marzo de 2016, Sala Primera, de lo Civil, ECLI, ES:TS:2016:796, respecto de la negativa a la licitud de deudas litigiosas en ficheros de solvencia crediticia.

[7] DÍEZ SOTO, C. M., "El régimen de los sistemas de información crediticia en la nueva legislación de protección de datos", en *Protección de datos personales*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, página 534.

incluso ante las Juntas arbitrales de consumo, ante los órganos legitimados sobre su declaración de existencia o inexistencia a través de las correspondientes resoluciones decisorias, siempre y cuando sean vinculantes en su cumplimiento para las partes, impedirá denominar a la deuda como cierta y, por lo tanto, no legitimará su inclusión en los sistemas de información sobre solvencia patrimonial[8].

El Alto Tribunal, en su postura sobre la inclusión de deudas sometidas a la jurisdicción ordinaria, mantiene la unanimidad en cuanto que no se podrán incluir en los ficheros de morosos los datos personales provenientes de "deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio", argumentando dicha postura con la aparición de un mínimo principio probatorio que ponga en entredicho la existencia o certeza de la deuda. En definitiva, sólo será pertinente para la inclusión en dichos ficheros automatizados los datos de aquellos deudores que, siempre mediante soporte justificativo, no puedan o no quieran abonar sus deudas, pero no de aquellos que, en el ejercicio de sus derechos legítimos, muestren su disconformidad respecto a la existencia y cuantía de su deuda con el acreedor. Así, sostiene la STS 174/2018, sobre lo incierto de la deuda lo siguiente:

> "Para que concurra esta circunstancia en la deuda, que excluya la justificación de la inclusión de los datos personales en el registro de morosos, basta con que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia"[9].

La justificación acreditada de la falta de pertinencia de los datos, aportadas por los interesados a los responsables del tratamiento de los sistemas de información crediticia, es motivación suficiente para que el derecho de cancelación de estos datos previamente solicitado sea atendido de forma que los datos queden cancelados[10].

---

[8] STS 174/2018, de 23 de marzo de 2018, Sala Primera, de lo Civil, ECLI: ES:TS:2018:962, indicando al respecto que, si la deuda es objeto de controversia, porque el titular de los datos considera legítimamente que no debe lo que se le reclama, la falta de pago no es indicativa de la insolvencia del afectado. Puede que la deuda resulte finalmente cierta y por tanto pueda considerarse como un dato veraz. Pero no era un dato pertinente y proporcionado a la finalidad del fichero automatizado, porque este no tiene por finalidad la simple constatación de las deudas, sino la solvencia patrimonial de los afectados. Por ello solo es pertinente la inclusión en estos ficheros de aquellos deudores que no pueden o no quieren, de modo no justificado, pagar sus deudas, pero no aquellos que legítimamente discrepan del acreedor respecto de la existencia y cuantía de la deuda.

[9] STS 174/2018, de 23 de marzo de 2018, Sala Primera, de lo Civil, ES:TS:2018:962, sobre la exclusión de la deuda en un fichero de morosos y la presunción del principio de prueba acreditando el carácter litigioso de la misma.

[10] STS núm. 267/2014, de 21 de mayo de 2014, de la Sala Primera, de lo Civil, ECLI:ES:TS:2014:2040, respecto a la atención de solicitud sobre cancelar datos personales cuando no son destinados a la finalidad destinada del fichero.

En esencia, además de la referencia contenida ahora en el art. 20.1.b) LO 3/2018, es profusa la casuística jurisprudencial dónde no queda permitida la inclusión en los registros de morosos por deudas no ciertas, dubitadas o sometidas a litigio, administrativo o judicial, citándose a título de ejemplo la innecesaridad de dictar una Sentencia declarativa sobre la existencia, cuantía y exigibilidad de la deuda para que los datos personales sean incluidos en un fichero de información crediticia en la STS 114/2016, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 1 de marzo de 2016, sobre la ilegitimidad de estos medios de coacción para el pago de deudas[11].

II. INFORMACIÓN PREVIA INELUDIBLE SOBRE LA POSIBILIDAD DE INCLUSIÓN EN SISTEMAS DE INFORMACIÓN CREDITICIA

a) Regulación normativa actual

La presunción de licitud del tratamiento de datos explícita en el vigente art. 20.1.c) LO 3/2018, no realiza una referencia directa al requerimiento de pago, pero sí que el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, indicándoles en aquellos cuales participe.

Sin embargo, con la legislación actual en la materia existen autores discrepantes con el requisito previo del requerimiento de pago para su inclusión en los sistemas de información crediticia manteniendo, al respecto, que sí es posible incluir a los deudores en tales ficheros reflejando el incumplimiento de su deuda[12]. Así, Pascual Huerta, considera que "la deuda es vencida y exigible a los efectos del art. 20 LO 3/2018, y puede ser comunicada e incluida en el SIC, aunque el deudor no haya incurrido en mora"[13]. Igualmente, estima que ha desaparecido del citado precepto el requisito de requerimiento previo[14].

---

[11] STS 114/2016, de 1 de marzo de 2016, Sala Primera, de lo Civil, Sección 1ª, ES:TS:2016:796, señalando que los medios de presión al pago de la deuda, tales como la inclusión en dichos sistemas, son ilegítimos.

[12] PASCUAL HUERTA, P., "Sistemas de información crediticia", *Protección de datos en el sistema bancario*, FUOC, 2019, página 16.

[13] MAS BADIA, M.D., "Sistemas privados de información crediticia", cit., páginas 243-244.

[14] En el mismo sentido, DÍEZ SOTO, M., "El régimen de los sistemas de información", cit., página 544, opina de lingual manera que la formulación del art. 20 LOPDGDD permite que el impago pueda acceder al fichero, aunque no se haya practicado requerimiento previo, si bien critica el demérito que esto supone para la protección de los afectados.

Sobre esta premisa, se pronuncia la AEPD estableciendo que en la vigente normativa sobre protección de datos no se prevé, como requisito obligatorio para tratamiento de datos en sistemas de información crediticia. Por el contrario, sí es preciso que el acreedor informe al afectado, en distintos momentos, bien en la formalización del contrato o en el mismo requerimiento de pago, sobre la existencia de la posibilidad de ser incluido en esos sistemas, indicando nominativamente cuáles pudieran ser, disponiendo la resolución de la AEPD, de 11 de mayo de 2022:

> "A mayor abundamiento, esta Agencia no es competente para dirimir cuestiones civiles, tales como las relativas a la validez civil o mercantil del contrato, la exactitud de la cuantía de la deuda, la correcta prestación de los servicios contratados o la interpretación de cláusulas contractuales. La determinación de la legitimidad de una deuda basada en una interpretación del contrato suscrito entre las partes y de su correcta cuantía deberá´ instarse ante los órganos administrativos o judiciales competentes, al exceder del ámbito competencial de la Agencia"[15].

La posible polémica suscitada resulta zanjada por la jurisprudencia uniforme del TS porque, en sus resoluciones, mantiene una postura uniforme sobre la importancia de este requisito habiendo resuelto la necesidad de acreditar el citado requerimiento previo, mediante los mecanismos adecuados, como bien pudieran ser el envío con acuse de recibo, telegrama, carta certificada con certificación de entrega, burofax, correo electrónico documentando el envío a la dirección facilitada por el deudor, etc., y así poder anotar la correspondiente deuda en un fichero de información negativa.

Esta línea jurisprudencial produce una novedosa aplicación de la doctrina, relativa a las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor dentro de su ámbito de protección constitucional, cuya repercusión en la práctica habitual entre entidades financieras y empresas provoca una ruptura con la jurisprudencia previa y las resoluciones de la AEDP, contemplándose El requerimiento de pago previo es un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro sobre deudas, sino sobre personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado. Así, analizamos los importantes avances introducidos por la icónica STS 672/2020,

[15] Véase la Resolución AEPD, reclamación de 7 de octubre de 2021 (EXP202103376), Resolución R/00177/2022, acerca de la incompetencia objetiva de la AEPD para resolver cuestiones de ámbito jurisdiccional.

donde establece que la anotación en ficheros de morosos, el requerimiento previo deberá acreditarse con la propia certificación de entrega al afectado, cuya fundamentación jurídica viene determinada por STS previamente dictadas en el mismo sentido, tales como 563/2019, 740/2015, al constituir el requisito del requerimiento previo de pago más que una mera formalidad:

> "Con la práctica de este requerimiento se impide que sean incluidas en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia. Además, les permite ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación"[16].

Por lo tanto, la tradicional forma de notificación del mero depósito de la carta en el buzón de correos ha sido rechazada por el TS, en contra de lo admitido por la AEPD y la Audiencia Nacional (AN), cuyo sistema tradicional admitía que un proveedor ajeno al acreedor elaboraba la comunicación de requerimiento, era enviada mediante el servicio ordinario de Correos, monitoriza su distribución y recepciona la devolución siempre que la carta haya sido rechazada por el destinatario, hubiera cambiado de lugar de notificación o pudiera darse un error en la dirección postal. El proveedor externo gestor del envío masivo de notificaciones, posteriormente, certificaba el contenido de la comunicación, y de la entrega sin que hubieran ocurridos incidencias en la propia dirección postal a la cual fue dirigida o, en casos excepcionales, con las incidencias suscitadas.

La respectiva certificación servía para que, por parte del acreedor, hubiera realizado la notificación y cumplido el requisito del requerimiento previo o, tuviera información de la oportuna incidencia y, actuando en consecuencia, procediera a inscribir la deuda en el fichero de morosos o, por el contrario, se contuviera de inscribirlo.

[16] STS 672/2020, de 11 de diciembre de 2020, Sala Primera, de lo Civil, ECLI:ES:TS:2020:4204, en el fundamento de derecho segundo se declara que al no constar devueltas no prueba que las reciba el destinatario y dicha carga de la prueba que recae sobre la entidad apelante, quien dispone de mecanismos adecuados e idóneos para acreditar que ha realizado el requerimiento de pago, tales como el envío con acuse de recibo, telegrama, correo electrónico acreditando el envío de ese correo o similares. Esta falta de prueba de un requisito esencial a fin de valorar correcta la inclusión de una persona en el fichero de morosos, constituye el incumplimiento de un requisito esencial.

c) Línea jurisprudencial del Tribunal Supremo

La negativa a la aceptación de este sistema de notificaciones se hace patente por el TS, en la sentencia comentada, porque entiende que la mera certificación de la carta depositada en la dirección postal del destinatario sin especificar mayores incidencias, no puede entenderse como cumplimentado y acreditado el requisito del requerimiento previo de pago de la deuda, cuya consecuencia directa es que el acreedor deberá probar la efectiva notificación o acreditar, por cualesquiera medios admitidos en Derecho, que el deudor destinatario ha rehusado la notificación.

En esta novedosa tendencia marcada por el TS son establecidos los aspectos claves sobre el requisito del requerimiento previo del deudor como que, a pesar de certificar el contenido del requerimiento y la ausencia de incidencias en la entrega de la dirección postal del deudor, no resulta acreditada la recepción por el deudor para poder inscribir la deuda en el correspondiente fichero de información crediticia. Otra cuestión dilucidada es la de tener la entidad gestora del envío, externa al acreedor, los medios adecuados para poder acreditar la notificación bien fuera por acuse de recibo de correos, telegrama, correo electrónico, burofax o cualesquiera otros medios admitidos en Derechos para otorgar certeza de la notificación[17].

Los criterios más relevantes puestos de manifiestos en el cambio jurisprudencial del TS, bien pudiera sintetizarse, por ejemplo, en algunos de ellos como la importante ruptura del criterio mantenido por la asentada tendencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS y de la AN, por cuanto consideraban que la intervención de un tercero, gestor externo encargado de la tramitación de los cartas y certificante de la efectiva notificación, en el domicilio indicado por el deudor, del requerimiento de pago era prueba suficiente para tener cumplimentado dicho requisito normativo.

Como se ha comentado con anterioridad, el requisito del requerimiento previo de pago ha sido debilitado, en todo su fundamento, con la aplicación de la LO 3/2018 porque el RD 1720/2007 pierde fuelle tras la promulgación de ésta última, derogando la anterior LO 15/1999 cuyo desarrollo fue efectivo por el citado Reglamento. El propio art. 20.1 LO 3/2018, al establecer la presunción *iuris*

[17] Como consecuencia de la ausencia probatoria de la notificación oportuna daría lugar a la correspondiente infracción del art. 38.1 c) RD 1720/2007, cuya exigencia previa a la inclusión en un fichero de solvencia crediticia exigirá haber acreditado la notificación de la deuda porque, de lo contrario, estaríamos ante una intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado.

tantum sobre el interés legítimo parar la inclusión de deudas en sistemas de información crediticia y, por tanto, elimina este requisito de su ámbito normativo.

Ante esta tesitura, nos encontramos con el planteamiento de varias cuestiones suscitadas, por ejemplo, que las resoluciones de la AEPD son revisadas por la Sala de lo contencioso-administrativo, de la AN[18] y del TS respectivamente, quienes han desarrollado la interpretación clásica de la validez de los sistemas acreditativos de la notificación del requerimiento previo como requisito indispensable para la inclusión en los ficheros de morosos y, sin embargo, la resolución comentada es de la Sala Primera, de lo Civil, del TS, siendo los dos primeros los encargados competentes para la interpretación y aplicación del desarrollo reglamentario y de las intromisiones en el derecho fundamental a la protección de datos.

Planteada la dicotomía sobre si la ausencia del requerimiento previo se constituye como una lesión en el derecho fundamental al honor, siendo esta la materia cuya competencia recae en la Sala de lo Civil del TS, o si, por el contrario, sólo tendría pretensión limitativa al constituirse como requisito del derecho fundamental a la protección de datos no habiendo lugar a infracción alguna, en caso de incumplirse dicho requisito previo, del derecho al honor si la deuda fuese real y estuviere debidamente acreditada con los medios probatorios admitidos en derecho.

d) Distintas posturas doctrinales

Según se observa, la discusión está realmente abierta sobre si acreditar el cumplimiento formal del requisito del requerimiento previo resulta necesario para la inscripción en los ficheros de solvencia crediticia y, además, plantea una auténtica interrogante para los acreedores y los mercados de morosos en nuestro país.

Sin embargo, existen autores que defienden la necesariedad del requerimiento previo de pago como requisito indispensable para el tratamiento de este tipo de datos y, adhiriéndome por completo a la postura de la profesora Mas

[18] Entre otras, la SAN 1351/2022, de fecha 1-4-2022, Sala de lo Contencioso-Administrativo, ECLI:ES:AN:2022:1351, Más sin que prueben la notificación del requerimiento de pago previo a la inclusión de los datos del denunciante en el fichero de morosidad, con indicación del importe a pagar, plazo, forma y lugar y advertencia correspondiente, tal y como resulta obligado a tenor del referido art. 38 del RLOPD en relación con los articulo 4.3 y 29 de la LOPD y según ha declarado esta Sala conforme a una reiterada y consolidada doctrina.

Badía, cuyo postulado defiende la existencia de argumentos para seguir preservando, bajo la normativa actual, que el requerimiento previo de pago puede ser necesario para sustentar la base jurídica del art. 6.1.f) RUEPDP el tratamiento de los datos sobre solvencia de en los SIC privados y concluye: "Aunque se admitiera, con base en un argumento fundamentalmente gramatical, que no ha de concurrir este requerimiento para que opere la presunción de licitud del art. 20.1 LO 3/2018, ya que este no lo exige de modo expreso, esta presunción puede llegar a ser destruida si falta el requerimiento"[19].

En el mismo sentido, indica San Martín Arias[20], que no existe ninguna obligación de realizar el requerimiento previo de pago mediante correo certificado, burofax o similar, "lo meridianamente claro es que la entidad acreedora deberá de acreditar debidamente dicho requerimiento. Podrá optar por el método que considere más idóneo, pero ha de ser capaz de adverar esa comunicación". De igual opinión, aunque con mayor distancia temporal a la regulación vigente, Mesa Marrero recordaba la importancia de tal requerimiento previo[21].

Respecto a la inclusión de morosos en SIC, cuando traigan origen de la deuda en la solidaridad de los deudores opina Ribón Seisdedos[22], con referencia a otros autores como son las apreciaciones de Aparicio Salom y Vidal Laso, advierte de la aplicación de las normas civiles, si la obligación de pago recae en diversas personas y la responsabilidad es solidaria, cada una de ellas responde de la totalidad de la deuda, por lo que, antes de incluir la información de cualquiera de ellos en el fichero de solvencia: "el acreedor, deberá haber requerido de pago, a todos y cada uno de los obligados solidariamente al cumplimiento de la obligación no satisfecha, toda vez que la solidaridad da lugar a que el incumplimiento sólo se produce cuando todos los deudores se hayan negado al pago, conforme al art. 1144 CC (Código Civil)"[23].

---

[19] Mas Badia, M.D., *Sistemas privados de información crediticia. Nueva regulación entre la protección de datos y el crédito responsable*, editorial Tirant lo Blanch, julio 2021, página 244.
[20] San Martín Arias, I., *Protección de datos en el crédito al consumo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, página 59.
[21] Mesa Marrero, C., "La regulación reglamentaria de los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito", *Revista de Actualidad Civil*, número 19, noviembre 2008, página 2064.
[22] Ribón Seisdedos, E., *Defensa del consumidor por indebida inclusión en ficheros de solvencia patrimonial*, editorial Sepín, 2ª edición, abril 2020, página 52.
[23] Aparicio Salom, J., y Vidal Laso, M., *Estudios sobre la protección de datos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, página 281.

En cambio, si la mancomunidad rige el régimen de responsabilidad de los deudores, conforme establece el art. 1138 CC, la obligación se presumirá divida en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, y cada uno responderá exclusivamente de su parte de obligación, en el caso de las obligaciones mancomunadas: "bastará que se requiera a cada uno de los deudores la parte respectiva para su inclusión por aquella parte alícuota en el fichero en caso de desatención"[24].

Sin embargo, ya no se muestran tan unánimes los autores citados sobre la obligación garantizada de forma personal, bien sea mediante aval o mediante fianza, al indicar que será necesario el mismo proceder para reclamar con carácter previo al avalista antes de incluir los datos relativos al deudor principal: "Sobre este particular albergamos mayores dudas, pues en caso de incumplimiento del obligado principal, entendemos que puede ser suficiente para su inclusión"[25]. En cambio, sí que mantienen que no cabe incluir a los propios garantes en el caso, con carácter previo, de no haber requerido previamente de pago al obligado principal.

e) La finalidad pragmática del requerimiento previo pago

Nunca debemos perder de vista el enfoque objetivo del requerimiento previo de pago, cual es el de poder otorgar al deudor la posibilidad de abonar la deuda, con anterioridad a incluir sus datos en un sistema de información patrimonial con las consecuencias negativas inherentes e implícitas que ello acarrea consigo. La postura del TS, a parte de la ya mencionada STS 672/2020, encontramos el criterio unánime en el tiempo de la Sala Primera, de lo Civil, donde sostiene sobre el requisito del previo requerimiento de pago con advertencia de inclusión en un registro de morosos otorga una trascendencia al requerimiento, conforme a los requisitos de los arts. 38.1.c) y 39 RD 1720/2007, resultando la obligatoriedad de haber requerido previamente de pago al deudor y le haya informado de las consecuencias de su negativa al abono de la deuda que pueden ser comunicados a sistemas de información crediticia, argumentando dicha resolución judicial lo siguiente:

[24] RIBÓN SEISDEDOS, E., *Defensa del consumidor por indebida*, cit., página 52.
[25] *Ibidem*, páginas 52-53.

> "Se trata de un requisito que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro sobre deudas, sino sobre personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado. Con este requerimiento se impide que sean incluidos en estos registros personas que, por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia"[26].

También se aprecia la importancia de este requisito en la STS 563/2019, donde el requerimiento previo de pago se constituye en elemento determinante para valorar la insolvencia económica del afectado:

> "No es, por tanto, correcta la falta de trascendencia que, respecto de la acción de protección del honor ejercita. (...) Ni es correcto afirmar que la vulneración del derecho al honor se produce exclusivamente cuando se comunican al registro de morosos los datos relativos a una deuda inexistente, por cuanto que, como hemos declarado reiteradamente, los ficheros automatizados del art. 29 LOPD no son meros registros de deudas"[27].

La importancia de este requisito vemos que reside, no en una mera cuestión formal que bien pudiera resolverse con una sanción administrativa, en la propia finalidad de los denominados ficheros de solvencia negativa que, como tal, no se constituyen en meros registros de impagos sino, ante todo, son recopiladores de datos sobre individuos que no hacen frente a sus obligaciones de pagos porque no puedan abonarlas o, por el simple hecho, no querer pagarlas sin justificación alguna.

Los argumentos motivadores del TS ya están asentados, a lo largo de su copiosa jurisprudencia, para definir la finalidad del requerimiento de pago al "no ser simplemente un requisito formal", para que su propio incumplimiento sólo sea consecuencia de la pertinente sanción administrativa. Este requerimiento previo de pago tiene como finalidad la propia del fichero de solvencia negativa que incluye el incumplimiento de obligaciones dinerarias pero, no es un mero

[26] STS 740/2015, de 22 de diciembre de 2015, Sala Primera, de lo Civil, ECLI: ES:TS:2015:5445, respecto de la esencialidad del requisito previo del requerimiento de pago para que los datos personales puedan ser incluidos en los ficheros de solvencia patrimonial.
[27] STS 563/2019, de 23 de octubre de 2019, Sala Primera, de lo Civil, ECLI: ES:TS:2019:3347, al sustentar que, para una correcta valoración económica de la solvencia patrimonial del deudor, es preciso que se le haya requerido de pago y se le haya informado que, en caso de impago, puede ser incluido en un registro de morosos.

registro de deudores, sino que también deben recoger a personas (físicas o jurídicas) que son incumplidoras de las obligaciones de pago por dos motivos, básicamente, cuales son el no poder hacer frente a las mismas o no tener la pretensión de abonar esas deudas por la simple voluntad informal del sujeto deudor, sin justificación alguna. Si se lleva a cabo de forma correcta dicho requerimiento previo, podrá evitarse situaciones involuntarias de los afectados tales como errores bancarios, meros descuidos en el cumplimiento de la obligación dineraria o cualesquiera otras de naturaleza análoga y no serán incorporados al fichero las situaciones que no sean de una situación insolvente real por el afectado pudiendo, según hemos ya referido, ejercitar sus reconocidos derechos de acceso, oposición, rectificación y cancelación.

Mas recientemente, para fijar los términos exactos de este requerimiento previo de pago, la doctrina del TS fija en su Sentencia 960/2022 la conceptualización y características de este requisito previo para establecer la presunción de incluir al deudor en un fichero de morosidad estableciendo que, conforme al art. 38.1.c) y 39 RD 1720/2007, determina su exigibilidad tras las entrada en vigor de la vigente LO 3/2018, al no haber derogado ese precepto reglamentario y no existir incompatibilidad de las exigencias establecidas en ambas normativas:

> "El requerimiento previo de pago sigue establecido en el art. 39 del RLOPD sigue constituyendo un requisito exigible para la inclusión de los datos del afectado en un fichero información crediticia"[28].

Dicho requerimiento previo de pago está contemplado expresamente en el art. 20.1.c) LO 3/2018, al ser exigido junto al resto de requisitos que establecen las presunciones, excepto prueba en contrario, la licitud del tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de las obligaciones dinerarias, financieras o crediticias por sistemas individualizados de información crediticias al disponer que "el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquellos en los que participe".

Que el requerimiento previo deba acreditarse, de forma fehaciente, mediante una certificación de entrega es un requisito consolidado por la

[28] STS 960/2022, de 21 de diciembre de 2022, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2022:4491, en cuanto a la CE del requerimiento de pago como requisito imprescindible para la inclusión del deudor en la tipología de ficheros objeto de estudio.

jurisprudencia del TS[29], cuyas fases para determinar la efectividad del envío con una diligencia exigible se concretan en las siguientes: a) que la comunicación de envío, referenciada e individualizada, esté suscrita por el acreedor detallando la deuda y advirtiéndose de la posibilidad, ante su impago, de ser incluido en un fichero automatizado de insolvencia crediticia; b) certificación emitida por la entidad ajena e independiente acreditando su generación, impresión y puesta en servicio de envío postal; c) documento probatorio, emitido por el encargado del envío postal, de la recepción para su tramitación; d) certificación de la devolución del requerimiento previo que tenga carácter identificable y referenciado expresamente al concreto envío.

Hasta entonces la propia AEPD y la AN habían validado el sistema, denominado tradicional, consistentes en la confección de la comunicación del requerimiento por un proveedor ajeno al acreedor y al gestor del fichero, siendo dicha carta enviada a través del Servicio de Correos[30]. Una vez que ha sido monitorizada su distribución y recibe la comunicación devuelta al haber sido rechazada por el destinatario, cambio de domicilio o exista una dirección errónea. En este caso, el propio proveedor, con posterioridad, emitirá la certificación de contenido de la carta y reflejará las incidencias ocurridas en su tramitación y entrega, incluso si no las hubiera habido al resultar la entrega satisfactoria. La emisión de esa certificación de envío y contenido del requerimiento tenía como finalidad la de tener por notificado el requerimiento de pago o el conocimiento de cuantas existencias hubieren acontecido por el acreedor y, como consecuencia, tener vía expedita para ejercer su facultad de anotar la deuda en un fichero de morosos o se abstuviese de incluirla.

La novedad jurisprudencial basa su rechazo por el sistema tradicional, al fijar el TS que la expedición de la certificación del mero acto de depositar la carta en el buzón del destinatario sin reseñar incidencia alguna, no puede ser considerada como efectiva y eficaz notificación del propio requerimiento de la deuda. Esta circunstancia fija que únicamente sea admisible, como notificación fehaciente o su intento, el envío certificado con la particularidad de necesitar que el

[29] STS 672/2020, de 11 de diciembre de 2020, Sala Primera, de lo Civil. ECLI:ES:TS:2020:4204, concretando las cuatro fases para entender practicada la notificación con todos sus efectos: referencia e individualización; certificación por entidad independiente; documento acreditativo de envío postal y, por último, certificación de devolución.

[30] Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E, con domicilio social en calle del Conde de Peñalver, número 19, código postal 28006, NIF: A-83052407, e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, Tomo16.665, Libro 0, Folio 20, Sección 8, Hoja M-284323, Inscripción 1ª (datos registrales del nombre de dominio "correos.es": Inscripción 1/M en la Hoja, Sección, Folio, Libro y Tomo anteriormente indicados).

destinatario esté en su domicilio cuando se realice el reparto. Sin duda alguna, ya podemos apreciar las primeras contradicciones con la jurisdicción contencioso-administrativa, concretamente en las Salas respectivas de la AN y del TS, cuya posición consolidada exigía que la intervención de un tercero externo certificador del mero requerimiento de pago, en el domicilio del deudor, era prueba suficiente para tener cumplimentado tal requisito establecido en la norma.

Por lo tanto, la norma actual establece la presunción acerca del requerimiento, que constituye un contenido implícito, constante y codificado siendo diferenciado, con la voluntad expresa del legislador, del requisito de la información sobre la posible inclusión en un fichero de los de solvencia crediticia y, sin embargo, ambos son necesarios de la mencionada presunción, aunque la información de la posibilidad de inclusión se pueda realizar bien en el contrato o en el momento de requerir de pago.

Así, la doctrina jurisprudencia del TS posee un criterio inalterable sobre este requisito esencial del requerimiento previo de pago al considerarlo como no puramente formal:

> "El requerimiento de pago previo es un requisito esencial que responde a la finalidad del fichero automatizado sobre el incumplimiento de obligaciones dinerarias, que no es simplemente un registro de deudas, sino de datos de personas que incumplen sus obligaciones de pago porque no pueden afrontarlas o porque no quieren hacerlo de modo injustificado"[31].

Según se aprecia, la doctrina jurisprudencial más reciente ha precisado el enfoque funcional del requerimiento y potenciado su valoración en conexión con los fines que le atribuye la ley, lo que explica la diferencia de significación que se ha asignado a su omisión o práctica defectuosa en función de las circunstancias concretas de la deuda y la sorpresa para el interesado por la inclusión de sus datos en el fichero y, por lo tanto, la casuística generada a la hora de determinar su relevancia de cara a la apreciación de la intromisión ilegítima en el derecho al honor, cuya concurrencia, pese a los defectos o falta de requerimiento en algunos casos, no siempre ha sido declarada.

[31] La postura uniforme del TS está reflejada en las Sentencias 660/2022, de 13 de octubre, ECLI:ES:TS:2022:660; 609/2022, de 19 de septiembre, ECLI:ES:TS:2022:609, y 604/2022, de 10 de diciembre, ECLI:ES:TS:2022:604, por citar algunas de las más recientes.

Acerca de la efectividad del requerimiento previo, sostiene el TS, que tiene un relevante aspecto fáctico y que no pueden ser modificados, sustituidos u obviados con una nueva valoración de la actividad probatoria[32].

Con carácter general, podemos afirmar que el requerimiento previo de pago no tendrá la consideración de eficaz por el mero hecho de ser emitido, aunque sea atendida su finalidad. Para ello, debemos estar a la casuística concreta de las circunstancias particulares del supuesto examinado, no estableciéndose una predeterminada forma *ad hoc* de practicar el requerimiento previo, como tampoco es necesaria, para otorgarle plena validez, tener constancia fehaciente de su recepción, pudiéndose fijar por medios probatorios admitidos en Derecho o mediante el sistema de presunciones, siempre que sea acreditada una garantía o constancia razonable de aquella[33].

Más reciente es la STS 1477/2023, donde aún está plenamente vigente el requisito del requerimiento previo de pago, con remisión a la STS 945/2022, sobre el mismo que:

> "El hecho de que el actual art. 20.1.c) de la Ley Orgánica 3/2018 no establezca expresamente el requisito del requerimiento previo de pago no supone que la regulación del art. 38.1.c) del reglamento aprobado por el Real Decreto 1720/2007, se oponga o sea incompatible con la nueva norma legal y deba considerarse, por tanto, derogado. Es más, la nueva norma legal contiene la mención a la existencia de dicho requerimiento previo al prever que la advertencia de comunicación de los datos al fichero debe hacerse viene ene ese requerimiento previo, bien al celebrarse el contrato"[34]

A modo de corolario sobre el requisito del requerimiento previo, resumimos la doctrina de nuestro TS, al determinar que su enfoque funcional no le dota de la suficiente enjundia *per se* como para constituirse en un elemento determinante de la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor cuando, al menos, el deudor ha sido incluido en los ficheros de morosos, sin efectos sorpresivos para él, al haber tenido constancia de la deuda y mantuvo

---

[32] STS 946/2022, de 20 de diciembre de 2022, de la Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2022:4492, y la ya citado número 960/2022, de 21 de diciembre de 2022, dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2022:4491, el requerimiento previo se convierte en un requisito trascendental para que su correcta ejecución pueda permitir no vulnerar los derechos fundamentales de los deudores.

[33] STS 660/2022, de 13 de octubre de 2022, Sala de lo Civil, ECLI:ES:TS:2022:3609, que otorga validez al sistema de presunciones establecido en el art. 20.1 LO 3/2018, cuando existe constancia de haber efectuado el requerimiento previo con garantías para el deudor.

[34] STS 1477/2023, de 23 de octubre, discierne que la mención expresa sobre el requerimiento de pago en la accesión de los datos personales al fichero deberá realizarse en este presuponiendo "la existencia necesaria de tal requerimiento previo". ECLI:ES:TS:2023:4537.

una actitud pasiva a su inclusión, no planteando ninguna excepción, objeción o discrepancia en la reclamación judicial de la deuda. Expuesto lo anterior, dotar de esencialidad al requisito de recepción para otorgarle validez decae por el sistema de presunciones, permitiendo la notificación incluso por correo electrónico del deudor que facilita su dirección y, con posterioridad, alega la no recepción de ninguna comunicación en la dirección de email designada por él mismo máxime, por ejemplo, cuando en determinados contratos se acuerdan las notificaciones por esos medios telemáticos.

III. LA NOTIFICACIÓN AL AFECTADO DE SU INCLUSIÓN EN EL SISTEMA DE INFORMACIÓN CREDITICIA

a) *Regulación en la presente LO 3/2018*

En la actualidad, la entidad titular del fichero de insolvencia patrimonial, respecto de los datos de incumplimiento de las obligaciones dinerarias, financieras o de crédito, tendrá la obligación de notificar al afectado la inclusión de sus datos en el fichero de información crediticia y, además, le deberá informar sobre las opciones de ejercitar los derechos que le correspondan, disponiendo esta regulación (ex art. 20.1.c), segundo párrafo, LO 3/2018, que el responsable encargado del mantenimiento del fichero sobre datos relativos al "incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito" tiene la obligación de notificar al afectado" sobre la inclusión de sus datos y, además, informándole sobre la "posibilidad de ejercitar los derechos establecidos en los art.s 15 a 22 RUEPDP", en el plazo de treinta días siguientes a la notificación de la deuda al sistema, quedado en estado de bloqueo los datos durante ese plazo.

La exigencia de una notificación al deudor, dentro del plazo de los treinta días siguientes, especifica el plazo contenido en el art. 14.3.a) RUEPDP sobre la información que, en caso de no haber sido facilitada por el propio afectado, deberá de darse en cualesquiera supuestos de tratamientos de datos personales. Esta notificación, sin embargo, sobre el requerimiento de pago no exige ningún tipo de formalidad y la norma, incluso, omite todo tipo de referencia a que deba realizarse de forma fehaciente[35].

[35] Art. 14.3: Información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado: "El responsable del tratamiento facilitará la información indicada en los apartados 1 y 2: a) dentro de un plazo razonable, una vez obtenidos los datos personales, y a más tardar dentro de un mes, habida cuenta de las circunstancias específicas en las que se traten dichos datos; b) si los

Esta obligación de notificación[36] está adherida a la tutela de los derechos e intereses del afectado, puesto que el citado art. 20.1.c) LO 3/2018 tiene que complementarse con los arts. 12 a 14 RUEPDP, detallándose el contenido del derecho de información según las fuentes de suministro de los propios datos, como pudieran ser por el propio interesado[37], las cesiones o fuentes de acceso público y las previstas en la propia legislación.[38]. Esta notificación no puede tener la consideración de mero requisito formal para el gestor titular del fichero. Implica, para el deudor, bastante más que un mero formalismo al abrírsele las acciones procesales respectivas de protección de los derechos fundamentales respecto de las intromisiones en su honor o la vulneración de la protección de datos personales. Además, esta ausencia de notificación supondría para el deudor una vía abierta a la posibilidad de reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Y, por último, pudiera recaer la imposición de sanción para el encargado responsable del tratamiento de datos gestor del fichero.

b) EL plazo para informar al afectado

El plazo, del que dispone el encargado del fichero, para formalizar la notificación es de 30 días desde la fecha de notificación de los datos al propio fichero

---

datos personales han de utilizarse para comunicación con el interesado, a más tardar en el momento de la primera comunicación a dicho interesado, o c) si está previsto comunicarlos a otro destinatario, a más tardar en el momento en que los datos personales sean comunicados por primera vez".

[36] Según constaba acreditado en el Procedimiento PS/00112/2010 (R/01813/2010), donde una empresa de telecomunicaciones incluyó en ASNEF los datos del denunciante "sin que hubiera recibido requerimiento previo de pago". Dicha resolución de la AEPD determinó que: "En el presente caso el denunciante afirma que no ha recibido requerimiento de pago previo a la inclusión de sus datos en el fichero de solvencia citado, y la entidad no ha justificado el envío de este y su recepción por el afectado. Por lo tanto, la inclusión del denunciante en el fichero ASNEF vulnera la normativa citada anteriormente, por lo que se considera que la compañía ha vulnerado el principio de calidad de datos", resultando la imposición de una multa por importe de 60.101,20 €.

[37] Acerca de la información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado, el art. 13.1 RUEPDP, es preciso que el responsable del tratamiento le comunique: "(…) a) la identidad y los datos de contacto del responsable y, en su caso, de su representante; b) los datos de contacto del delegado de protección de datos, en su caso; c) los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales y la base jurídica del tratamiento; d) cuando el tratamiento se base en el art. 6, apartado 1, letra f), los intereses legítimos del responsable o de un tercero; e) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso; f) en su caso, la intención del responsable de transferir datos personales a un tercer país u organización internacional (…)".

[38] Respecto del consentimiento informado, véase las Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento, del Comité Europeo de Protección de Datos, de 4 de mayo de 2020. También, con efectos algo más pragmáticos, la Guía para el cumplimiento del deber de informar, de la AEPD, publicadas el día 25 de mayo de 2018, https://www.aepd.es/es/documento/guia-modelo-clausula-informativa.pdf.

permaneciendo durante ese tiempo bloqueados, según el propio art. 20.1.c) LO 3/2018, cuyo complemento interpretativo necesario bien podría ser el dispuesto en el art. 40.1 RD 1720/2007, donde se precisa que el "responsable del fichero común deberá notificar a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal, en el plazo de treinta días desde dicho registro"[39] y, como señala Ribón Seisdedos, además "una referencia de los que hubiesen sido incluidos, informándole asimismo de la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición"[40].

De aquí procede la posibilidad del deudor en el ejercicio de los derechos citados sobre sus propios datos porque, como ya ha sido indicado con anterioridad, el principio del consentimiento del afectado abarca la inclusión en un fichero de solvencia crediticia, cuyo conocimiento generalizado deriva de la finalidad publicitaria del propio fichero, siendo necesario para el tratamiento de este tipo de datos de forma lícita que provengan de registros de libre acceso al público o, si son facilitados por los propios acreedores, resultará obligatoria la comunicación al presunto afectado.

Respecto del cómputo de plazo señalado en el art. 20.1.c) LO 3/2018, deberemos tener en cuenta las denominadas reglas establecidas en la disposición adicional tercera para todos aquellos plazos establecidos tanto en la propia ley orgánica como en el RUEPDP, "con independencia de que se refieran a relaciones entre particulares o con entidades del sector público"[41].

---

[39] Dispone el art. 40.1 RD 1720/2007, sobre la notificación de inclusión en el fichero que: "El responsable del fichero común deberá notificar a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos, informándole asimismo de la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre".

[40] RIBÓN SEISDEDOS, E., *Defensa del consumidor por indebida inclusión*, cit., pág. 60.

[41] El cómputo de los plazos se rige por las reglas establecidas en la disposición adicional tercera LO 3/2018, denominada "Cómputo de plazos": "Los plazos establecidos en el RUEPDP o en esta ley orgánica (…), se regirán por las siguientes reglas: a) Cuando los plazos se señalen por días, se entiende que estos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos; b) Si el plazo se fija en semanas, concluirá el mismo día de la semana en que se produjo el hecho que determina su iniciación en la semana de vencimiento; c) Si el plazo se fija en meses o años, concluirá el mismo día en que se produjo el hecho que determina su iniciación en el mes o el año de vencimiento. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes; d) Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

c) Cumplimiento de los requisitos legales

La propia AEPD considera que el cumplimiento del requisito de la notificación se llevará a cabo si es de forma fehaciente, cuya ineludible carga probatoria deberá ser formalizada a través de esa necesaria constancia de la respectiva notificación[42].

Este requisito lleva aparejado, de forma inexorable, el principio de responsabilidad o, más exactamente, de corresponsabilidad activa[43] obligando al propio acreedor a la conservación y puesta a disposición de la Autoridad competente toda la documentación necesaria para el cumplimiento de los requisitos especificados en materia de notificaciones al deudor garantizando, como exige el art. 20.2 LO 3/2018, la necesaria concurrencia de "los requisitos exigidos para la inclusión en el sistema de la deuda, respondiendo de su inexistencia o inexactitud".

Para la AEPD ha sido adoptado, como criterio constante, el tener en consideración que la documentación será suficiente para acreditar el cumplimiento del requisito normativo sobre la información al deudor de su inclusión en el fichero de morosidad, poseer los pertinentes medios probatorios acreditativos en el cumplimiento de informar y probar el requerimiento de pago siempre con carácter precedente a la inclusión en los SIC.

Si la notificación no se ha podido llevar a cabo, en las condiciones reseñadas y con el respecto a los plazos previstos, los datos tendrán que estar necesariamente en depósito sin poder publicarse, ni ser tratados o insertarse en un fichero, es el conocido bloqueo de datos cuya descripción precisa, determina el art. 32.2 LO 3/2018, consiste en la "identificación y reserva de los mismos, adoptando medidas técnicas y organizativas, para impedir su tratamiento, incluyendo su visualización"[44].

---

[42] Así lo acreditan numerosas resoluciones de la AEPD, citándose como ejemplos: Resolución 01835/2013; Resolución 02880/2014 y Resolución 03011/2016.

[43] Tanto el art. 20.2 LO 3/2018 y como el art. 26 RUEPDP, utilizan el concepto de "corresponsables" para determinar la responsabilidad de acreedor y entidad gestora del sistema de tratamiento de datos, especificando este último precepto denominado "corresponsables del tratamiento": "1. Cuando dos o más responsables determinen conjuntamente los objetivos y los medios del tratamiento serán considerados corresponsables del tratamiento. Los corresponsables determinarán de modo transparente y de mutuo acuerdo sus responsabilidades respectivas en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el presente Reglamento (…).

3. (…) los interesados podrán ejercer los derechos que les reconoce el presente Reglamento frente a, y en contra de, cada uno de los responsables".

[44] La definición del "bloqueo de datos" queda conceptualizada en el art. 32.2 LO 3/2018, cuyo expositivo determina: "El bloqueo de los datos consiste en la identificación y reserva de los mismos,

La vigencia, sobre la materia concreta ahora tratada, del RD 1720/2007 determina otros aspectos relevantes sobre la práctica de la notificación y el ejercicio de los derechos del afectado deudor concretándose en su art. 40 sobre la notificación de inclusión[45], entre ellas, que el responsable del fichero deberá "efectuar una notificación por cada deuda concreta y determinada" independientemente que la deuda sea mantenida con un único o distintos acreedores, exponiendo la STS, de 15 de julio de 2010, que el RD 1720/2007 exige una notificación concreta por cada deuda y deberá constar de los datos individualizados de los deudores, que no excede de la potestad reglamentaria:

> "Pues parece claro que no puede calificarse como esfuerzo desproporcionado que el interesado tenga conocimiento puntual de las deudas que se le imputan, única forma además de que pueda ejercitar su derecho a recabar a la información a la que se refiere el citado art. 29.2 de la Ley. Otra cosa es que la notificación de las deudas individualizadas, aunque sean varias, se realice en un solo acto, lo que, en una interpretación relacional del art. no se impide"[46].

IV. CONCLUSIONES SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LAS NOTIFICACIONES

En síntesis, podemos establecer tres notas definitivas respecto del pragmatismo y eficacia de las notificaciones a los deudores comenzando por la de ser realizada por una entidad ajena a la empresa notificante, ex art. 40.3 RD

adoptando medidas técnicas y organizativas, para impedir su tratamiento, incluyendo su visualización, excepto para la puesta a disposición de los datos a los jueces y tribunales, el Ministerio Fiscal o las Administraciones Públicas competentes, en particular de las autoridades de protección de datos, para la exigencia de posibles responsabilidades derivadas del tratamiento y solo por el plazo de prescripción de las mismas. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la destrucción de los datos".

[45] Quedan fijadas las características y requisitos de las notificaciones, el art. 40 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, sobre la notificación de inclusión en un fichero de sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que: "1. El responsable del fichero común deberá notificar a los interesados respecto de los que hayan registrado datos de carácter personal, en el plazo de treinta días desde dicho registro (…).
2. Se efectuará una notificación por cada deuda concreta y determinada con independencia de que ésta se tenga con el mismo o con distintos acreedores.
3. La notificación deberá efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que la permita acreditar la efectiva realización de los envíos.
4. En todo caso, será necesario que el responsable del fichero pueda conocer si la notificación ha sido objeto de devolución por cualquier causa, en cuyo caso no podrá proceder al tratamiento de los datos referidos a ese interesado (…).
5. Si la notificación de inclusión fuera devuelta, el responsable del fichero común (…), no procederá al tratamiento de los datos si la mencionada entidad no confirma la exactitud de este dato".

[46] STS, Sala de lo contencioso-administrativo, de 15-7-2010, núm. de recurso 23/2008, ECLI:ES:TS:2010:4050.

1720/2007, como indica el precepto "a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante" y que pueda acreditar la realización de los envíos[47], al no constituir un medio de prueba de la notificación, en sí misma, de la mera expedición de la certificación por la misma entidad gestora del fichero.

La segunda de ellas se concreta en el caso de la notificación devuelta, por cualquier causa, entonces la consecuencia directa para el responsable del fichero es la imposibilidad del tratamiento de los datos del deudor, conforme apunta el art. 40.4 RD 1720/2007, cuya vigencia es indiscutida a tales efectos. Sólo existe una excepción a esta regla, la cual establece que sí podrán tratarse y publicarse los datos del deudor afectado si, de manera fehaciente, existe constancia de haber rehusado recibir el envío realizado. En tal caso, las devoluciones por ausencia de la efectiva notificación no son consideradas motivo suficiente para impedir la procedencia el tratamiento de sus datos[48].

La tercera obliga a la comprobación de la dirección postal facilitada por el deudor, a efectos de comunicaciones en el contrato formalizado, entre la entidad acreedora y el responsable del fichero automatizado siendo imposible el acceso de los datos al registro automatizado si la tercera entidad encargada del envío no comprueba tales datos, confirmando la exactitud y certeza de tal extremo como es la dirección postal del deudor, determinando el art. 40.5 RD 1720/2007 que "no procederá el tratamiento de los datos si la mencionada entidad no confirma la exactitud del envío[49].

[47] La mera certificación de los envíos no está admitida como medio acreditativo del cumplimiento del modo de notificar la inclusión, así dispone el art. 40.3 RD 1720/2007: "La notificación deberá efectuarse a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que la permita acreditar la efectiva realización de los envíos".

[48] En los casos de notificaciones devueltas, son contenidas las previsiones en el apartado 4, del art. 40 RD 1720/2007: "En todo caso, será necesario que el responsable del fichero pueda conocer si la notificación ha sido objeto de devolución por cualquier causa, en cuyo caso no podrá proceder al tratamiento de los datos referidos a ese interesado.
No se entenderán suficientes para que no se pueda proceder al tratamiento de los datos referidos a un interesado las devoluciones en las que el destinatario haya rehusado recibir el envío".

[49] No se procederá la inclusión en ficheros de morosos de los datos del deudor hasta que no se haya comprobado la exactitud de la dirección de éste entre la entidad acreedora y la gestora del fichero, cuya aplicación (art. 40.5 RD 1720/2017) puede encontrarse en la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28-2-2018, ECLI: ES:AN:2018:984.:
"Si la notificación de inclusión fuera devuelta, el responsable del fichero común comprobará con la entidad acreedora que la dirección utilizada para efectuar esta notificación se corresponde con la contractualmente pactada con el cliente a efectos de comunicaciones y no procederá al tratamiento de los datos si la mencionada entidad no confirma la exactitud de ese dato".

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alonso Martínez, C., y Cerquereira Sánchez, M., "Ficheros de solvencia patrimonial y crédito", en Piñar Mañas, J.L., (Dir.), *Reglamento general de protección de datos: un nuevo modelo europeo de protección de datos*, Reus, 2016.

Aparicio Salom, J., y Vidal Laso, M., *Estudios sobre la protección de datos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

Díez Soto, C. M., "El régimen de los sistemas de información crediticia en la nueva legislación de protección de datos", en *Protección de datos personales*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

Mas Badia, M.D., *Sistemas privados de información crediticia. Nueva regulación entre la protección de datos y el crédito responsable*, editorial Tirant lo Blanch, julio 2021.

Mesa Marrero, C., "La regulación reglamentaria de los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito", *Revista de Actualidad Civil*, número 19, noviembre 2008.

Pascual Huerta, P., "Sistemas de información crediticia", *Protección de datos en el sistema bancario*, FUOC, 2019.

Ribón Seisdedos, E., *Defensa del consumidor por indebida inclusión en ficheros de solvencia patrimonial*, editorial Sepín, 2ª edición, abril 2020.

San Martín Arias, I., *Protección de datos en el crédito al consumo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

PEDRO RÓDENAS CORTÉS
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Extremadura
rodenas@unex.es
ORCID: 0000-0001-7032-8077

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 153-184
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.153

LEGAL REGULATION OF THE PARENTAL AUTHORITY RESTRICTION IN NATIONAL AND INTERNATIONAL PERSPECTIVE

REGULATION JURIDICA DE LA LIMITACTION DE LA PATRIA POTESTAD DESDE LA PERSPECTIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

DALIA PERKUMIENĖ[1]

SAMANTA MORKŪNIENĖ[2]

Kazimieras Simonavičius University, Lithuania

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

ABSTRACT

The article analyses the aspects of the legal regulation of the restriction of parental authority, the concept of the restriction of parental authority, the content of parental authority, the main rights of the child in the application of the restriction of parental authority, and seeks to reveal the main problems that affect the application of the restriction of parental authority. The article draws attention to the different forms of limitation of parental authority. The article concludes that the restriction of parental

[1] Prof. Dr. Kazimieras Simonavičius University, Lithuania. Doctor of Law degree in private international law at Ghent University (Belgium). A member of GIDEPA, member of Nordic Environmental Law Society NELN.. dalia.perkumiene@vdu.lt Orcid: 0000-0003-4072-3898
[2] Master in Law, University of Kazimieras Simonavičius, Lithuania.Member of the Lithuanian Society of Law. samanta.morkuniene@stud.ksu.lt Orcid: : 0000-0003-2374-4355

authority is not compprehensive in ensuring the raights and legitimate interests of the child.

Keywords: Limitation of parental authority, child rights, interests of the childs.

RESUMEN

El artículo analiza los aspectos de la regulación jurídica de la limitación de la patria potestad, el concepto de limitación de la patria potestad, el contenido de la patria potestad, los principales derechos del menor en la aplicación de la limitación de la patria potestad, y trata de revelar los principales problemas que afectan a la aplicación de la limitación de la patria potestad. El artículo llama la atención sobre las diferentes formas de limitación de la patria potestad. El artículo concluye que la restricción de la patria potestad no es completa a la hora de garantizar los derechos e intereses legítimos del menor.

Palabras clave: Limitación de la patria potestad, derechos del niño, intereses del niño.

Sumario: I. Introduction. II. Concept of limitation of parental authority, rights of the child, parental authority, best interests of the child. III. The legal mechanism for limiting parental authority. IV. Legal and practical problems faced by courts in cases concerning the restriction of parental authority. V. Conclusions. VI.References.

I. INTRODUCTION

Novelty and relevance. The application of the institute of limitation of parental authority is a consequence of the failure to fulfil parental responsibilities. The Constitution of the Respublic of Lithuania provides, that „the family is the foundation of society and the state. The state protects and nurtures the family, motherhood, fatherhood and childhood“[3]. This provision reflects the legislator's intention to protect the family and its members. It is now in the interest of the State that children grow up in a family, which is why the levels of threat have been abolished in favour of an assessment of the child's situation. The subject of the

[3] Lietuvos Respublikos Konstitucija. Paskelbta valstybės aide 1992-11-10, Nr. 220-0. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2022-05-22. (1992).

restriction of parental authority is relevant because it has been dealt with in a superficial way. There is a lack of in-depth research on the use of the institution of parental authority and its consequences for children and their rights and legitimate interests. There is a lack of indepth research on the use of the institution of parental authority and its consequences for children and their rights and legitimate interests.

The lack of more rigorous research on the limitation of parental authority, both at international and national level, is worrying and undermines the possibility of adequately identifying the harm caused to children's rights and legitimate interests by the application of the institution of limitation of parental authority. The need for protection of children's rights is evident in the analysis of statistics for 2021. The analysis revealed that 589 children were subjected to physical violence and 28 children were neglected, and that the use of the institution of the restriction of parental authority is an inappropriate consequence of the exercise of parental authority[4].

The problem of identifying parental violence against children. Parental violence against children can take many forms - physical, psychological and sexual. This means that it is difficult to detect parental violence against children in practice because it is hidden. The child, as a weaker person, is vulnerable due to his or her lack of full capacity, and the State must therefore help to identify violence against children in order to protect the child's interests. In practice, parental violence against children is identified when a pre-trial investigation for domestic violence is initiated.

The purpose of the study. Identify the aspects of the legal regulation of the restriction of parental authority.

Research tasks: 1) to define the concept of the limitation of parental authority in order to clarify the main elements of the content of parental authority and the fundamental rights and legitimate interests of the child; 2) to assess the conditions for the legal regulation of the mechanism for the application of the process of limitation of parental authority; 3) following an analysis of the case law on the application of the restriction of parental authority, provide guidelines for the

[4] Nusikalstamų veikų žinybinis registras. Open access. (2021). Available online: file:///C:/Users/User/Downloads/statistiniu-duomenu-apie-2021-m-uzregistruotas-nusikalstamas-veikas-kuriu-padarymu-itariami-kaltinami-nepilnameciai-apie-nepilnamecius-kurie-itariami-kaltinami-padare-nusikaltstama-veika-bei-nuo-nusikaltstamu-ve%20(4).pdf, [accessed 2024 12 03].

improvement of legislation to improve the protection of children's rights and legitimate interests. Research methods – comparative analysis method, problem-solving method, logical analytical method, generalisation method.

II. CONCEPT OF LIMITATION OF PARENTAL AUTHORITY, RIGHTS OF THE CHILD, PARENTAL AUTHORITY, BEST INTERESTS OF THE CHILD

Article 38 of the Constitution of the Republic of Lithuania establishes parental responsibility,, to bring up children to be decent people and loyal citizens, and to support them until they reach the age of majority "[5]. This constitutional provision is fundamental in the Republic of Lithuania and constitutes the whole essence of parental authority. No national or international legislation provides for the limitation of parental authority, and it is therefore appropriate to review the views and reflections of foreign authors on the perception of parental authority. The concept of parental authority, *patria pot*esta, dates to ancient Roman times and was then concentrated in the hands of the family father[6].

In the past, parental authority was seen in terms of the exercise of parental rights by parents over their children, linked to economic, moral and educational notions[7]. In the Polish Constitution, the term "parental authority" was used to refer to the subordination between parent and child[8]. Over time, as states changed their conceptions of the family, a new social context emerged, replacing parental authority with parental duties and responsibilities[9]. It is important to note that the period of parental responsibility is not defined and is understood as the moral and material custody of the child[10]. The general duration of the continuity of parental authority is until the child reaches the age of majority[11]. Another author, Yaffe, considers that parental authority is based on the right of parents to control

[5] Lietuvos Respublikos Konstitucija. Paskelbta valstybės aide 1992-11-10, Nr. 220-0. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2022-05-22. (1992).
[6] Kamp, John B. "Patriarchy and Gender Law in Ancient Rome and Colonial America."*Iowa Historical Review* 8.1 (2020) : 43-57.
[7] Guercini, Luana. "Responsabilità genitoriale e inadempimenti." *Quaderni Forensi Veliterni* 2.2 (2020) : 1-8.
[8] Helland, Trond, et al. "A comparative analysis of the child protection systems in the Czech Republic, Lithuania, Norway, Poland, Romania and Russia." (2020) : 1-72.
[9] Guercini, Luana. "Responsabilità genitoriale e inadempimenti." *Quaderni Forensi Veliterni* 2.2 (2020) : 1-8.
[10] Kiral, Bilgen. "The Rights and Responsibilities of Parents According to the Views of Teachers." *Asian Journal of Education and Training* 5.1 (2019): 121-133.
[11] Kiral, Bilgen. "The Rights and Responsibilities of Parents According to the Views of Teachers." *Asian Journal of Education and Training* 5.1 (2019): 121-133.

their children's behavior in various social contexts, e.g. science[12].

The grounds for the restriction of parental authority are set out in Article 3.180, Part 1 of the Civil Code of the Republic of Lithuania, which sets out the following conditions:

a) parental neglect of their duty to bring up their children;
b) parents abusing their power;
c) parents are cruel to their children;
d) parents are immoral and neglect their children.

Article 3.180, Part 3 of the Civil Code of the Republic of Lithuania stipulates that the court shall take into account the circumstances of the case in the event of a violation of the conditions of Article 3.180, Part 1 of the Civil Code of the Republic of Lithuania, and may impose measures of a preventive nature on the parents, such as the temporary or unlimited restriction of the parental authority. The temporary restriction of parental authority is imposed when the court considers that the parents are likely to change in the future. An indefinite restriction of parental authority shall be imposed if the court finds that the parents are harming the child's development, are neglecting the child and there is no evidence that the parents will change[13]. In Serbia, the restriction of parental authority is linked to the deprivation of parental rights, so parental law is the sum of the rights and duties of parents in raising a child. Deprivation of parental rights only deprives one or both parents of the right to exercise the right, but not of the obligations which the parents remain obliged to fulfil, such as child support[14]. Thus, Article 3.180 of the Civil Code of the Republic of Lithuania establishes an exhaustive list and conditions for the restriction of parental authority. The restriction of parental authority is applicable in the presence of at least one of the circumstances provided for in the said Article, and is therefore an extreme measure to be applied by the court to the parents of a child when they violate the provisions of Article 3.180, Part 1 of the Civil Code of the Republic of Lithuania, i.e. avoiding their duty to bring up their children, abusing their authority, cruelly treating the child, neglecting the child and behaving in an immoral way towards the child.

---

[12] Yaffe, Yosi. "Parental authority: A contemporary integrative-theoretical conceptualization." *A closer look at parenting styles and practices* (2020): 73-96.
[13] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262. Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[14] Petrovic, Biljana, Milan Jecmenic, et al. "DEPRIVATION OF PARENTAL RIGHTS IN SERBIAN LAW."*Economic and Social Development: Book of Proceedings* (2021): 174-181.

For a long time, childhood has not been of interest to researchers as an object of research. There was no need to get to know the child, as he or she was not considered a mature personality, but as times have changed, so have the opinions of scientists. Later, it was observed that the education of a child shapes his character and helps him to develop. Changes in the perception and evaluation of the child as a person have also led to changes in the field of child protection[15]. The Republic of Lithuania ratified the Convention on the Rights of the Child on 20 November 1989. This decision confirmed the legislator's desire to increase the focus on the protection of the rights and legitimate interests of the child, not only at national but also at international level[16]. The Law on the Protection of the Rights of the Child of the Republic of Lithuania establishes the concept of a child as a person under the age of 18 years[17]. As the topic under discussion is the process of limiting parental authority and its specificities, it is important to discuss the fundamental rights of the child and to make comparisons between them. Article 3.161 of the Civil Code of the Republic of Lithuania establishes the fundamental rights of the child, namely the right to life, healthy development, a name, a surname, the right to know one's parents, to live with them, to communicate with one's own relatives, and to be brought up by, and to have material support and communication with, one's parents. The child also has a right to property, except for the mandatory provision that the property of the child and the parents is subject to the principle of separation[18].

Article 6 of the Convention on the Rights of the Child states that States that have ratified the Convention on the Rights of the Child recognise the right of the child to life and undertake to ensure this right[19]. Many democracies have enshrined the right to life in their constitutions, making the right to life an absolute right[20]. Understanding the importance of life requires identifying the point at which life is protected. The Constitution of the Republic of Lithuania establishes the fact of the protection of life, but does not specify the moment of its protection. According to Article 2.3 of the Civil Code of the Republic of Lithuania, the beginning of life is linked to the inhalation of the newborn, while the Law on

[15] Palmieri, Valerio. "Il ruolo dell'educatore nel pensiero di Korczak." *CQIIA Rivista* 40 (2023): 79-88.
[16] Vaiko teisių konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989).
[17] Lietuvos Respublikos vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymas. Paskelbtas valstybės žiniose 1996-03-14, Nr. I – 1234. Galiojanti redakcija nuo 2024-01-01 iki 2024-06-30. (1996).
[18] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262 . Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[19] Vaiko teisių konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989).
[20] Dzhuska, Kaminska, et al. "Modern concept of understanding the human right to life." *Wiadomości Lekarskie* 72.2 (2021): 1337-1342.

the Birth of a Child refers to the removal of the foetus from the woman's body with the signs of vitality, such as respiration and a heartbeat. International law does not refer to the moment of life because in countries where abortion is legalised before the child is born, the life of the child is not protected[21].

Looking at national legislation, life is very much linked to a child's right to healthy development, i.e. the right to health. The child's right to healthy development is detailed in Article 6 of the Framework Law on the Rights of the Child: „1) providing special care and protection for pregnant women, mothers and newborns; 2) measures to provide a healthy and safe environment for the child; 3) health care for children and their parents; 4) preventing childhood diseases through qualified health care; 5) creating the legal and organisational preconditions for the production of, and access to, child-friendly food of good quality; 6) developing healthy lifestyle habits in your child; 7) other statutory guarantees of child healthcare "[22]. Health promotion includes a healthy diet, vaccinations against communicable diseases, and preventive health check-ups for children[23].

Healthy development, i.e. developing your child's mental and physical abilities, is important for their growth. Educational institutions help to do this. Pre-primary, primary and secondary education is good for a child's language and social development, and the state ensures that children receive free education[24]. Article 41 of the Constitution of the Republic of Lithuania establishes a mandatory rule of law that education is compulsory for persons under 16[25]. In line with the legislator's provision, it is up to the parents, who are the legal representatives, to ensure the exercise of this right. The example of Indonesia can be used as a comparative perspective on children's rights. As globalisation in Indonesia has led to a moral decline that is detrimental to the personality development of children (e.g. children are more likely to be violent), the Indonesian government has initiated a reform aimed at shaping the character and changing the thinking of

---

[21] Latakaitė, Greta, and Lidiya Rimzhus. "Abortas–apsisprendimo laisvė ar nusikaltimas?." *Teisės mokslo pavasaris 2023* (2023): 7-28.

[22] Lietuvos Respublikos vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymas. Paskelbtas valstybės žiniose 1996-03-14, Nr. I – 1234. Galiojanti redakcija nuo 2024-01-01 iki 2024-06-30. (1996).

[23] Europos Sąjungos vaiko teisių strategija (2021). Available online: https://commission.europa.eu/document/3f5b8720-5e4e-49a6-9660-795efff97842_lt, [accessed 2024-12-03].

[24] Europos Sąjungos vaiko teisių strategija (2021). Available online: https://commission.europa.eu/document/3f5b8720-5e4e-49a6-9660-795efff97842_lt, [accessed 2024-12-03].

[25] Lietuvos Respublikos Konstitucija. Paskelbta valstybės aide 1992-11-10, Nr. 220-0. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2022-05-22. (1992).

young people[26]. According to the famous thinker Aristotle, a society can make progress in educating children through habituation, so positive values are formed through action, i.e. when children learn[27].

Article 2.20 of the Civil Code of the Republic of Lithuania stipulates that every individual has the right to have a name. This right includes the right to a surname, first name and nickname. A natural person shall be given a name after his or her birth by means of registration in accordance with the procedure laid down by law at the Civil Registry Office. The law establishes a time limit of three months for the registration of a child's name. The child's name shall be given by mutual consent of the parents. In the event of a dispute over the child's name, it shall be given by the court[28]. Article 3.166, Part 4 of the Civil Code of the Republic of Lithuania provides for an exception - when the child's parents are unknown, the child is given a name by the State Child Rights Protection and Adoption Service under the Ministry of Social Security and Labour[29]. This is rare in practice, and happens when the child's parents leave the child at the life box. The procedure for giving a child a surname is laid down in Article 3.167 of the Civil Code of the Republic of Lithuania, which stipulates that children shall be given the surname of their legal representatives, and in the case of different surnames, the surname of one of the parents or a double surname. In the event of a dispute, the surname shall be assigned to the child by the court[30].

The Convention on the Rights of the Child enshrines the child's right to be heard. This right is enshrined in Article 12 of the Convention: „ States Parties guarantee the right of a child who is able to formulate his or her own views to express them freely in all matters affecting him or her, and the views of the child are given due weight in relation to his or her age and maturity“[31]. Article 3.177 of the Civil Code of the Republic of Lithuania states: „ when dealing with disputes concerning children, the court must listen to the child, who is capable of expressing his or her views, and find out what the child wants“[32].

---

[26] Wadu, Ludovikus Bomans, et al. "Child character building through the takaplager village children forum." *2nd Annual Conference on Social Science and Humanities (ANCOSH 2020)*. Atlantis Press, 2021.
[27] Ibid.
[28] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262. Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[29] *Ibid*.
[30] Ibid.
[31] Vaiko teisių konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989).
[32] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262. Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).

It should be noted that Lithuanian courts have discretion as to the age at which a child can be heard, as the law does not set an age limit[33]. A child's shame in expressing his or her opinion is individual. It is important to assess the maturity of the child. This maturity is determined by the age of the child. A child aged between 7 and 12 years is able to understand cause and effect[34]. It is established that the right to an opinion is a child's right, but not an obligation, and that the State has a duty to ensure the exercise of this right[35]. It should be noted that hearing the views of the child is linked to the child's right to be involved in matters concerning him or her. There have been attempts worldwide to improve the child's participation in decisions affecting him or her, but research has shown that the emotional well-being of the child is not good as a result of his or her involvement in decisions affecting him or her. When a child is informed of a decision, he or she feels unable to influence the decision because of his or her age and immature status[36]. A child's right to an opinion is therefore a right, not an obligation, and it is the State that must help ensure that this right is exercised. Having discussed the content of the child's right to an opinion, it is important to add that this right is linked to another principle of the best interests of the child[37]. Article 3 of the Convention on the Rights of the Child establishes the fundamental rule that the best interests of the child shall be a primary consideration in any action taken in respect of the child[38]. The case law of the Constitutional Court establishes that childhood is a constitutional value and the State is obliged to ensure the protection of the rights of the child; therefore, the State's aim and main objective is to ensure the best interests of the child[39]. The content of this fundamental norm is clarified in the legal doctrine of the Constitutional Court, which establishes the State's obligation to ensure that the legislator, when adopting legislation relating to the protection of the rights of the child, is guided

[33] Limantė, Agnė, and Aistė Račkauskaitė-Burneikienė. "Vaiko išklausymo reikalavimas šeimos bylose."*Teisė* 106 (2018): 99-113.
[34] Jasinskaitė, Beatričė, and Monika Ubavičiūtė. "Vaiko atvaizdo naudojimas reklamai socialiniuose tinkluose."*Teisės mokslo pavasaris 2021: Vilniaus universiteto Teisės fakulteto studentų mokslinė draugija:[straipsnių rinkinys]* (2021): 162-181.
[35] Ibid.
[36] Bijleveld, Ganna, et al. "Exploring the essence of enabling child participation within child protection services." *Child & Family Social Work* 25.2 (2020): 286-293.
[37] Ruškus, Jonas, et al. "VAIKO BALSO REIKŠMĖ VAIKO IR ŠEIMOS GEROVĖS POLITIKOS IR JOS ĮGYVENDINIMO KONTEKSTE." *Social Work. Experience & Methods/Socialinis Darbas: Patirtis ir Metodai* 27.1 (2021).
[38] Vaiko teisių konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989).
[39] Stripeikienė, Janina. "Vaiko interesus atitinkantis teisingumas: samprata, prielaidos ir kai kurie probleminiai aspektai."*Jurisprudencija* 28.1 (2021): 33-51.

by the principle of the primacy of the interests of the child[40].

The best interests of the child must not be understood as the fulfilment of all the child's wishes. The best interests of the child are the totality of all the rights and interests recognised in the child[41]. Another right of the child to know his/her parents is enshrined in Article 3.161, Part 2 of the Civil Code of the Republic of Lithuania. Article 7 of the Convention on the Rights of the Child states that the child shall, if possible, know his or her parents[42].

This right therefore guarantees the child's identity. The next right protected for children is the right to maintenance. Parental maintenance obligations are enshrined in national and international law. Article 27 of the Convention on the Rights of the Child also provides for the fulfilment of this obligation by stating that the parents of the child must ensure the child's living conditions[43]. Nationally, the obligation to maintain a child is regulated by Article 38 of the Constitution of the Republic of Lithuania, which stipulates that a child's parents have a duty to maintain their children until they reach the age of majority[44]. The constitutional provision does not establish the moment from which the parents' obligation to maintain the child arises, which is therefore provided for in Article 3.200 of the Civil Code of the Republic of Lithuania, which stipulates that the beginning of the maintenance shall be determined as from the date of the creation of the right to the maintenance[45]. The obligation to maintain a child therefore starts from the day the child is born. It should be noted that the obligation to maintain the child remains after separation from the parents or after the restriction of parental authority, except in the case of adoption[46].

Parental duties under Article 38 of the Constitution of the Republic of Lithuania „to bring up children to be decent people and loyal citizens, and to support them until they reach the age of majority“[47]. This is the first indication of

[40] Ibid.
[41] Senigaglia, Roberto. "La semantica giuridica della responsabilità genitoriale." *Annali online della Didattica e della Formazione Docente* 10.15-16 (2018): 6-19.
[42] Vaiko teisių konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989).
[43] Vaiko teisių konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989).
[44] Lietuvos Respublikos Konstitucija. Paskelbta valstybės aide 1992-11-10, Nr. 220-0. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2022-05-22. (1992).
[45] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262. Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[46] *Ibid*.
[46] Ibid.
[47] Lietuvos Respublikos Konstitucija. Paskelbta valstybės aide 1992-11-10, Nr. 220-0. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2022-05-22. (1992).

the content of parental authority. Article 3.155 of the Civil Code of the Republic of Lithuania establishes the components of parental authority: „ children are under the care of their parents until the age of majority or emancipation; parents have the right and the duty to bring up and care for their children in a decent manner, to take care of their health, to support them, and, taking into account their physical and mental condition, to create conditions conducive to their full and harmonious development, so as to prepare the child for an independent life in society“[48]. In order to understand the exclusive right and duty of parents in the upbringing of their children, it is important to know that children are under parental care until they reach the age of majority, as they do not have civil legal capacity. The Civil Code of the Republic of Lithuania sets out the cases in which children under the age of 18 may be recognised as having legal capacity, for example when they marry or become emancipated. The grounds for entering into marriage before the age of 18 are laid down in Article 3.14 of the Civil Code of the Republic of Lithuania, and the grounds for emancipation are laid down in Article 2.9 of the Civil Code of the Republic of Lithuania: 1) parenting and childcare; 2) child health care; 3) child maintenance; 4) ensuring the child's development and preparation for independent life in the State[49].

The first element of parental authority is the duty of parents to bring up and look after their children. This is enshrined in Article 18 of the Convention on the Rights of the Child, which states that the State shall impose on parents the duty to bring up their children and that parents shall assume responsibility for the upbringing of children[50]. It is a peculiarity of child upbringing that no legal act prescribes how children should be brought up, which is why it is necessary to be guided by Article 38, Part 1 of the Constitution of the Republic of Lithuania, which emphasises that children should be brought up to be honest people and loyal citizens[51]. Another element is the duty to ensure the child's health. Article 3.155, Part 2 of the Civil Code of the Republic of Lithuania stipulates that parental obligations are equal[52]. The Law on Health of the Republic of Lithuania states that ,,health - the physical, moral and social well-being of individuals and

[48] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262. Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[49] Kudinavičiūtė-Michailovienė, Inga, and Egidija Tamošiūnienė. *Šeimos bylų nagrinėjimo ir teismo sprendimų vykdymo ypatumai*. Mykolo Romerio universitetas, 2013.
[50] Vaiko teisių konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989).
[51] Lietuvos Respublikos Konstitucija. Paskelbta valstybės aide 1992-11-10, Nr. 220-0. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2022-05-22. (1992).
[52] Kudinavičiūtė-Michailovienė, Inga, and Egidija Tamošiūnienė. *Šeimos bylų nagrinėjimo ir teismo sprendimų vykdymo ypatumai*. Mykolo Romerio universitetas, 2013.

society“[53]. Given that the child does not have full civil capacity until the age of majority and that his/her parents are his/her legal representatives, parental consent is required in the area of health for the provision of health care to the child[54].

Another parental responsibility is the maintenance of children. Child maintenance is not only a parental duty but also an obligation, with one party as creditor and the other as debtor. In the present case, the child's parents are the debtors and the child is the creditor. Article 3.139 of the Civil Code of the Republic of Lithuania establishes the procedure for determining the mother of the child[55]. Article 3.192 of the Civil Code of the Republic of Lithuania establishes the period until which parents have to support their children. A child must be maintained by his or her parents until he or she reaches the age of 18 years, unless the child is emancipated or marries two years before reaching the age of majority[56].

The last element of the content of parental authority is ensuring the development of the child and preparing him/her for independent life in the State. In order to ensure the child's proper development and preparation for independent life in society, it is first necessary to define what the child's well-being is. The interpretation of the child's well-being is linked to the Convention on the Rights of the Child, which establishes that the fundamental principles protecting children are non-discrimination, the best interests of the child, the expression of the child's views and the right to live and grow. More specifically, child welfare covers many areas, but the main ones are ensuring the child's material well-being, health, education, housing, security[57]. Article 41 of the Constitution of the Republic of Lithuania establishes a mandatory rule of law that a child up to the age of 16 is obliged to go to school, and given that the child does not have the capacity to exercise his or her civil capacity, it is up to the child's parents, adoptive parents, or guardians to ensure that the child's parents, adoptive parents, or guardians exercise this obligation[58]. Article 29 of the Convention on the Rights of

[53] Lietuvos Respublikos sveikatos sistemos įstatymas. Paskelbtas valstybės žiniose 1994-08-17, Nr. 63-1231. Galiojanti redakcija nuo 2024-02-01 iki 2024-06-30. (1994).
[54] Kudinavičiūtė-Michailovienė, Inga, and Egidija Tamošiūnienė. *Šeimos bylų nagrinėjimo ir teismo sprendimų vykdymo ypatumai*. Mykolo Romerio universitetas, 2013.
[55] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262. Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[56] *Ibid*.
[57] Naujanienė, Rasa, and Jonas Ruškus. "VAIKO IR ŠEIMOS GEROVĖS SAMPRATOS ATSPINDŽIAI PRAKTIKOJE." *Social Work. Experience & Methods/Socialinis Darbas: Patirtis ir Metodai* 26.2 (2020).
[58] Lietuvos Respublikos Konstitucija (1999 m. sausio 14 d. Nr. VIII-1029). *Valstybės žinios*, 1992-02-03, Nr. 13-308, 41 str.

the Child states that it is important to ensure the right of the child to education. The exercise of this right contributes to the development of the child's mental and physical abilities, as well as respect for human rights, freedoms and principles. It also fosters respect for the child's biological parents and the State, and promotes the child's awareness of and ability to respect nature[59].

III. THE LEGAL MECHANISM FOR LIMITING PARENTAL AUTHORITY

Article 3.179, Part 1 of the Civil Code of the Republic of Lithuania regulates the separation of a child and specifies the conditions for separation: „in cases where the parents (father or mother) do not live with the child due to objective circumstances (illness, etc.) and it is necessary to decide where the child should live, the court may decide to separate the child from the parents (father or mother). If one parent has adverse circumstances and the other parent is able to live with and bring up the child, the child shall be separated only from the parent who is unable to bring up and be with the child"[60]. Because parental mental disorders exist all over the world, some countries separate children from their parents on the grounds of mental disorders, while others do not, because they want the child to grow up in a family. Family support should not only be financial but also psychological, as some mental disorders, such as schizophrenia, prevent parents from working and psychological support is needed to help them deal with life's problems[61].

According to research conducted by scientists worldwide, it has been noted that in the United States of America, about one million children are without parents because their parents are serving prison sentences Various studies are currently being carried out in order to determine the impact of this phenomenon on the development of the child[62]. The most common reasons for parental imprisonment relate to possession of narcotic substances and other types of crime[63]. Researchers have found that children with incarcerated parents experience more difficulties than children without incarcerated parents, e.g.

[59] Vaiko teisių konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989).
[60] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262. Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[61] Zarei, Shiva, et al. "Needs of Children of Parents with Schizophrenia." *Preventive Care in Nursing & Midwifery Journal* 11.3 (2021): 32-39.
[62] Poehlmann-Tynan, Julie, and Kristin Turney. "A developmental perspective on children with incarcerated parents."*Child Development Perspectives* 15.1 (2021): 3-11.
[63] Dailey, Anne C., and Laura A. Rosenbury. "The New Parental Rights." *Duke LJ* 71 (2021): 75.

children under the age of five with incarcerated parents are emotionally affected and hostile[64].

The fact that the parents are imprisoned for a crime introduces an element of guilt, and therefore, from a moral point of view, constitutes a reason for separating the child from his/her parents for other reasons. As regards imprisoned mothers, Baunach considers that imprisonment is not an indicator of parental incapacity, and suggests that the courts should assess the parents' relationship with their children prior to imprisonment and establish a causal link between the offence and the failure to perform parental duties[65]. The researcher's review of case law found that courts in the United States are not categorical towards incarcerated parents, i.e. parental incarceration does not constitute grounds for termination of paternity, and therefore courts do not object to incarcerated parents maintaining contact with their biological children[66].

Thus, an analysis of national and international legislation and legal doctrine has shown that there is no concept of separation between a child and his or her parents and no exhaustive list of objective and other circumstances, and it is therefore most appropriate to state that the separation of the parents from their children is a measure of a preventive nature, in the absence of an element of parental guilt, where the parents are unable to fulfil their rights and obligations towards the child and to ensure the best interests of the child and the child's residence with them, due to objective and other circumstances, such as illness and mental disorders, long distances, working abroad, lack of social skills, the breakdown of the child's close relationship with the other parent, or the serving of a sentence in a penal institution. Where objective and other circumstances arise, the court decision shall separate the child from the parents or one of them, restricting the child's right to live with them but preserving all the parents' personal and property rights.

Conditions for limitation of parental authority set out in Article 3.180, Part 1 of the Civil Code of the Republic of Lithuania:

1. parents avoid fulfilling their parental responsibilities;
2. parents abusing parental authority;
3. parents are cruel to their children;

---

[64] Poehlmann-Tynan, Julie, et al. "A developmental perspective on children with incarcerated parents."*Child Development Perspectives* 15.1 (2021): 3-11.
[65] Baunach, Phyllis Jo. *Mothers in prison*. Routledge, 2020.
[66] Ibid.

4. parents are immoral and neglect their children.

Article 3.180, Part 3 of the Civil Code of the Republic of Lithuania provides that the court shall take into account the circumstances of the case in the event of a violation of the conditions of Article 3.180, Part 1 of the Civil Code of the Republic of Lithuania and may impose preventive measures on the parents, such as the temporary or unlimited restriction of parental authority. A temporary restriction of parental authority shall be imposed where the court considers that the parents are likely to change in the future, and an indefinite restriction of parental authority shall be imposed where the court concludes that the parents are causing adverse damage to the child's development, are not caring for the child, and that there is no evidence that the child's parents will change[67].

To summarise, no legal act prescribes the wording of the restriction of parental authority, and it is therefore important to take into account the elements of the content of parental authority, such as the upbringing and care of the children, the child's health care, and the child's maintenance, when assessing the concept of restriction of parental authority, ensuring the child's development and preparing the child for independent life in society, as these are the totality of parental rights and obligations in the exercise of parental authority, and breach of these obligations entails parental liability, the conditions for which are laid down in Article 180, Part 1 of the Civil Code of the Republic of Lithuania.

The concept of child-rearing is not defined by international or national law. The introduction of this concept is considered to promote inequality between the child and the adult, as the adult is perceived as the subject and provider of knowledge, while the child is given the product of the adult's performance[68]. Article 38 of the Constitution of the Republic of Lithuania sets out the following parental duties: ,,to bring up children to be decent people and loyal citizens, and to support them until they reach the age of majority[69]". This Constitutional provision is the first reference to the totality of the elements of child-rearing. Article 3.155 of the Civil Code of the Republic of Lithuania details the aspects of upbringing: ,,children are under parental care until they reach the age of majority or emancipation. Parents have the right and the duty to bring up and care for their

[67] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262. Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[68] Pintar, Željka. "Adultized child of early and preschool age in the modern concept of upbringing and education." *Školski vjesnik: časopis za pedagogijsku teoriju i praksu* 71.1 (2022): 199-211.
[69] Lietuvos Respublikos Konstitucija. Paskelbta valstybės aide 1992-11-10, Nr. 220-0. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2022-05-22. (1992).

children in a good manner, to take care of their health, to support them, taking into account their physical and mental condition, to create conditions conducive to their full and harmonious development, in order to prepare the child for an independent life in society"[70]. Article 3.165 of the Civil Code of the Republic of Lithuania adds to the elements of the upbringing of children by adding the provision of the conditions for the child's education, and points out that parents, unlike other persons, shall be given priority in the performance of these obligations[71]. Thus, while the concept of child-rearing is not established, the parental duty to bring up children must be linked to elements such as the exercise of the duty to maintain the child, the cultivation of virtue, care for the child's health, and the guarantee of the child's right to education. In conclusion, it is established that parents who fail to fulfil their duty towards their child and to educate him or her give rise to the imposition of a restriction on parental authority, since the element of fault is established.

Article 163 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania regulates the restriction of parental authority due to parental abuse of parental authority. This Article states: ,,whoever abuses the rights or duties of the father, mother, guardian or custodian, or other legal representatives of the child, by physically or mentally abusing the child, by leaving the child unattended for a long period of time, or by any other similar act of cruelty to the child, shall be liable to a fine, or to a restriction or limitation of liberty, or to arrest, or to deprivation of liberty for a term not exceeding five years"[72]. We identify this offence based on the objective and subjective elements of the offence. The objective element of the offence is a dangerous act which consists in the abuse of one's rights and duties. The method of committing the offence is the physical or mental oppression of the child, leaving him or her unattended for a long period of time, and cruel treatment. Physical or mental anguish means mental or physical abuse of a prolonged duration. This feature is also mentioned in case law.

According to the case law of the Supreme Court of Lithuania, physical crushing of a child includes acts such as infliction of physical pain or minor bodily harm, and if a greater degree of bodily harm to a child is established, the

[70] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262 . Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[71] Ibid.
[72] Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso patvirtinimo ir įsigaliojimo įstatymas. TAR, 2000-10-25, Nr. 89-2741. Suvestinė redakcija nuo 2024-03-27 iki 2024-10-31. (2000).

consequences are classified separately[73]. Pursuant to Article 13 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania, the age of criminal responsibility is 16 years[74]. The subject of the offence is special, which means the child's legal representatives, which can be the child's mother, father, guardian, adoptive parent or stepmother. It is important to note that dilemmas arise with regard to the identification of the special subject. In the case of the Supreme Court of Lithuania in 2022, the prosecutor, in her complaint, noted that the State has not regulated the status of cohabitants and joint children conceived with other partners, and therefore, technically, according to Article 163 of the Criminal Code, a cohabitant cannot be a subject, although he or she is actually exercising paternal authority, and therefore must be punished under this article. Article 163 of the Penal Code should not be limited to the biological relationship of paternity, but should also cover the actual relationship. It is considered that, in criminal law, the stepparents of a child should also be regarded as parents, since they exercise parental rights and duties to bring up the child, which results in a de facto family relationship between them. The Court of Appeal was found to have interpreted the subject matter of Article 163 of the Criminal Code too narrowly[75]. Thus, if the elements of this offence are established, the person is prosecuted and subject to the deprivation of parental authority for violating the rights and legitimate interests of the child. Article 3.180 of the Civil Code of the Republic of Lithuania provides for the restriction of parental authority due to cruelty to children, and Article 163 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania provides for criminal liability for parents who cruelly treat their children, therefore, the legislator has foreseen that parents abusing their parental authority may be held liable in both civil and criminal proceedings. Article 19 of the Convention on the Rights of the Child states that States Parties shall take all appropriate measures to protect the child from all forms of violence and abuse of parental authority[76]. There are three types of abuse of parental authority: 1) physical or mental crushing of the child; 2) leaving a child unattended for long periods; 3) cruel treatment of a child [77].

Under Serbian law, abuse is defined as actions by parents that go beyond their rights, such as physical or emotional violence against a child, exploitation of a

[73] The decision of the Šiauliai District Court 2020 -04-01 in the case No. 1A-103-744/2020. R.V. v. R.V.
[74] Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso patvirtinimo ir įsigaliojimo įstatymas. TAR, 2000-10-25, Nr. 89-2741. Suvestinė redakcija nuo 2024-03-27 iki 2024-10-31. (2000).
[75] The decision of Lithuania Supreme Court 2022-11-29 in case No. 2K-7-196-303/2022. D.K. v. S.V.
[76] Vaiko teisių konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989).
[77] Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso patvirtinimo ir įsigaliojimo įstatymas. TAR, 2000-10-25, Nr. 89-2741. Suvestinė redakcija nuo 2024-03-27 iki 2024-10-31. (2000).

child by forcing him or her to work hard, or encouraging a child to commit crimes. There is no definitive list of examples of parental abuse, as life is unpredictable and each situation is assessed individually[78]. Researchers identify different forms of child abuse, such as bullying, keeping a child at home, and assigning difficult tasks[79]. It is considered that the form of cruelty to the child should be linked to the forms of violence. Article 3 of the Framework Law on the Protection of the Rights of the Child of the Republic of Lithuania establishes the following forms of violence against a child: 1) physical violence; 2) psychological violence; 3) neglect. These forms of violence are linked to abusive forms of parental authority[80].

Article 3.180, Part 1 of the Civil Code of the Republic of Lithuania stipulates that parental authority shall be limited on the grounds of immoral behaviour of parents[81]. This Article establishes that parental authority is limited on the grounds of neglect. Child neglect can take many forms, such as psychological abuse and maltreatment. Child neglect is manifested by the failure to perform certain acts and is perceived as neglect of the child to the detriment of the child. It is the failure to meet the child's emotional and psychological needs[82]. Article 2 of the Framework Law on the Protection of the Rights of the Child of the Republic of Lithuania establishes the concept of violence against a child: „the direct or indirect intentional infliction of physical, psychological or sexual harm on a child, whether by act or omission, if this has resulted in the death of the child, or has caused damage to the child's health or normal development, or has resulted in pain or danger to the child's life, health or normal development, or has brought the child into disrepute and/or dignity. Child abuse also includes neglect of a child. Acts of physical force and physical or mental pain inflicted on a child shall not be considered to constitute violence if they are intended to prevent a greater risk to the child's safety, health or life and cannot be achieved by other means“[83]. It is clear from the wording of this Article that child neglect is considered a form of

[78] Petrovic, Biljana, Milan Jecmenic, et al. "DEPRIVATION OF PARENTAL RIGHTS IN SERBIAN LAW."*Economic and Social Development: Book of Proceedings* (2021): 174-181.
[79] Grinevičiūtė, Kristina. Tėvų ar kitų vaiko atstovų baudžiamoji atsakomybė už žiaurų elgesį su vaiku. Diss. Mykolas Romeris University, 2016,79.
[80] Lietuvos Respublikos vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymas. Paskelbtas valstybės žiniose 1996-03-14, Nr. 33 – 807. Galiojanti redakcija nuo 2024-01-01 iki 2024-06-30. (1996).
[81] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262 . Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[82] Katiševskaja, Samanta, and Rasa Naujanienė. "VAIKO NEPRIEŽIŪROS DAUGIALYPIŠKUMAS SOCIALINIO DARBO PRAKTIKOS POŽIŪRIU." *Social Work. Experience & Methods/Socialinis Darbas: Patirtis ir Metodai* 27.1 (2021).
[83] Lietuvos Respublikos vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymas. Paskelbtas valstybės žiniose 1996-03-14, Nr. 33 – 807. Galiojanti redakcija nuo 2024-01-01 iki 2024-06-30. (1996).

violence. Article 3 of the Framework Law on the Protection of the Rights of the Child of the Republic of Lithuania specifies the forms of violence as physical, psychological, sexual violence and neglect[84].

Physical neglect of a child is thus understood as accidental injuries to the child, such as various bruises. Emotional neglect is perceived as a parent's disregard for the child's emotions. Sexual neglect is the inappropriate contact of a child with another person. Social neglect refers to parental neglect of the child's education, i.e. failure to fulfil the child's right to education[85]. Medical neglect is a parent's failure to care for a child's health [86]. The concept of child neglect is enshrined in Article 3 of the Framework Law on Protection of the Rights of the Child: ,,neglect means the persistent failure or negligence on the part of the parents or other legal representatives of the child, or the person responsible for the child's care, to meet the child's basic physical, emotional and social needs, which has resulted in the death of the child, or in the impairment of the child's health or normal development, or in the endangering of the child's life, health or normal development"[87].

Article 3, Part 1 of the Convention on the Rights of the Child stipulates that the best interests of the child must be a primary consideration in all actions concerning the child[88]. Article 9, Part 1 of this law imposes an obligation on Member States to ensure that a child is not unreasonably separated from his or her parents, unless the best interests of the child are at stake. Article 3, Part 1 of the Convention on the Rights of the Child stipulates that the best interests of the child must be a primary consideration in all actions concerning the child. Article 9, Part 1 of this law imposes an obligation on Member States to ensure that a child is not unreasonably separated from his or her parents, unless the best interests of the child are at stake [89].

Thus, the use of one form of parental authority restriction must be justified, as the separation of the child from his/her parents is a measure of a serious nature. The Civil Code of the Republic of Lithuania provides for two types of restriction of

---

[84] Ibid.
[85] Katiševskaja, Samanta, and Rasa Naujanienė. "VAIKO NEPRIEŽIŪROS DAUGIALYPIŠKUMAS SOCIALINIO DARBO PRAKTIKOS POŽIŪRIU." *Social Work. Experience & Methods/Socialinis Darbas: Patirtis ir Metodai* 27.1 (2021).
[86] Ibid.
[87] Lietuvos Respublikos vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymas. Paskelbtas valstybės žiniose 1996-03-14, Nr. 33 – 807. Galiojanti redakcija nuo 2024-01-01 iki 2024-06-30. (1996).
[88] Vaiko teisių konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989).
[89] Ibid.

parental authority: 1) separating a child from his or her parents; 2) limitation of parental authority. Separation is used when there is no parental fault and it is necessary to separate the child due to objective circumstances, such as parental illness, imprisonment, work abroad or a breakdown in the relationship. It is important to note that there is no exhaustive list of circumstances, which are determined on an individual basis. In contrast to the separation of a child from his or her parents, the deprivation of parental authority is subject to a finding of parental culpability, which is why, when assessing parental actions contrary to the rights and interests of the child, the legislator distinguishes between two forms of deprivation of parental authority. Article 3.180, Part 3 of the Civil Code of the Republic of Lithuania specifies the types of restriction of parental authority - temporary and indefinite[90]. Indefinite deprivation of parental authority applies when the court concludes that the parents are causing harm to the child and will not change their behaviour[91]. The difference between temporary and indefinite deprivation of parental authority is that when indefinite deprivation of parental authority is imposed, the child is entered in the register of children available for adoption and can be adopted without the parents' consent[92].

To summarise, it is established that there are two forms of deprivation of parental authority: separation of the child from his/her parents and restriction of parental authority. The difference between these forms is that the restriction of parental authority is based on the fault of the parents, whereas the separation of the child from the parents is based on objective circumstances. The analysis of national and international legislation and doctrines has therefore shown that there is no concept of separation of the child from the parents and no exhaustive list of objective circumstances, and that it is therefore most appropriate to state that the separation of the parents from the children is a measure of a preventive nature in the absence of an element of fault on the part of the parents in the case of objective circumstances, such as illness and mental disorders, distance from the place of residence, employment abroad, lack of social skills, the breakdown of the close relationship between the child and one of the parents, or the serving of a sentence in a prison, the parents do not fulfil their rights and obligations towards the child and are unable to ensure the child's best interests and the child's place of residence with them. In objective and other circumstances, the court decision

[90] Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262. Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000).
[91] Ibid
[92] Ibid.

separates the child from both or one parent, but preserves all the parents' personal and property rights. It should be noted that two types of proceedings may be brought before the court for the separation of a child from its parents. Pursuant to Article 3.182, Part 1 of the Civil Code of the Republic of Lithuania, an application may be submitted to the court[93], and an action is submitted to the court in accordance with Article 400 of the Code of Civil Procedure of the Republic of Lithuania [94], therefore, this conflict of laws must be resolved by the legislator laying down one specific form, so that it is clear to the parties involved in the case which procedural documents to submit to the court.

The conditions for the restriction of parental authority are laid down in Article 3.180 of the Civil Code of the Republic of Lithuania - parental failure to fulfil their duty to bring up their children, abuse of parental authority, cruel treatment of the child, detrimental influence on the child due to immoral behaviour and neglect. An analysis of the conditions for the restriction of parental authority has shown that the failure of the parents to fulfil their parental responsibility for bringing up the child leads to the restriction of parental authority. Although the concept of child-rearing is not laid down, the parental duty to bring up children should be linked to elements such as the maintenance of the child, the development of the child's virtues, the care of the child, the care of the child's health, and the safeguarding of the child's right to an education. An analysis of the conditions for the restriction of parental authority in the case of abuse of parental authority and cruel treatment of the child has shown that the violation of this condition is punishable by criminal liability under Article 163 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania. The analysis of the objective and subjective elements of the offence under this Article has shown that the subject of the offence in this offence is perceived only in terms of the paternal parental relationship, i.e. the blood relationship, and that it should also include factual relationships, and that therefore, in the context of the criminal law, the child's stepparents should also be considered as the parents, as they exercise the parental rights and duties of bringing up the child, and as a consequence of this, factual family relations are formed. The concept of child neglect is enshrined in Article 3 of the Law on the State Framework for the Protection of the Rights of the Child of the Republic of Lithuania, which defines child neglect as the persistent failure or

[93] Ibid.
[94] Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2002-04-06, Nr. 36-1340. Suvestinė redakcija nuo 2024-04-01 iki 2024-06-30. (2002).

negligent failure or neglect by the child's representatives to meet the child's essential physical, emotional and social needs to the detriment of the child. Child neglect has many aspects, such as physical, emotional, sexual, social and medical.

IV. LEGAL AND PRACTICAL PROBLEMS FACED BY THE COURTS IN CASES CONCERNING THE RESTRICTION OF PARENTAL AUTHORITY

Analysis of problems related to violence against children. Violence against children is a common phenomenon that is not always visible because it is hidden from the child's legal representatives, so in practice, the manifestations of violence are usually detected when the child suffers negative consequences. In the European Court of Human Rights case D. P. v. Lithuania No. 27920/08, the police investigator of the Kaunas City Police brought a criminal case against A. P. in 2001. In the case, it was established that the defendant had beaten his spouse ten times in the period from 1995 to 2003, he had beaten the minor children R. P. and E. P. four times, and he had beaten K. P. once. In 2003, the Kaunas District Court found A. P. guilty and sentenced him to two years' imprisonment suspended for two years. The defendant appealed, and the Kaunas Regional Court sent the case back to the Kaunas District Court for a new trial. The father's violent actions had caused harm to the children, as a psychological-psychiatric examination had revealed that the children had developed depression and post-traumatic stress syndrome. In the light of the changes in the legal framework of the Criminal Code, the offence has been reclassified under Article 138, Part 2, 1, 3 and 5 of the Criminal Code. As the statute of limitations had expired, the court found that the case had been brought by the interrogator and not by the court or the public prosecutor, and that there had been a violation of criminal procedure[95].

In 2007, the Kaunas District Court discontinued the criminal case because the statute of limitations for prosecution had expired. The case raises the problematic issue of the expiry of the statute of limitations, i.e. whether the expiry of the statute of limitations for prosecuting a person is a ground for not punishing a person for child abuse. The applicant appealed against the court's decision to discontinue the criminal proceedings because the defendant's violent acts continued and because the defendant incited his child R.P. to commit suicide. The Kaunas Police conducted a pre-trial investigation on incitement to suicide and did

[95] The decision of European Court of Human Rights 2013-10-22 No. 27920/08 D. P. v Lithuania.

not establish the elements of a criminal offence, therefore the Kaunas Regional Court discontinued the criminal case against A.P., where the defendant was accused of minor bodily harm, pursuant to Article 38, Part 2, 1, 3 and 5 of the Criminal Code (due to the statute of limitations having expired). The applicant appealed to the Supreme Court of Lithuania, which upheld the lower court's reasoning on the termination of the proceedings on the grounds that the case was time-barred[96].

In 2007, the applicant applied to the Kaunas City Police[97], because her husband ignored a court order banning him from contact with the children. He terrorised the children, which led to his son's suicide attempt and his admission to a psychiatric hospital. The public prosecutor opened a pre-trial investigation into incitement to suicide, but closed the investigation after finding no evidence of a criminal offence. In 2008, the Kaunas District Court banned the defendant from contact with his daughters, and in 2009, the applicant's son voluntarily withdrew from life. The applicant and her daughters brought an action for compensation for the damages they had suffered as a result of the actions of A. P. The Supreme Court of Lithuania awarded compensation to the applicants.

The applicant brought an action before the ECtHR alleging a violation of Article 6 of the Convention, i.e. a violation of the judicial procedure the delay of the trial until the limitation period had expired. In this case, the government submitted a unilateral declaration stating that it accepts responsibility for Articles 3 and 6 of the Convention and agreed to pay compensation to the victim and requested that the Court to remove the petition from the list of petitions. The Government indicated that it intended to take measures in the future, to ensure compliance with the provisions of the Convention, as domestic violence is classified as, as an offence of public importance, and therefore this type of offence must be investigated in the context of criminal proceedings and not private prosecutions[98].

In the other case, the Utena District Court ruled on the indefinite restriction of parental authority, the establishment of the child's place of residence, and the award of child support. The parties to the case were the plaintiff, the State Child Rights and Adoption Service (hereinafter referred to as the Service), and the defendants E. K., Ž. The factual circumstances of the case are that the defendants,

[96] The deciion of European Court of Human Rights 2013-10-22 No. 27920/08 D. P. v Lithuania.
[97] Ibid.
[98] Ibid.

the parents of the child, in 2019 applied to the Director of the Molėtai Independent Living Home for temporary accommodation, which the Director granted permission for. The child and his biological parents were placed in the Molėtai Children's Home for Independent Living. The Service carried out a threat level assessment of the family in 2019 and identified the first level of threat to the child. The Service was informed that the child's father had used physical violence against the child, and a pre-trial investigation under Article 140, Part 3 of the Criminal Code was opened. The defendant and her son were left in the Molėtai Children's Home for Independent Placement [99]. Subsequently, the family underwent a second threat level assessment, which found that the defendant had been violent towards the child, i.e. she had deliberately broken the child's leg while changing the child's nappy, which led to the child's hospitalisation.

The assessment of the facts of the case shows that the defendant has a behavioural disorder, which makes her unable to control her emotions and to raise the child independently. In 2019, the Service received a notification from the child's mother that she had abandoned the child. The court ordered the child to be removed from her parents, placed in care and placed in the Molėtai Children's Home for Independent Placement. The case establishes that the defendants lack social parenting skills and are not fulfilling their parental responsibilities and are not taking care of the child. The defendants have submitted their replies. The father of the child agreed with the application, while the mother of the child objected to the amount of child support to be ordered, as her income is lower than the amount of child support sought. The case alleges that the rights and interests of the child have been undermined by the parents' lack of social skills. The child's guardians stated in their reply that the lack of social skills of the biological parents caused the child to have seizures and to be afraid of the dark. The child now feels safe and well in the foster family and the persons concerned have expressed their wish to adopt the child. The court upheld the action in part[100].

The case law of the Supreme Court of Lithuania establishes that the court, when deciding on a case concerning the restriction of parental authority, must establish the factual circumstances and carry out an assessment thereof. In the above-mentioned case, it was established that the child's biological parents were young, unemployed, had no home of their own and lacked social skills. The court

[99] The decision of Utena District Court 2020-07-17 Case No. E2-1251-1093/2020 V. M. v. E. K. ir Ž. M.
[100] The decision of Utena District Court 2020-07-17 d. Case No. E2-1251-1093/2020.

found that the defendants had evaded their obligations and neglected the child.Two conditions for the restriction of parental authority were established. Parental fault in the form of neglect of the child, failure to cooperate with social workers, failure to provide child support and failure to fulfil the obligation to educate the child. The Court finds that the most appropriate measure in this situation is the indefinite restriction of parental authority[101]. In 2018, the Vilnius Regional District Court heard a criminal case of physical violence against a minor child. The accused father of the child stated that the violent acts were the result of the divorce process and the children's indiscipline, which is why the accused hit the child on the back. The child's biological mother testified in the case that she heard the child crying and ran to the child's room where she saw two red marks on the child's back. The witness contacted the law enforcement authorities because she was afraid of the accused[102].

During the trial, the accused submitted a reconciliation report with a request to discontinue the case, but the prosecutor disagreed with his request. Article 38 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania exempts a person from liability if he/she has admitted having committed a criminal offence, has voluntarily repaid the damage, and has reconciled with the victim. In the present case, the legal question is whether the totality of the conditions for exemption from criminal liability is sufficient to justify the defendant in avoiding responsibility for violence against his child. The Court found that where all the grounds for exemption from criminal liability are present, the court has the discretion, but not the obligation, to exempt the person from criminal liability. According to the Court, the defendant's claim that the violence against the child was a one-off incident was not sincere, since, according to the evidence in the case, the perpetrator used violence against the child for educational purposes. The Court decided to find the defendant guilty under Article 140, Part 3 of the Criminal Code of the Republic of Lithuania and to impose a fine on him and to oblige him to participate in a programme to modify his violent behaviour[103].

In a 2008 case, the Supreme Court of Lithuania decided on the conditions for the application of temporary restriction of parental authority. The facts of the case are that the applicant claimed that the defendant had left the family with his daughters in 2004 and had not communicated with them for about four years.

[101] Ibid.
[102] The decision of Vilnius Regional District Court 2018-09-14 d. Case No. 1-1363-983/2018 V. M. v. Ž. M.
[103] Ibid

According to the applicant, the defendant had a negative impact on his daughters by insulting them and not taking care of them. In the proceedings, the defendant filed a counterclaim for the establishment of access arrangements with his daughters. The district and appellate courts upheld the claim and rejected the counterclaim, and temporarily restricted parental authority. The Kaunas Regional Court found that the defendant did not care for his daughters and did not provide them with maintenance. The defendant's behaviour made his daughters feel insecure. The defendant lodged a cassation appeal and the applicant filed a defence to the cassation appeal[104] a complaint stating that the defendant had threatened and insulted her daughters. The present case raises a question of law as to the correct application of the substantive rules of law in the case of the restriction of parental authority. The Supreme Court has established that the grounds for limiting parental authority are laid down in Article 3.180 of the Civil Code of the Republic of Lithuania. In order to limit parental authority, it is necessary to establish parental culpability and failure to fulfil the obligation to care for the children. The Court held that the failure of a parent to fulfil his or her parental responsibilities towards his or her children through negligence or indifference constitutes fault. The Court finds that the Courts of First Instance and Appeal correctly applied the rules of law relating to the temporary restriction of parental authority[105].

The case of physical and sexual violence against children is set out in the Klaipėda District Court criminal case of the defendant who committed seven offences in violation of Articles 140, Part 3, 138, Part 2, 153, Part 1, 158, Part 4, 149, Part 4, 150, Part 4 and 259, Part 2 of the Criminal Code. The facts of the case are that in the period from 2012 to 2014 and in the period from 2014 to 2016, while under the influence of narcotic substances, the accused M.G. committed violent acts against his daughter I.G., i.e. he struck her in various parts of her body, causing her physical pain. In the period from 2012 to 2014, the accused kicked his spouse's son, D.G., and, after sitting on him, struck him, and in the period from 2014 to 2016, used physical violence against the minor, which was manifested by various acts, namely, hitting the child with his fists in various parts of the body, hitting the child's fingers with a carriage, and cutting the child's fingers with a knife intended for cutting paper[106].

[104] The decision of Lithuania Supreme Court 2008-05-30 in case No. 3K-3-236/2008. M. G. v A. S.
[105] Ibid.
[106] The decision of Klaipėda County Court 2018-02-01in case No. 1-30-255/2018.

Between 2012 and 2014, and between 2014 and 2016, while under the influence of narcotic substances, the accused committed an act of violence against his young daughter A. A., which manifested itself in various acts, i.e. hitting the child in various parts of the body, cutting her fingers with a knife intended for cutting paper, hitting her legs with a whip and a hose, hitting her with a brick The analysis of the case has revealed a continuity of the accused's actions against the victims and a lack of remorse, i.e. the accused has continuously violated the interests and rights of the children through his acts of crime against them. The commission of other offences involves sexual violence. Between 2012 and 2014 and between 2014 and 2016, M.G., under the influence of narcotic substances, fulfilled his sexual passion with his daughter I.G., i.e. he touched and caressed her body while naked and touched the minor's genitals with his sexual organ. Between 2014 and 2016, while under the influence of narcotic substances, the accused showed pornographic videos to his daughter. The accused M.G. in the period from 2012 to 2014 and from 2012 to 2016, while under the influence of narcotic substances, in his home, demonstrated on his computer an unspecified number of videos of pornographic content to his under-age daughter A.A., and asked her to touch his genital organ. It has been established that the accused committed the offence of sexual abuse against his young daughter on numerous occasions by using physical violence, i.e. by hitting her at least once in the head with his fist, kissing her and raping her. M.G. also illegally disposed of narcotic substances, cannabis[107].

The issue in this case was whether the sexual and physical violence suffered by the children had gone unnoticed. In the light of the witnesses' testimonies, it appears that the teachers took note of the children's behavioural changes and external injuries, but that no preventive measures were taken and that the children, intimidated by their stepfather, concealed the violent acts committed against them. The Court stated that the satisfaction of sexual passion by other forms of physical contact is most often manifested in the form of irritation to the male or female genitalia. In the present case, the Court found that the acts of sexual violence against the minor were repeated, so that several acts of sexual intercourse or several acts of sexual penetration are considered to constitute a single offence of a continuous nature. The Court, having assessed the circumstances of the case, found that at the beginning of the offences, when his daughter was about four years old and his stepdaughter was ten years old, the

[107] Ibid.

defendant was aware that his daughter and stepdaughter would not be able to defend themselves because of their immaturity and felt impunity.

In summary, it is established that children are weaker persons due to their young age and incapacity and are therefore unable to defend their rights and interests independently in the event of a violation of the rights and interests of the child. The State must take action to protect the rights of the child, as failure to do so has negative consequences for children's health [108]. To summarise, it is established that in case law, the problem of establishing parental violence against children is often encountered in the context of limiting parental authority. Violence against children takes many forms, such as physical or psychological abuse or sexual abuse. See it has been observed that before the negative consequences for children occur, the identification of violence simply it is difficult to detect violence because it is hidden. The negative effects on children over time also have an impact on their health. An analysis of case law shows that violence against children is caused by parental behavioural disorders, addictions to alcohol and drugs, a lack of social skills, and parenting attitudes that are passed down through generations. In the case law of cases involving the deprivation of parental authority, it has been observed that the guilty party is not always held accountable, e.g. in cases where the statute of limitations has run out, which is a ground for discontinuing the criminal proceedings, and the victim does not receive justice, leaving him or her with detrimental consequences that affect his or her physical and psychological well-being.

V. CONCLUSIONS

The definition of the concept of the restriction of parental authority has shown that no legal act establishes the wording of the restriction of parental authority, and therefore it is most appropriate to define the restriction of parental authority as an extreme preventive measure of preventive nature to be applied by the court exclusively for a limited period of time or of an indefinite duration in the event of a violation of at least one of the conditions for the restriction of parental authority, such as the avoidance of the duty of upbringing of the children, the abuse of parental authority, the abuse or abuse of power of the parent, the abuse of the parent, the abuse of the parent, cruelty to or the abuse or abuse of power of

[108] The decision of Klaipėda County Court 2018-02-01in case No. 1-30-255/2018.

the parent, or the failure to take care of the child.

An analysis of Article 3.155 of the Civil Code of the Republic of Lithuania reveals that the content of parental authority consists of the following aspects: the child's health care, the child's maintenance, the child's upbringing, the child's maintenance, the child's upbringing and care, the child's development, and the preparation of the child's development and the child's readiness for an independent life. An analysis of national Lithuanian legislation shows that the restriction of parental authority takes two forms. These are the separation of the child from the parents in the absence of parental fault and the restriction of parental authority in the presence of parental fault. The second type of parental authority restriction can be of a fixed term and of an indefinite term.

Having assessed the conditions of the legal regulation mechanism for the application of the procedure for the restriction of parental authority, it has been established that the conditions for the restriction of parental authority set out in Article 3.180, Part 1 of the Civil Code of the Republic of Lithuania are exhaustive. The difference between the limitation of parental authority for a fixed period and the limitation of parental authority for an indefinite period is that the limitation of parental authority for a fixed period is applied as a preventive measure, while the limitation of parental authority for an indefinite period is applied when the child is being harmed, when the parents are not caring for the child and when there is no evidence that the parents' behaviour will change.

The empirical study found that in practice, the restriction of parental authority is applied due to the problem of violence against children, and this problem should be addressed by correcting the Civil Code of the Republic of Lithuania by introducing the possibility of imposing incapacitation for parents who abuse alcohol and narcotic substances.

Thus, an analysis of national and international legislation and legal doctrine has shown that there is no concept of separation between a child and his or her parents and no exhaustive list of objective and other circumstances, and it is therefore most appropriate to state that the separation of the parents from their children is a measure of a preventive nature, in the absence of an element of parental guilt, where the parents are unable to fulfil their rights and obligations towards the child and to ensure the best interests of the child and the child's residence with them, due to objective and other circumstances, such as illness and mental disorders, long distances, working abroad, lack of social skills, the breakdown of the child's close relationship with the other parent, or the serving of

a sentence in a penal institution. Where objective and other circumstances arise, the court decision shall separate the child from the parents or one of them, restricting the child's right to live with them but preserving all the parents' personal and property rights.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

BAUNACH, Phyllis Jo. *Mothers in prison*. Routledge, 2020.

BİJLEVELD, GANNA, et al. "Exploring the essence of enabling child participation within child protection services." *Child & Family Social Work* 25.2 (2020): 286-293.

DAİLEY, Anne C., and Laura A. Rosenbury. "The New Parental Rights."*Duke LJ* 71 (2021): 75.

DZHUSKA, Kaminska, et al. "Modern concept of understanding the human right to life." *Wiadomości Lekarskie* 72.2 (2021): 1337-1342.

Europos Sąjungos vaiko teisių strategija (2021). Available online: https://commission.europa.eu/document/3f5b8720-5e4e-49a6-9660-795efff97842_lt, [accessed 2024-12-03].

GRİNEVİČİŪTĖ, Kristina. *Tėvų ar kitų vaiko atstovų baudžiamoji atsakomybė už žiaurų elgesį su vaiku*. Diss. Mykolas Romeris University, 2016, 79.

GUERCİNİ, Luana. "Responsabilità genitoriale e inadempimenti." *Quaderni Forensi Veliterni* 2.2 (2020) : 1-8.

HELLAND, Trond, et al. "A comparative analysis of the child protection systems in the Czech Republic, Lithuania, Norway, Poland, Romania and Russia." (2020) : 1-72.

JASİNSKAİTĖ, Beatričė, and Monika Ubavičiūtė. "Vaiko atvaizdo naudojimas reklamai socialiniuose tinkluose."*Teisės mokslo pavasaris 2021: Vilniaus universiteto Teisės fakulteto studentų mokslinė draugija:[straipsnių rinkinys]* (2021): 162-181.

KAMP, John B. "Patriarchy and Gender Law in Ancient Rome and Colonial America." *Iowa Historical Review* 8.1 (2020) : 43-57.

KATİŠEVSKAJA, Samanta, and Rasa Naujanienė. "Vaıko nepraežiūros daugıalypıškumas socıalınıo darbo praktıkos požıūrıu." *Social Work. Experience & Methods/Socialinis Darbas: Patirtis ir Metodai* 27.1 (2021).

KİRAL, Bilgen. "The Rights and Responsibilities of Parents According to the Views of Teachers." *Asian Journal of Education and Training* 5.1 (2019): 121-133.

KUDİNAVİČİŪTĖ-MİCHAİLOVİENĖ, Inga, and Egidija Tamošiūnienė. *Šeimos bylų nagrinėjimo ir teismo sprendimų vykdymo ypatumai*. Mykolo Romerio universitetas, 2013.

LATAKAİTĖ, Greta, and Lidiya Rimzhus. "Abortas–apsisprendimo laisvė ar nusikaltimas?." *Teisės mokslo pavasaris 2023* (2023): 7-28.

Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso patvirtinimo ir įsigaliojimo įstatymas. TAR,

2000-10-25, Nr. 89-2741 . Suvestinė redakcija nuo 2024-03-27 iki 2024-10-31. (2000). Available online: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.111555, [accessed 2024-12-03].

Lietuvos Respublikos civilinio kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2000-09-06, Nr. 74-2262 . Suvestinė redakcija nuo 2024-05-1. (2000). Available online: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.107687, [accessed 2024-12-03].

Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodekso patvirtinimo, įsigaliojimo ir įgyvendinimo įstatymas. TAR, 2002-04-06, Nr. 36-1340. Suvestinė redakcija nuo 2024-04-01 iki 2024-06-30. (2002). Available online: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActEditions/lt/TAD/TAIS.162435, [accessed 2024-12-03].

Lietuvos Respublikos Konstitucija. Paskelbta valstybės aide 1992-11-10, Nr. 220-0. Galiojanti suvestinė redakcija nuo 2022-05-22. (1992). Available online: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.1890/asr, [accessed 2024-12-03].

Lietuvos Respublikos sveikatos sistemos įstatymas. Paskelbtas valstybės žiniose 1994-08-17, Nr. 63-1231. Galiojanti redakcija nuo 2024-02-01 iki 2024-06-30. (1994). Available online: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.5905/asr, [accessed 2024-12-03].

Lietuvos Respublikos vaiko teisių apsaugos pagrindų įstatymas. Paskelbtas valstybės žiniose 1996-03-14, Nr. I – 1234. Galiojanti redakcija nuo 2024-01-01 iki 2024-06-30. (1996). Available online: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalActEditions/lt/TAD/TAIS.26397, [accessed 2024-12-03].

LİMANTĖ, Agnė, and Aistė Račkauskaitė-Burneikienė. "Vaiko išklausymo reikalavimas šeimos bylose."*Teisė* 106 (2018): 99-113.

Nusikalstamų veikų žinybinis registras. Open access. (2021). Available online: file:///C:/Users/User/Downloads/statistiniu-duomenu-apie-2021-m-uzregistruotas-nusikalstamas-veikas-kuriu-padarymu-itariami-kaltinami-nepilnameciai-apie-nepilnamecius-kurie-itariami-kaltinami-padare-nusikaltstama-veika-bei-nuo-nusikaltstamu-ve%20(4).pdf, [accessed 2024 12 03].

PALMİERİ, Valerio. "Il ruolo dell'educatore nel pensiero di Korczak." *CQIIA Rivista* 40 (2023): 79-88.

PETROVİC, Biljana, MİLAN Jecmenic, et al. "Deprıvatıon of parental rıghts ın serbıan law." *Economic and Social Development: Book of Proceedings* (2021): 174-181.

PİNTAR, Željka. "Adultized child of early and preschool age in the modern concept of upbringing and education." *Školski vjesnik: časopis za pedagogijsku teoriju i praksu* 71.1 (2022): 199-211.

POEHLMANN-TYNAN, Julie, and Kristin Turney. "A developmental perspective on children with incarcerated parents." *Child Development Perspectives* 15.1 (2021): 3-11.

Senigaglia, Roberto. "La semantica giuridica della responsabilità genitoriale." *Annali online della Didattica e della Formazione Docente* 10.15-16 (2018): 6-19.

STRİPEİKİENĖ, Janina. "Vaiko interesus atitinkantis teisingumas: samprata, prielaidos ir kai kurie probleminiai aspektai." *Jurisprudencija* 28.1 (2021): 33-51.

The decision of Utena District Court 2020-07-17 Case No. E2-1251-1093/2020 V. M. v. E. K. ir Ž. M.

The decision of European Court of Human Rights 2013-10-22 No. 27920/08 D. P. v Lithuania.

The decision of Klaipėda County Court 2018-02-01in case No. 1-30-255/2018.

The decision of Lithuania Supreme Court 2008-05-30 in case No. 3K-3-236/2008. M. G. v A. S.

The decision of Lithuania Supreme Court 2022-11-29 in case No. 2K-7-196-303/2022. D.K. v. S.V.

The decision of the Šiauliai District Court 2020 -04-01 in case No. 1A-103-744/2020. R.V. v. R.V.

The decision of Vilnius Regional District Court 2018-09-14 d. Case No. 1-1363-983/2018 V. M. v. Ž. M

VAIKO TEISIŲ konvencija. Paskelbta valstybės žiniose 1995-07-21, Nr. 60-1501. (1989). Available online: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.19848, [accessed 2024-15-03].

WADU, Ludovikus Bomans, et al. "Child character building through the takaplager village children forum." *2nd Annual Conference on Social Science and Humanities (ANCOSH 2020)*. Atlantis Press, 2021.

YAFFE, Yosi. "Parental authority: A contemporary integrative-theoretical conceptualization." *A closer look at parenting styles and practices* (2020): 73-96.

ZAREİ, Shiva, et al. "Needs of Children of Parents with Schizophrenia." *Preventive Care in Nursing & Midwifery Journal* 11.3 (2021): 32-39.

DALIA PERKUMIENĖ
Doctor of Law degree in private international law at Ghent University (Belgium)
Kazimieras Simonavičius University, Lithuania
dalia.perkumiene@vdu.lt
ORCID: 0000-0003-4072-3898

SAMANTA MORKŪNIENĖ
Kazimieras Simonavičius University, Lithuania
samanta.morkuniene@stud.ksu.lt
ORCID: 0000-0003-2374-4355

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 185-204
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.185

LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES COMO SERES SINTIENTES EN COLOMBIA

THE RIGHTS OF ANIMALS AS SENTIENT BEINGS IN COLOMBIA

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS
Universidad Tecnológica de Bolívar. Colombia

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

En Colombia, las normas referentes a los animales se crearon bajo la Constitución Política colombiana de 1886 y los consideraban como objetos semovientes desde principios liberales clásicos. Así, quien ostentara derechos reales sobre los animales, podría disponer de ellos sin más límite que los derechos de otras personas. Sin embargo, la Constitución Política colombiana de 1991 propende por interpretaciones auténticas adscritas al antiformalismo, las cuales han evidenciado que los animales no son meros objetos, sino que se catalogan como seres sintientes. Esta nueva categoría conlleva mandatos de bienestar animal que deben ser cumplidos por los seres humanos y en caso de incumplimiento tienen sanciones penales. De ahí se desprende la posibilidad que los animales en calidad de seres sintientes gozan de derechos constitucionales de obligatoria observancia y organizados en generaciones regulatorias que requieren de una posterior reglamentación.

Palabras clave: bienestar animal; seres sintientes; derechos constitucionales; interpretación auténtica; derechos de los animales.

ABSTRACT

In Colombia, the regulations regarding animals were created under the Colombian Political Constitution of 1886 and considered them as objects related to classical liberal principles. Thus, whoever held real rights over animals could dispose of them with no more limits than the rights of other people. However, the Colombian Political Constitution of 1991 favors authentic interpretations ascribed to anti-formalism, which have shown that animals are not mere objects, but are classified as sentient beings. This new category carries animal welfare mandates that must be complied with by humans and in case of non-compliance they have criminal sanctions. From this arises the possibility that animals as sentient beings enjoy constitutional rights of mandatory observance and organized in regulatory generations that require subsequent regulation.

Keywords: Animal welfare; sentient beings; constitutional rights; authentic interpretation; animal rights.

Sumario: 1. Introducción. 2. El contexto constitucional de los derechos en relación con los animales. 3. Los seres sintientes desde los derechos constitucionales. 4. Conclusiones. Referencias bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

El Código Civil colombiano, vigente desde 1887 hasta la actualidad, considera a los animales como objetos semovientes, es decir, que se mueven por sí solos. El hecho de que sean considerados objetos implica que sobre ellos recaen derechos reales, donde el principal es el derecho real de dominio[1]; los objetos con dueño se consideran bienes y aquellos que no lo tienen se consideran cosas. Lo problemático del asunto es que los dueños pueden ejercer sobre sus bienes los derechos reales que a bien tengan, pues la disposición de sus bienes está amparada por un amplio catálogo de facultades que incluyen el uso, el goce y el disfrute[2]. Y aunque en este ejercicio de derechos reales hay límites en relación

[1] Francisco Ternera y Fabricio Mantilla, «El concepto de derechos reales», *Revista de Derecho Privado* 36 (2006): 120.
[2] Andrés Pabón, «Justicia penal y propiedad privada a inicios de la construcción estatal en Colombia», *Revista de Historia del Derecho* 65, n.º 2 (2023): 36.

con la propiedad de las otras personas, existe un amplio concepto antropocentrista en virtud del cual cada cual puede hacer con sus bienes lo que su voluntad indique.

Cuando estas prerrogativas del derecho civil clásico se llevan al contexto de los animales, los derechos reales facultan a la persona que los ejerce para disponer libremente de esos bienes semovientes; la disposición puede implicar acciones tan diversas como voluntades y no se descartaría el maltrato, los tratos crueles y la muerte[3]. Por lo mismo, a través del tiempo los animales en calidad de bienes o cosas semovientes han sido equiparados a cualquier otro objeto sobre el cual se pueden ejercer a plenitud los derechos reales por parte de las personas y no ha existido mayor debate sobre este alcance en particular[4]. Sin embargo, recientemente el contexto constitucional colombiano ha empezado a cuestionar la visión del derecho civil clásico en torno a los animales y su relación con los seres humanos; se han planteado debates, hasta ahora incipientes, sobre los posibles límites a esos derechos reales.

En este sentido, las altas Cortes del Estado colombiano, en particular la Corte Constitucional, han planteado que los animales no son meros objetos, sino que en realidad son seres sintientes. Se trata de una categoría media entre los objetos y los seres humanos, pues a pesar de que se desmarca de los cuerpos ciertos inanimados, no asume la posibilidad de dotarlos de todas las prerrogativas existentes a favor de las personas humanas. Por lo tanto, surge la pregunta de investigación que pretende abordar este artículo, a saber: ¿cuáles son las implicaciones referentes a los derechos reales y personales al establecer la nueva categoría de seres sintientes desde el contexto del derecho constitucional colombiano vigente actualmente? Sobre el particular se formula una hipótesis con múltiples variables, pues indica que la categoría de seres sintientes limita los derechos reales de las personas humanas frente a ellos y asegura el reconocimiento de derechos constitucionales a favor de los animales.

Para validar esta hipótesis, y determinar si se acepta o se rechaza, este artículo adopta el siguiente objetivo general de investigación: determinar las implicaciones referentes a los derechos reales y personales al establecer la nueva categoría de seres sintientes en el contexto del derecho constitucional

[3] Nicolás Hernández, «Corridas de todos en Colombia: reflexiones críticas de las investigaciones en torno al tema toril», *Revista de Estudios Taurinos* 44 (2019): 271.
[4] Lucía Herrán, «Interacción humano-animal y prácticas de manejo bovino en subastas colombianas», *Revista de Investigaciones Veterinarias del Perú* 28, n.º 3 (2017): 578, doi: 10.15381/rivep.v28i3.13360.

colombiano vigente actualmente. En desarrollo de este objetivo general, los siguientes son los objetivos específicos que hacen las veces de estructura argumentativa del artículo: primero, delimitar jurídicamente el contexto constitucional de los derechos en relación con los animales desde las normas jurídicas vigentes actualmente en Colombia; y segundo, proponer una interpretación auténtica en torno a los derechos en relación con los animales en calidad de seres sintientes. Para el logro de estos objetivos se adopta un enfoque de investigación hermenéutico crítico, fundamento en métodos de investigación cualitativos, cuya principal estrategia de recolección de información es la revisión documental. Se advierte que se trata de una investigación adscrita a la iusteoría del antiformalismo, por lo cual no se descarta la posibilidad de generar derivaciones críticas a partir de la propuesta aquí planteada.

2. EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS EN RELACIÓN CON LOS ANIMALES

El ordenamiento jurídico colombiano ha sido integrado por diferentes sistemas jurídicos, uno por cada una de las Constituciones Políticas acogidas en el país. Lo relevante de esta relación entre el ordenamiento jurídico y sus sistemas radica en que a pesar de que se dan cambios constitucionales de la norma superior, las normas inferiores de rango legal permanecen y se deben adaptar al nuevo alcance iusteórico que se adopte en el Estado colombiano[5]. Este alcance iusteórico ha representado una pugna entre el formalismo y el antiformalismo, pues la Constitución Política colombiana de 1886 era marcadamente formalista y la de 1991 que la reemplazó tiene un enfoque contrario[6]. Ese formalismo de 1886 encontró su materialización en un modelo liberal clásico, la cual era la tendencia adoptada con cierto nivel de generalidad desde el Siglo XVIII en el norte global, haciendo referencia directa al contexto occidental europeo[7]. La característica fundamental de este alcance del liberalismo se encontraba en el respeto absoluto de la propiedad privada, sin más límite que los derechos reales de otras personas.

[5] Juan Perilla, «El Estado retado desde el constructivismo antiformalista: legitimidad y convicción», *Criterios* 14, n.º 1 (2021): 29.
[6] Juan Etcheverry, «Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial», *Díkaion* 29, n.º 2 (2020): 346, doi: 10.5294/dika.2020.29.2.1.
[7] Ferran Sáez y Marçal Sintes. «Pluralismo y verdad: del liberalismo clásico a la posmodernidad tardía», *Tópicos* 65, n.º 2 (2020): 433-450, doi: 10.21555/top.v650.2035.

Tal fue la relevancia del Estado liberal clásico adoptado por la Constitución Política colombiana de 1886 desde el formalismo, que una de las primeras normas en ser adoptada en el país fue aquella que precisamente buscaba garantizar la propiedad privada: el Código Civil. El enfoque privatista vigente en ese momento en el país llevó a que la Constitución Política de 1886 fuese un marco general y abstracto desplazado por el Código Civil, casi que en calidad de fuente absoluta de los derechos[8]. Esta relevancia del derecho civil se evidencia no solo en las prácticas profesionales vigentes desde ese momento, sino también en el ejercicio de derechos y la formación de abogados de la época; a manera de ejemplo se puede considerar que durante varios años solo podían votar aquellos que tuviesen propiedad privada y esto era, incluso es, el eje transversal de los planes de estudio de las facultades de derecho[9].

Siendo así, el derecho civil se constituyó en el criterio orientador de las relaciones humanas en la realidad colombiana, por lo cual acogió a los derechos reales como uno de sus principales fundamentos, por encima, incluso, de los derechos personales. Así, la preocupación jurídica de la época giraba en torno a los derechos que recaían sobre los bienes reales, más no los derechos que los humanos tenían por el hecho de ser personas[10]. Por lo mismo, los derechos reales otorgaban a las personas mayores garantías, prerrogativas incuestionables y estatus dentro del conglomerado social; quien fuese titular de derechos reales, tenía mayores posibilidades de desempeñarse plenamente que quienes no los tuviesen[11]. Y es en ese punto en el cual la aspiración de gran parte de los sujetos ha sido ostentar la categoría de dueños, constituyendo al derecho real de dominio como el punto máximo de realización personal en el contexto colombiano de finales del Siglo XIX y principios del XX.

> "En este orden de ideas, el principio de supremacía constitucional, implícito en los artículos 21 y 90 de la Constitución de 1886, "quedó destronado, por simple declaración legislativa"2. Fue por ello que se consideró necesario insertar el Título III de la Constitución, en la parte inicial del Código Civil, para que los jueces pudieran aplicar los derechos civiles y las garantías sociales, cumpliendo al mismo

[8] Ramiro Castaño, «A Propósito del Derecho Romano y el Origen del Código Civil Colombiano», *Revista Científica General José María Córdova* 3, n.º 3 (2005): 55.
[9] Juan Perilla, «Los centennials como un reto antiformalista para las Facultades de Derecho», *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 8, n.º 1 (2021): 19, doi: 10.5354/0719-5885.2021.61529.
[10] César Carranza y Francisco Ternera, «La posesión: medio y fin. Examen de la figura en Colombia y Perú», *Revista IUS* 6, n.º 29 (2012): 37.
[11] Jacqueline Blanco, «Los derechos civiles y políticos en la historia constitucional colombiana», *Revista Novum Jus* 3, n.º 1 (2009): 143.

> tiempo con el mandato de darle primacía a la norma legal. Tal situación persistió, hasta cuando se aprobó el Acto Legislativo 03 de 1910 que en su artículo 40 nuevamente consagró la primacía de la Constitución sobre la ley, pero de todas maneras el título III de la Constitución de 1886 siguió formando parte del Código Civil"[12].

Y es en ese contexto civilista clásico en el cual aparecen los objetos sobre los cuales se ejerce el derecho real de dominio, el cual se materializa a través del uso, el goce y el disfrute. Es en este punto en el cual se ubican los animales, pues el Código Civil colombiano los considera como objetos sobre los cuales se pueden ejercer derechos reales[13]; jurídicamente, los objetos pueden ser cosas si sobre ellos no recaen derechos reales y serán catalogados como bienes en la medida en que se ejerzan derechos reales sobre ellos. La única diferencia sustancial desde el derecho colombiano respecto de otros objetos es que los animales se mueven por sí solos, por lo tanto, se les da el alcance de cosas o bienes semovientes. De ahí se desprende, desde el derecho civil colombiano, un alcance antropocentrista en torno al ejercicio de derechos en relación con los animales.

En este sentido, el ser humano es el llamado a disponer de sus bienes semovientes de forma libre, voluntaria y autónoma sin mayores limitaciones legales que puedan ser interpretadas como contrarias al alcance liberal clásico del derecho. Este marco hermenéutico ha legitimado jurídicamente prácticas como el rejoneo, caza, coleo, corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas, tientas, riñas de gallos y otros relacionados generalmente con espectáculos referentes al entretenimiento[14]. Al mismo tiempo, las conductas lesivas de los animales para su adiestramiento, corrección y asuntos análogos. No se descartan las industrias ganaderas, avícolas y otras relacionadas con asuntos mercantiles relacionados con consumo de alimentos. En todas estas situaciones, y otras similares, es el ser humano el que dispone de lo que pueda o no suceder con un animal de su propiedad[15], pues en últimas sus derechos reales clásicos así lo legitiman, sin que el Estado liberal pueda interferir en ello.

---

[12] Clara Vargas, «La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el Código Civil colombiano», *Revista de Derecho Privado* 8 (2005): 6.
[13] Jhaslen Ramírez, «¿Cómo juzgar a un erizo?», *Revista CES Medicina Veterinaria y Zootecnia* 16, n.º 2 (2021): 116, doi: 10.21615/cesmvz.6467.
[14] Tirsón Duarte, «Derecho cultural y amparo del coleo en el marco de la protección animal en el ordenamiento jurídico colombiano», *Revista FORO* 34 (2021): 179, doi: 10.32719/26312484.2020.34.9.
[15] Javier González, «Los derechos de los animales en Colombia: una enmarañada serie de discursos», *Revista de Bioética y Derecho* 48 (2020): 248.

Estas normas de rango legal que fueron creadas bajo la Constitución formalista de 1886 permanecieron con el cambio constitucional de 1991, pero el alcance liberal del Estado fue reemplazado por un alcance social. Este nuevo alcance estatal conserva su sentido antropocentrista, aunque los derechos reales son subordinados constitucionalmente por los derechos personales[16]. La Constitución Política colombiana de 1991 acoge derechos constitucionales con fundamento en la persona humana y los divide en tres generaciones: la primera, referente a los derechos fundamentales[17]; la segunda, contempla derechos sociales, económicos y culturales[18]; y la tercera, constituye los derechos colectivos y del medio ambiente[19]. Aunque se podría interpretar que en la tercera generación se reconocen derechos de los animales, se descarta al considerar que en realidad se hace referencia a que el ser humano debe tener las condiciones ambientales suficientes para garantizar las condiciones para que pueda ejercer los derechos; ni los animales ni la naturaleza son considerados en 1991 como sujetos de derechos.

> "El paradigma antropocéntrico, aquel sobre el que se funda el derecho moderno y que posiciona al sujeto como el centro y fin absoluto de la creación, legitima la postura clásica de reconocimiento de derechos según la cual solo el ser humano es digno de ser titular de derechos subjetivos (...) Sin duda, esta es la premisa a partir de la cual el derecho moderno construye el sentido y orientación de su quehacer mediante la delimitación estratégica de qué formas de existencia participarán o no del acceso a la justicia. Esta centralidad ocupada por el sujeto produce entrampamientos y obstáculos que el derecho mismo con sus instrumentos no logra comprender del todo"[20].

Esta construcción por generaciones de los derechos constitucionales legitimó las normas de rango legal en torno a los animales como objetos sobre los cuales pueden ejercerse derechos reales por parte del ser humano, razón por la

---

[16] Juan Marín y José Trujillo, «El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar», *Revista Jurídica Derecho* 3, n.º 4 (2016): 62.
[17] Helio Caballero y Mónica Mojica, «El derecho a la salud, el litigio y el aporte de la Corte Constitucional colombiana: una revisión sistemática de literatura», *Revista Interface* 25 (2021): 8, doi: 10.1590/interface.200331.
[18] Emerson Cepeda y Walter Pérez, «Derechos sociales y justicia transicional: experiencias internacionales y el caso colombiano», *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales* 64, n.º 235 (2019): 360, doi: 10.22201/fcpys.2448492xe.2019.235.64051.
[19] John Restrepo, Sebastián Hurtado y Leonardo Vásquez, «El medio ambiente sano como derecho fundamental en Colombia», *Revista de Bioética y Derecho* 52 (2021): 297, doi: 10.1344/rbd2021.52.31986.
[20] Cecilia Monteagudo y Huyhua Muñoz, «Los derechos de la naturaleza y la necesidad de tramsitar hacia una nueva ontología», *Revista Kawsaypacha: Sociedad y Medio Ambiente* 11 (2023): 4, doi: 10.18800/kawsaypacha.202301.a005.

cual permanecen en el sistema jurídico propio de la nueva Constitución Política de 1991. Sin embargo, el alcance antiformalista de la nueva norma de normas ha permitido realizar ejercicios hermenéuticos que trascienden la formalidad de las leyes como textos estáticos[21]; el derecho puede tener interpretaciones dinámicas según la realidad desde y para la cual se dirigen. Y estas interpretaciones se realizan en la medida en que las normas escritas cuenten con lagunas que requieren de la vinculación de múltiples fuentes del derecho para dar interpretaciones auténticas[22]; se trata de una actividad a la cual pueden acceder diferentes operadores jurídicos, según cada asunto concreto. En el caso de los derechos constitucionales, estas interpretaciones auténticas han sido lideradas por la Corte Constitucional, en su calidad de tribunal encargado de la guarda de la norma de normas colombiana.

A la Corte Constitucional se puede acceder por diferentes vías, una a través de demandas abstractas de inconstitucionalidad y otra a través de la revisión de casos concretos de tutela. En cualquiera de los dos casos, este tribunal constitucional establece precedentes que amplían el texto constitucional, para que no se limite a ser un asunto exegéticamente escrito en un momento histórico, sino que pueda ser actualizado desde la actividad judicial cotidiana[23]; la realidad de 1991 no es exactamente igual de la realidad actual, por lo cual no se requiere cambiar la norma superior sino solo interpretarla según las nuevas condiciones en la cual se ubica. Y es de esta manera que la jurisprudencia constitucional ha actualizado desde interpretaciones antiformalistas el alcance antropocentrista de los animales como objetos semovientes sobre los cuales se pueden ejercer derechos reales[24]; aunque legalmente sigue existiendo el alcance civilista desde un enfoque formalista, el antiformalismo exigirá interpretaciones que trascienden la literalidad de la ley para comprender el sentido que actualmente se predica a este asunto particular.

No se ha tratado de un asunto pacífico ni que tenga una respuesta exacta, pues los precedentes jurisprudenciales tarden tiempo en consolidarse como una

[21] Juan Perilla, «El clientelismo político como un riesgo para el Estado constitucional de Derecho colombiano», *Krytyka Prawa* 15, n.º 4 (2023): 9, doi: 10.7206/kp.2080-1084.635
[22] Juan Perilla, «La protesta social como derecho fundamental desde la Corte Constitucional Colombiana», *Estudios de Deusto* 71, n.º 2 (2023): 153, doi: 10.18543/ed.2930.
[23] John Restrepo, Sebastián Hurtado y Leonardo Vásquez, «El medio ambiente sano como derecho fundamental en Colombia», *Revista de Bioética y Derecho* 52 (2021): 297, doi: 10.1344/rbd2021.52.31986.
[24] Dubán Rincón, «Los animales como seres sintientes en el marco del principio alterum non laedere: algunos criterios interpretativos», *Revista INCISO* 20, nº1 (2018): 59, doi: 10.18634/incj.20v.1i.842.

norma inequívoca de obligatorio cumplimiento. En este sentido, los primeros ejercicios hermenéuticos de actualización de la Corte Constitucional no se dieron en torno a los animales, sino en torno a elementos naturales, haciendo especial referencia a ríos, reservas, páramos, etc. En este caso, la Corte Constitucional reconoció de manera reiterada que se deben reconocer como sujetos de derechos a diferentes elementos naturales, en la medida en que sin ellos no es posible asegurar la vida humana[25]; si se seca un río la vida humana se ve en riesgo, por lo cual los ríos pueden ser en sí mismos sujetos de derechos constitucionales. Debe advertirse que se conserva el alcance antropocentrista, pues estos elementos naturales serán sujetos de derecho en la medida en que se requieren para que los seres humanos ejerzan sus propios derechos[26]. Sin embargo, lo que sí es cierto es que se abre un amplio margen de interpretación para que no solo la persona humana sea sujeto de derechos desde el alcance constitucional.

> "Así las cosas, es evidente que el alcance de la protección de los derechos de los ríos, en el marco del sistema colombiano, resulta tener efectos y repercusiones que se observan desde dos perspectivas. La primera, como surgimiento una de novedad jurídica que reconoce derechos a sujetos distintos a la especie humana, y la segunda, en la manifestación social, en razón de que se han creado políticas que conllevan acciones con el ánimo y objetivo de contrarrestar esta problemática, y velar por el cumplimiento de sus garantías reconocidas legal y constitucionalmente como sujetos autónomos en sí, y que forman parte de la cultura étnica que los aguarda"[27].

Se trata de una interpretación disruptiva no solo para el derecho civil clásico, sino también para el derecho constitucional; reconocer sujetos de derechos más allá de la calidad de ser humano representa una transformación jurídica notable. Esto representa un alcance menor para el ejercicio de los derechos reales, pues si algunos elementos naturales también son sujetos de derechos, la posibilidad de que los seres humanos ejerzan sobre ellos el uso, el goce y el disfrute encuentra un nuevo límite. Y es en este punto en el cual los animales trascienden la categoría de objetos semovientes para ser interpretados por la Corte

[25] Ángela Amaya, «Declaratoria de un ecosistema como sujeto de derechos: análisis del casos del Páramo de Pisba en Colombia», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 16, n.º 49 (2022): 165, doi: 10.35487/RIUS.V16I49.2022.725.
[26] Silvia Bagni, «Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia colombiana e indiana», *Revista Jurídica Derecho* 7, n.º 9 (2018): 36.
[27] David Mendieta y Mary Tobón, «El (des) control de constitucionalidad en Colombia», *Estudios constitucionales* 16, n.º 2 (2018): 82, doi: 10.4067/S0718-52002018000200051.

Constitucional como seres sintientes; la diferencia entre los animales y los demás objetos no es solo que se muevan por sí mismos, sino que sienten. Por lo mismo, el debate que se abordará en la siguiente sección es si esta nueva categoría jurídica referente de seres sintientes les otorga derechos a los animales.

3. LOS SERES SINTIENTES DESDE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

En el marco del sistema jurídico colombiano de la Constitución Política colombiana de 1991, los animales son considerados actualmente como seres sintientes. Esto representa un giro respecto de las definiciones del derecho civil clásico referentes a la categoría de semovientes, pues se trata de una interpretación auténtica propia del antiformalismo. La Corte Constitucional, en calidad de guardiana e intérprete de la norma de normas, actualiza los precedentes constitucionales en torno a los animales desde la conjugación de múltiples fuentes que trascienden la literalidad de las normas de rango legal y se empieza a proponer otro marco de interpretación a la relación del ser humano respecto de los seres sintientes[28]. No se trata de un precedente que tenga plena materialización, pues aún hay vacíos que han de ser subsanados desde un ejercicio normativo abstracto y desde la solución de casos concretos. No obstante, sí es un nuevo sentido jurídico a un asunto que había estado proscrito de manera casi exclusiva a la esfera privada de las personas.

Lo primero que se debe aclarar es que la categoría de seres sintientes no se refiere a sentimientos sino a sentidos, pues de lo contrario se haría referencia a seres sentimentales. Esto significa que los animales, al igual que el ser humano, gozan de sentidos en relación con las condiciones externas que se relacionen con ellos. En concepto de diferentes investigaciones académicas, se está en presencia de una definición insuficiente, pues se tiende a afirmar que los animales tienen tanto sentidos como sentimientos[29]. Pero otras interpretaciones confluyen en afirmar que más allá del término concreto, el contenido del precedente sí reconoce que los animales puedan tener tanto sentimientos como emociones[30]. Sin embargo, más allá de tomar una posición definitiva sobre una u otra

[28] Alirio Ceballos, «Otros sujetos de derecho o personas», *Estudios Socio-Jurídicos* 22, n.º 1 (2019): 333, doi: 10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7576.
[29] Carlos Lozano, «Derechos de los animales en Colombia: una lectura crítica en perspectiva ambiental», *Revista Derecho del Estado* 54 (2022): 353, doi: 10.18601/01229893.n54.11.
[30] María Chible, «Introducción al derecho animal: elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho», *Ius et Praxis* 22, n.º 2 (2016): 376, doi: 10.4067/S0718-00122016000200012.

perspectiva constitucional, este argumento reitera que el asunto configura un precedente jurisprudencial aún inacabado por tener debates pendientes. Sobre lo que sí se tiene certeza es que los animales sienten según las condiciones del entorno en el cual se encuentren, por lo cual deben ser garantizados a ellos unos mínimos de bienestar.

Estos mínimos de bienestar animal han sido enunciados desde la jurisprudencia constitucional a manera de listas no taxativas, así como por algunas normas de rango legal, sugiriendo condiciones mínimas que se desprenden desde mandatos constitucionales predicables del ser humano. Así, se le exige al ser humano que, desde los principios de solidaridad, respeto, justicia, entre otros, asegure garantías para que los animales puedan desarrollarse plenamente desde sus propias características naturales[31]. Estas garantías se pueden sistematizar en tres categorías fundamentales: primero, los mínimos fisiológicos referentes a la alimentación, hidratación, reproducción, descanso, entre otros; segundo, los mínimos de seguridad referentes a su integridad física, salud, cuidado, entre otros; y tercero, los mínimos de afiliación referentes al afecto, evitar el estrés, no tener miedo, entre otros. En términos teóricos, se trata de las tres categorías esperables para la supervivencia de un ser, entendidas dentro de las necesidades que superan las carencias[32].

> "Con la sentencia C-666 de 2010 se da un cambio crucial, pues la Corte Constitucional dejó de lado la idea instrumentalista con la que los animales solo eran considerados recursos destinados a satisfacer las necesidades de la humanidad, lo cual dio lugar a una nueva etapa jurisprudencial referente a la protección de los animales, y una modificación en la posición antropocentrista que había dominado por años, y, finalmente, afirmó que la protección de aquellos puede hacerse por sí misma, y no por razones de utilidad y beneficio que proporcionan al hombre. En tal sentido, se ha dicho, que la Constitución Política de 1991 vislumbra al medio ambiente como el lugar en donde se reúnen distintos elementos que posibilitan el avance de la vida en todo su esplendor, lo que hace que el mismo deba ser protegido per se y no solo por el hecho que le resulte útil a los seres humanos, tomando una postura de respeto, cuidado y preservación"[33].

[31] Brayan Herrera, «Derechos de los animales: la legislación nacional interna como barrera legal para el reconocimiento de la subjetividad jurídica animal», *Via inveniendi et iudicandi* 13, n.º 1 (2018): 63, doi: 10.15332/s1909-0528.2018.0001.02.
[32] Sergio Madero, «Percepción de la jerarquía de necesidades de Maslow», *Contaduría y Administración* 68, n.º 1 (2023): 239, doi: 10.22201/fca.24488410e.2023.3416.
[33] Germán Cifuentes, Luz Mantilla, Ingrid Rodríguez y Dayahana Valencia, «El mandato constitucional de protección animal en la jurisprudencia constitucional colombiana: análisis dinámico de líneas», *Justicia* 27, n.º 42 (2022): 183, doi: 10.17081/just.27.42.4769.

Ahora bien, el asunto recae en si estas garantías llevan a que los animales se constituyan, o por lo menos puedan ser entendidos, como sujetos de derechos en el sistema jurídico colombiano. Sobre la particular, la Corte Constitucional, y las normas jurídicas en general, han sido muy cautelosas en utilizar la palabra derechos para referirse a las garantías en mención, pues no las cataloga como tal sino como mandatos básicos de protección animal[34]. Así, el ser humano cuenta con un catálogo de deberes hacia los animales en calidad de seres sintientes y que se encaminan a satisfacer las necesidades según sus tres características de supervivencia. Por lo tanto, el ser humano puede seguir teniendo derechos reales sobre los animales, pero debe garantizar condiciones mínimas para su desarrollo natural pleno; se trata de un reconocimiento que conserva un vacío, pues a pesar de que existen deberes hacia los animales no hay en sí mismos una enunciación explícita de derechos.

Sin embargo, negar la existencia de derechos por su falta de enunciación expresa es un argumento formalista contrario a los preceptos antiformalistas predicables de la actual Constitución Política colombiana de 1991; para que un derecho exista la norma jurídica no ha de reconocerlo de forma escrita, pues los derechos existen por la existencia misma de su titular y no porque la voluntad humana así los reconozca[35]. Por lo tanto, se podría considerar que, para el caso de los animales, existen derechos innominados que llevan a que pueden ser considerados sujetos de derechos. Esto se justifica al considerar que la existencia de un deber implica la existencia de un derecho; si se le exige a los seres humanos que cumplan una serie de mandatos a favor de los animales, es porque los animales en calidad de seres sintientes tienen derecho a que esos mandatos sean materializados. En este sentido, puede estarse en presencia del reconocimiento de derechos innominados como una actualización hermenéutica del texto constitucional vigente en la actualidad.

Esta interpretación auténtica de los derechos de los seres sintientes podría ser fácilmente rechazada desde una visión antropocentrista, en virtud de la cual los seres humanos son aquellos legitimados para tener derechos de primera, segunda y tercera generación. Sin embargo, si se considera la existencia de una diversidad de sujetos de derechos en el sistema jurídico, se podrá al mismo

[34] Juan Sarmiento, «Control constitucional y oportunidad política, entre las sentencias exhortativas y omisiones legislativas desde la experiencia colombiana», *Estudios constitucionales* 21, n.º 1 (2023): 120, doi: 10.4067/S0718-52002023000100111.
[35] Alfonso Fajardo, «Un principio y un derecho innominado», *Revista Republicana* 34 (2023): 110, doi: 10.21017/rev.repub.2023.v34.a140.

tiempo considerar la existencia de una multiplicidad de esquemas de reconocimiento de derechos[36]; los derechos no deberán ser interpretados desde la realidad de un solo sujeto, sino que deben ser comprendidos desde las condiciones contextuales de cada sujeto en particular. Así, sería una falsa analogía interpretar los derechos de los seres humanos bajo los mismos criterios de otros sujetos de derechos como lo pueden ser la naturaleza, los elementos naturales como los ríos o los animales en calidad de seres sintientes. Cada uno de estos sujetos tiene una estructura particular de derechos, que no han de ser analogizados sino garantizados desde su propia condición.

> "Si realmente se pretende la consolidación de un sistema de protección integral a favor de la naturaleza, se deberá garantizar la legitimidad por activa para demandar la defensa de las entidades naturales sujetos de derecho a cualquier persona, que haya advertido vulneración alguna o que requiera la intervención judicial como mecanismo de garantía secundaria de los derechos reconocidos. La razón que sustenta el reconocimiento de derechos a la naturaleza es el valor intrínseco de todo ser viviente, con independencia de la función o utilidad que pueda prestar a los intereses económicos del Estado o de los particulares"[37].

Tal es la viabilidad interpretativa de la existencia de derechos a favor de los seres sintientes, que el mismo ordenamiento jurídico colombiano prevé consecuencias para el incumplimiento de los deberes de garantizar su bienestar. Así, el sistema jurídico colombiano actual contempla el maltrato animal como un delito, el cual se configura cuando algún ser humano incumple con los mandatos a ellos exigibles a favor de los seres sintientes[38]. Si existe un delito por el incumplimiento de un deber, existe un derecho en calidad de bien jurídico tutelado. Por lo mismo, y aunque expresamente no sea positivizado en un contexto antropocentrista, el Colombia sí existe un conjunto de derechos innominados a favor de los seres sintientes que lleva a que los animales sean sujetos de derechos. Tal afirmación se justifica al considerar que para la garantía de estos derechos innominados existen deberes exigibles a otros y en caso de incumplimiento se tienen sanciones previstas para proteger un bien jurídico superior.

---

[36] Juan Sarmiento, «La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza: aportes desde el constitucionalismo colombiano», *Estudios Constitucionales* 18, n.º 2 (2020): 230, doi: 10.4067/S0718-52002020000200221.
[37] Juliana Zapata, «La naturaleza titular de derechos como mecanismo de protección integral», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 53, n.º 139 (2023): 6, doi: 10.18566/rfdcp.v53n139.a07.
[38] Carlos Contreras, «Colombia: animales como seres sintientes protegidos por el derecho penal», *DA. Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies* 7, n.º 1 (2016): 3.

Llegar a este planteamiento implica una comprensión auténtica de los derechos constitucionales, pues empieza a determinarse que tanto los seres humanos como los animales gozan de derechos reconocidos desde el máximo nivel normativo. Sobre el particular se debe considerar que los pronunciamientos de la Corte Constitucional hacen parte íntegra de la Constitución Política de 1991, desde la teoría de la doctrina constitucional que interpreta el texto original desde las realidades cambiantes del contexto en el cual está inmersa. Y aunque no serán derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos o del medio ambiente en los términos reconocidos para los seres humanos, sí se pueden considerar como derechos fisológicos, de seguridad y de afiliación; los animales también tendrían sus propias generaciones de derechos constitucionales, aunque con una única acción de protección desde el contexto meramente penal. Se trata de una situación esperable de las interpretaciones auténticas, las cuales pueden ser reconocidas paulatinamente y esperarán por un desarrollo más detallado a medida que el tiempo pasa.

Este desarrollo será indispensable para la validación futura de las generaciones de derechos de los seres sintientes, pues se espera que los derechos se clasifiquen por generaciones en la medida en que existan acciones y vías procesales diferenciadas para asegurar su materialización. Sin embargo, esto es un asunto de reglamentación que en nada afecta la aparente regulación existente actualmente; recuérdese que a nivel constitucional se tienen a generar regulaciones que establecen marcos en los cuales se generan luego reglamentaciones casi siempre legales o jurisprudenciales que conllevan detalles desde casos específicos. Por lo tanto, se sugiere que los animales, en su calidad de seres sintientes, cuentan con un entramado de derechos innominados de rango constitucional que configuran un nuevo esquema de derechos adicional y paralelo a las visiones antropocentristas generalmente vigentes en el sistema jurídico colombiano. El reto es asegurar su plena materialización a través de ejercicios de reglamentación posteriores.

Se puede concluir de esta manera que, desde el nivel constitucional, en el sistema jurídico colombiano actual trasciende la comprensión civil clásica que plantea que los animales son meros objetos semovientes. Esto se justifica al considerar que existe un precedente constitucional incipiente pero reiterado que reconoce a los animales como seres sintientes, a favor de los cuales los seres humanos deben cumplir una serie de mandatos para su protección. Estos mandatos pueden ser clasificados en tres categorías: la primera, referente a los asuntos fisiológicos, la segunda, referente a los asuntos de seguridad; y la tercera,

propia de los asuntos de afiliación. Aunque esta enunciación de deberes es expresa, la falta de derechos correspondientes a estos deberes sugiere que se está en presencia de la figura de innominados. Estos derechos innominados se justifican en la medida en que no solo existen exigencias a favor de sujetos concretos, sino también consecuencias por su incumplimiento. Por lo tanto, se sugiere la configuración de un marco interpretativo que requiere ser reglamentado para que a través del tiempo se materialicen las aspiraciones de protección a favor de los animales en calidad de seres sintientes.

4. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico colombiano se compone de diferentes sistemas jurídicos, uno por cada una de las Constituciones Políticas aprobadas en el país y que determinan tanto la iusteoría aplicable a las normas como el tipo de Estado. Así, las dos últimas Constituciones colombianas han configurado una pugna iusteórica entre el formalismo y el antiformalismo, que llevan a tener impactos concretos en el modelo de Estado liberal y social. Esto se justifica al considerar que la Constitución Política colombiana de 1886 se adscribía a una iusteoría formalista que protegía al Estado liberal desde preceptos a favor de la propiedad privada, mientras que la Constitución Política colombiana de 1991 se adscribe a una iusteoría antiformalista que pretende que el Estado social responda a la realidad. A pesar de estas pugnas iusteóricas, ambas constituciones confluyen en la visión antropocentrista de reconocimiento, ejercicio y garantía de los derechos.

En el caso concreto de los animales, las normas legales, aún vigentes en Colombia, fueron creadas bajo el amparo de la Constitución Política colombiana de 1886. Consecuentemente, los animales eran considerados como objetos sobre los cuales se podían ejercer derechos reales por parte de los seres humanos, sin más límite que los derechos de otros seres humanos. Por lo mismo, los animales se consideraban desde el derecho civil clásico como cosas cuando no pertenecían al patrimonio de nadie y como bienes cuando sobre ellos se ejercían derechos de dominio, uso, goce o disfrute; independientemente de que los animales fuesen cosas o bienes, en ambos casos se denominaban semovientes por moverse por sí mismos. Así, ostentar derechos reales sobre un semoviente legitimaba al ser humano para disponer de él sin mayor injerencia por parte del Estado; el Estado liberal garantizaba la propiedad privada, más allá de determinar cómo ejercerla o no.

Estas normas eran esperables de la Constitución Política colombiana de 1886, pues el liberalismo que la caracterizaba debía proteger la propiedad privada. Lo relevante del asunto es que cuando entra a regir la actual Constitución Política colombiana de 1991, las disposiciones jurídicas en torno a los animales no cambian sustancialmente de inmediato; el alcance social del nuevo Estado no centraba su atención más allá de los derechos del ser humano que se clasificaron en tres generaciones. Sin embargo, la iusteoría antiformalista de esta nueva Constitución sí permitiría generar interpretaciones auténticas desde fuentes diferentes al legislador tradicional. Tal es el caso de la Corte Constitucional, pues en su calidad de guardiana e intérprete de la norma de normas asume la tarea de generar interpretaciones según el tiempo actual. Estas interpretaciones se pueden realizar desde sentencias de control constitucional abstracto o de tutelas aplicadas a casos concretos, que en conjunto constituyen precedentes jurisprudenciales que hacen parte íntegra de la Constitución.

A través de estos pronunciamientos, la Corte Constitucional reconoció que los animales no son solamente objetos que se mueven por sí mismos, sino que son seres que sienten. Aunque desde una perspectiva inicial se hace referencia a los sentidos que permiten percibir el entorno en el cual se encuentran los animales, existen interpretaciones que sugieren que se vinculan también sentimientos y emociones. Independiente del alcance que se le quiera dar a la categoría de seres sintientes, lo cierto es que ha llevado a que existan mandatos para que el ser humano garantice el bienestar animal. El hecho que existan mandatos que conllevan deberes a favor de unos sujetos, sugiere que haya derechos a favor de quienes están siendo protegidos. Y este planteamiento asume especial relevancia si se considera que el incumplimiento de los mandatos lleva a que se apliquen sanciones penales, cuyo bien jurídico tutelado es precisamente una prerrogativa a favor de los animales.

De ahí que se sugiera que los animales en calidad de seres sintientes gozan de derechos innominados, que al ser reconocidos por la Corte Constitucional en calidad de doctrina constitucional, hacen parte íntegra de la norma de normas. Estos derechos serían descartables desde el formalismo, pues al no estar positivizados no podrían existir jurídicamente. No obstante, desde el antiformalismo serían plausibles por tratarse de la posibilidad de llenar una laguna jurídica desde interpretaciones mediadas por múltiples fuentes del derecho. Para que esta visión antiformalista sea plausible, debe evitarse una interpretación sesgada desde los derechos humanos y contemplar la posibilidad de tener derechos para una diversidad de seres más allá de lo humano. Esta diversidad sugeriría

generaciones de derechos diferentes a las de los seres humanos, en donde se pueda hablar de las categorías de derechos fisiológicos, de seguridad y de afiliación. Sin embargo, esto es solo un marco regulatorio que para que pueda alcanzar su materialización plena requiere una reglamentación que sería alcanzada con posterioridad desde múltiples fuentes jurídicas

De esta forma se responde a la pregunta de investigación, al tiempo que se valida la hipótesis según la cual la categoría de seres sintientes limita los derechos reales de las personas humanas frente a ellos y asegura el reconocimiento de derechos constitucionales a favor de los animales. Este planteamiento permite evidenciar un desarrollo del objetivo general y de los objetivos específicos, al tiempo que plantea un reto antiformalista para comprender de manera disruptiva el reconocimiento de derechos en el sistema jurídico colombiano actual. Se abre la posibilidad para comprender que el contexto actual va más allá de los intereses y necesidades del ser humano, dado que las concepciones antropocentristas del derecho pueden ser complementadas desde una diversidad de sujetos no humanos que en sí mismos requieren protección constitucional. Se trata de un primer punto de partida que abre la posibilidad para que desde la consolidación de interpretaciones auténticas, se superen los vacíos jurídicos hacen parte del contexto actual, sea para reiterar, controvertir o proponer alternativas a lo aquí planteado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaya, Ángela. «Declaratoria de un ecosistema como sujeto de derechos: análisis del casos del Páramo de Pisba en Colombia», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 16, n.º 49 (2022): 155-175, doi: 10.35487/RIUS.V16I49.2022.725.

Bagni, Silvia. «Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia colombiana e indiana», *Revista Jurídica Derecho* 7, n.º 9 (2018): 33-53.

Blanco, Jacqueline. «Los derechos civiles y políticos en la historia constitucional colombiana», *Revista Novum Jus* 3, n.º 1 (2009): 133-160.

Caballero, Helio y Mónica Mojica. «El derecho a la salud, el litigio y el aporte de la Corte Constitucional colombiana: una revisión sistemática de literatura», *Revista Interface* 25 (2021): 1-14, doi: 10.1590/interface.200331.

Carranza, César, y Francisco Ternera. «La posesión: medio y fin. Examen de la figura en Colombia y Perú», *Revista IUS* 6, n.º 29 (2012): 30-47.

Castaño, Ramiro. «A Propósito del Derecho Romano y el Origen del Código Civil Colombiano», *Revista Científica General José María Córdova* 3, n.º 3 (2005): 54-57.

Ceballos, Alirio. «Otros sujetos de derecho o personas», *Estudios Socio-Jurídicos* 22, n.º 1 (2019): 321-351, doi: 10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7576.

Cepeda, Emerson, y Walter Pérez. «Derechos sociales y justicia transicional: experiencias internacionales y el caso colombiano», *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales* 64, n.º 235 (2019): 354-369, doi: 10.22201/fcpys.2448492xe.2019.235.64051.

Chible, María. «Introducción al derecho animal: elementos y perspectivas en el desarrollo de una nueva área del Derecho», *Ius et Praxis* 22, n.º 2 (2016): 373-414, doi: 10.4067/S0718-00122016000200012.

Cifuentes, Germán, Luz Mantilla, Ingrid Rodríguez y Dayahana Valencia. «El mandato constitucional de protección animal en la jurisprudencia constitucional colombiana: análisis dinámico de líneas», *Justicia* 27, n.º 42 (2022): 181-200, doi: 10.17081/just.27.42.4769.

Contreras, Carlos. «Colombia: animales como seres sintientes protegidos por el derecho penal», *DA. Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies* 7, n.º 1 (2016): 1-21.

Duarte, Tirsón. «Derecho cultural y amparo del coleo en el marco de la protección animal en el ordenamiento jurídico colombiano», *Revista FORO* 34 (2021): 169-192, doi: 10.32719/26312484.2020.34.9.

Etcheverry, Juan. «Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial», *Díkaion* 29, n.º 2 (2020): 336-351, doi: 10.5294/dika.2020.29.2.1.

Fajardo, Alfonso. «Un principio y un derecho innominado», *Revista Republicana* 34 (2023): 107-127, doi: 10.21017/rev.repub.2023.v34.a140.

González, Javier. «Los derechos de los animales en Colombia: una enmarañada serie de discursos», *Revista de Bioética y Derecho* 48 (2020): 245-260.

Hernández, Nicolás. «Corridas de todos en Colombia: reflexiones críticas de las investigaciones en torno al tema toril», *Revista de Estudios Taurinos* 44 (2019): 265-296.

Herrán, Lucía. «Interacción humano-animal y prácticas de manejo bovino en subastas colombianas», *Revista de Investigaciones Veterinarias del Perú* 28, n.º 3 (2017): 571-585, doi: 10.15381/rivep.v28i3.13360.

Herrera, Brayan. «Derechos de los animales: la legislación nacional interna como barrera legal para el reconocimiento de la subjetividad jurídica animal», *Via inveniendi et iudicandi* 13, n.º 1 (2018): 55-93, doi: 10.15332/s1909-0528.2018.0001.02.

Lozano, Carlos. «Derechos de los animales en Colombia: una lectura crítica en perspectiva ambiental», *Revista Derecho del Estado* 54 (2022): 345-380, doi: 10.18601/01229893.n54.11.

Madero, Sergio. «Percepción de la jerarquía de necesidades de Maslow», *Contaduría y Administración* 68, n.º 1 (2023): 235-259, doi: 10.22201/fca.24488410e.2023.3416.

Marín, Juan, y José Trujillo. «El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar», *Revista Jurídica Derecho* 3, n.º 4 (2016): 53-60.

Mendieta, David, y Mary Tobón. «El (des) control de constitucionalidad en Colombia», *Estudios constitucionales* 16, n.º 2 (2018): 51-88, doi: 10.4067/S0718-52002018000200051.

Monteagudo, Cecilia, y Huyhua Muñoz. «Los derechos de la naturaleza y la necesidad de tramsitar hacia una nueva ontología», *Revista Kawsaypacha: Sociedad y Medio Ambiente* 11 (2023): 1-22, doi: 10.18800/kawsaypacha.202301.a005.

Pabón, Andrés. «Justicia penal y propiedad privada a inicios de la construcción estatal en Colombia», *Revista de Historia del Derecho* 65, n.º 2 (2023): 13-48.

Pereira, Duanys, Sharith PEÑALOZA, y Álvaro MÉNDEZ. «Marco de protección jurídica y constitucional de los Ríos: Nuevos sujetos de Derecho con Especial Protección a partir de la normativa nacional y el derecho comparado», *Prolegómenos* 25, n.º 49 (2022): 27-37, doi: 10.18359/prole.5651.

Perilla, Juan. «El Estado retado desde el constructivismo antiformalista: legitimidad y convicción», *Criterios* 14, n.º 1 (2021): 21-36.

Perilla, Juan. «Los centennials como un reto antiformalista para las Facultades de Derecho», *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 8, n.º 1 (2021): 11-28, doi: 10.5354/0719-5885.2021.61529.

Perilla, Juan. «El clientelismo político como un riesgo para el Estado constitucional de Derecho colombiano», *Krytyka Prawa* 15, n.º 4 (2023): 7-20, doi: 10.7206/kp.2080-1084.635

Perilla, Juan. «La protesta social como derecho fundamental desde la Corte Constitucional Colombiana», *Estudios de Deusto* 71, n.º 2 (2023): 147-165, doi: 10.18543/ed.2930.

Ramírez, Jhaslen. «¿Cómo juzgar a un erizo?», *Revista CES Medicina Veterinaria y Zootecnia* 16, n.º 2 (2021): 114-119, doi: 10.21615/cesmvz.6467.

Restrepo, John, Sebastián Hurtado, y Leonardo Vásquez. «El medio ambiente sano como derecho fundamental en Colombia», *Revista de Bioética y Derecho* 52 (2021): 287-301, doi: 10.1344/rbd2021.52.31986.

Rincón, Dubán. «Los animales como seres sintientes en el marco del principio alterum non laedere: algunos criterios interpretativos», *Revista INCISO* 20, n°1 (2018): 57-69, doi: 10.18634/incj.20v.1i.842.

Sáez, Ferran, y Marçal SINTES. «Pluralismo y verdad: del liberalismo clásico a la posmodernidad tardía», *Tópicos* 65, n.º 2 (2020): 435, doi: 10.21555/top.v650.2035.

Sarmiento, Juan. «La protección a los seres sintientes y la personalización jurídica de la naturaleza: aportes desde el constitucionalismo colombiano», *Estudios Constitucionales* 18, n.º 2 (2020): 221-264, doi: 10.4067/S0718-52002020000200221.

Sarmiento, Juan. «Control constitucional y oportunidad política, entre las sentencias exhortativas y omisiones legislativas desde la experiencia colombiana», *Estudios*

constitucionales 21, n.º 1 (2023): 111-141, doi: 10.4067/S0718-52002023000100111.
Ternera, Francisco, y Fabricio MANTILLA. «El concepto de derechos reales», *Revista de Derecho Privado* 36 (2006): 117-139.
Vargas, Clara . «La incidencia de la Constitución de 1991 sobre el Código Civil colombiano», *Revista de Derecho Privado* 8 (2005): 1-14.
Zapata, Juliana. «La naturaleza titular de derechos como mecanismo de protección integral», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 53, n.º 139 (2023): 1-22, doi: 10.18566/rfdcp.v53n139.a07.

JUAN SEBASTIÁN ALEJANDRO PERILLA GRANADOS
Universidad Tecnológica de Bolívar. Colombia
Doctor en Derecho (PHD), Magíster en Derecho Privado y en Educación,
Especialista en Derecho y abogado de la Universidad de los Andes (Colombia)
jperilla@utb.edu.co
ORCID: 0000-0001-5283-7601

3.- ECONOMÍA POLÍTICA

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 207-240
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.207

EL MARCO JURÍDICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA EN ARGENTINA. CONFIGURACIÓN Y EVOLUCIÓN

THE LEGAL FRAMEWORK OF THE SOCIAL AND SOLIDARITY ECONOMY IN ARGENTINA CONFIGURATION AND EVOLUTION

MIGUEL AGUSTÍN TORRES[1]

Universidad de Buenos Aires (UBA)

SOPHIE MOREIL[2]

Universidad Panthéon-Assas, Paris

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

La economía social y solidaria cuenta con profundos antecedentes en la historia argentina, coincidiendo el origen de sus prácticas principales con la instancia de configuración institucional del Estado nacional a mediados del siglo XIX. La conformación del

[1] Doctor en Humanidades [Universidad Nacional de Tucumán (UNT)] y Doctor en Derecho [Universidad de Buenos Aires (UBA)]; Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET) y docente de la Universidad Nacional de Catamarca (UNCa, Argentina). agutorresk@gmail.com Código ORCID: 0000-0003-3410-1961

[2] Doctora en Derecho Privado [Universidad Panthéon-Assas, Paris 2]. Profesor titular (HDR) de Derecho privado [Université du Littoral - Côte d'Opale (ULCO)]. Directora del Laboratorio de Investigación Jurídica [LARJ, ULCO] sophie.moreil@univ-littoral.fr Código ORCID: 0009-0007-3110-1014

marco jurídico específico en este ámbito, focalizado principalmente en el movimiento cooperativo y mutuales, implicó el desenvolvimiento de un proceso complejo y prolongado cuyo ritmo de avance no se ajustó, muchas veces, a la celeridad de los cambios propios del dinamismo que caracterizó al sector. Teniendo en cuenta ello, este trabajo se propone caracterizar la evolución que describió la regulación legal de la economía social y solidaria en el ordenamiento jurídico argentino. A través de un análisis de naturaleza cualitativa y con propósitos descriptivo y reflexivo, se recorre la trayectoria que cursó la configuración del marco legal específico identificando sus instancias principales. Se argumenta, en tal sentido, que en la evolución del régimen jurídico específico es posible distinguir dos fases, una de ellas correspondiente a la normación del cooperativismo y mutualismo y otra que aún se halla en formulación centrada en la necesidad de brindar cobertura normativa al extendido y diversificado campo social y solidario.

Palabras clave: Economía Social y Solidaria – Régimen Legal - Ordenamiento Jurídico Argentino.

ABSTRACT

The social and solidarity economy has deep antecedents in Argentine history, the origin of its main practices coinciding with the institutional configuration of the national State in the mid-19th century. The formation of the specific legal framework in this area, focused mainly on the cooperative and mutual movement, involved the development of a complex and prolonged process whose pace of progress was not adjusted, many times, to the speed of the changes inherent to the dynamism that characterized to the sector. Taking this into account, this work aims to characterize the evolution that described the legal regulation of the social and solidarity economy in the Argentine legal system. Through an analysis of a qualitative nature and with descriptive and reflective purposes, the trajectory of the configuration of the specific legal framework is traced, identifying its main instances. It is argued, in this sense, that in the evolution of the specific legal regime it is possible to distinguish two phases, one of them corresponding to the regulation of cooperativism and mutualism and another that is still in formulation focused on the need to provide regulatory coverage to the extended and diversified social and solidarity field.

Keywords: Social and Solidarity Economy - Legal Regime – Argentine Legal System

Sumario: I. Introducción. II. El periodo fundacional: la economía social clásica. III. La fase de expansión: la economía social y solidaria y la inclusión social. IV. Perspectivas y desafíos. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, fue instalándose, progresivamente, una tendencia identificable a escala global, consistente en la extendida instauración de regímenes jurídicos específicos en el campo de la economía social y solidaria destinados a normar los variados aspectos de un sector que plantea desafíos por su continua expansión. Esta tendencia se fue consolidando a partir de la reproducción de manifestaciones en diversas jurisdicciones, tanto en lo referente al orden federal como en lo atinente al ámbito subnacional hacia el interior de los Estados. A pesar de las características que singularizan a los diversos escenarios socioeconómicos de los países y de las particularidades que especifican a sus sistemas normativos, esta creciente práctica institucional orientada a cubrir legalmente las oportunidades, iniciativas y problemáticas del espacio social y solidario registra expresiones recientes tanto en los ordenamientos jurídicos del norte como del sur global.

Los cambios y las renovadas trayectorias que caracterizan al desarrollo de la economía social desde las últimas décadas del siglo pasado explican y fundamentan la proliferación de marcos de regulación específicos. Como sucede con frecuencia en muchas situaciones de cambios sociales en las cuales la producción legal guarda una relación dependiente y subsidiaria con respecto a las transiciones y modificaciones acaecidas en el terreno empírico, puede decirse que esta vocación normativa en el ámbito social y solidario fue configurándose con motivo de las emergentes transformaciones derivadas de la propia dinámica que observó el sector. En este panorama, que puede ser calificado como un episodio de "rezago cultural"[3] al representar el derecho un producto de la tecnología del pensamiento social, las decisiones en materia de regulación se situaron a la zaga de la trayectoria que describió en las últimas décadas la economía social y solidaria[4] con motivo de la complejidad de los cambios operados en ese campo y al ritmo vertiginoso con el cual los mismos se sucedieron.

En efecto, el segmento de la economía social y solidaria atravesó una etapa de expansión y difusión, a nivel global, durante las décadas de cierre del siglo pasado, ciclo que se intensificó, a su vez, a partir de los años subsiguientes al 2000.

---

[3] William Fielding Ogburn. *Social change with respect to culture and original nature* (New York: Huebsch, 1922).

[4] David Hiez, "Legal Frameworks and Laws for the Social and Solidarity Economy", en *Encyclopedia of the Social and Solidarity Economy* dirigido por Ilcheong Yi (Cheltenham y Northampton, MA: Edward Elgar Publishing Limited / United Nations Inter-Agency Task Force on Social and Solidarity Economy [UNTFSSE], 2023): 365-371.

En el desarrollo de este proceso resultaron significativos los ciclos de crisis que se iniciaron en los años '80[5], agravados por la aceleración de la globalización con la consiguientes aperturas de los mercados y las reestructuraciones de las economías nacionales, las transformaciones políticas y sociales, la reformulación de los Estados de bienestar, la propagación de la pobreza y la agudización de las exclusión social por razones socioeconómicas, como componentes sensibles que dominaron la agenda social[6]. En las sociedades latinoamericanas, aquellos rasgos que definían la cuestión social instalada de modo global se agravaron aún más con motivo de las nocivas repercusiones sociales de las políticas económicas de corte neoliberal[7]. Frente a estas tensiones, fragilidades y vulnerabilidades, la economía social y solidaria presentó uno de los escenarios que, desde el accionar colectivo, espontáneo en algunos casos y promovidos, en otros, por políticas públicas específicas, proporcionaron alternativas de rescate social, reactivación comercial y productiva e inserción laboral. El resurgimiento que experimentó, a partir de entonces, la economía social y solidaria se materializó en la mayor importancia que adquirió el segmento tradicional mediante un crecimiento cuantitativo de las figuras clásicas, pero, además, a través de la emergencia y proliferación de organizaciones e iniciativas asociativas, horizontalmente ordenadas y con desenvolvimiento democrático, que no encuadraban en los formatos convencionales del cooperativismo y del mutualismo. El renovado repertorio de la renacida economía social posibilitó el tejido de nuevos entramados de relaciones entre la comunidad, los actores sociales y el Estado, contribuyendo, como se mencionó, al combate de la vulnerabilidad y la exclusión social, a la regeneración de las comunidades y al suministro de servicios de integración sociolaboral con el propósito de allanar el acceso al trabajo por parte de los sujetos expulsados del circuito laboral[8].

Estos dos cursos de acción que caracterizaron al crecimiento de la práctica social y solidaria influyeron, indudablemente, sobre los contenidos y los

---

[5] Benoît *Lévesque* y Marguerite *Mendell,* "L'économie sociale: diversité des définitions et des constructions théoriques", *Revue Interventions économiques* 32, (2005) 1-25.

[6] Robert Boyer, "Les alternatives au fordisme. Des années 1980 au XXIe siècle", en *Les Régions qui gagnent. Districts et réseaux : les nouveaux paradigmes de la géographie économique*, dirigido por Georges Benko y Alain Lipietz (Paris : PUF, 1992): 189-226. Robert Boyer y Joseph Rogers Hollingsworth, Contemporary Capitalism, the Embdeddedness of Institutions (Cambridge: Cambridge University Press, 1997). Robert Castel, *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado* (Buenos Aires: Paidós, 1997). David Harvey, *Breve historia del neoliberalismo* (Madrid: Akal, 2007).

[7] José Luis Coraggio, "L'économie sociale et solidaire et son institutionnalisation en Amérique Latine: cinq pays, cinq processus", *Revue Française de Socio-Économie* 15, (2015) 233- 252.

[8] Roger Spear, "The social economy in Europe: trends and challenges", en *Researching the Social Economy Matters*, editado por Laurie Mook, Jack Quarter y Sherida Ryan (Toronto: Universidad de Toronto, 2010): 84–105.

propósitos de las producciones normativas pertinentes. De esta manera, la vocación normativa, generada con motivo de la ampliación y diversificación del campo social y solidario, se orientó en torno a dos ejes que condensaron las principales inquietudes ante la nueva fisonomía que fue exhibiendo el ámbito social y solidario. Así, por una parte, las legislaciones procuraron cubrir las implicancias de las actualizaciones que experimentaron los segmentos del cooperativismo y del mutualismo. Por otro lado, los instrumentos legales pretendieron contemplar el extenso y variado escenario de la renovada economía social y solidaria, principalmente a través de la recepción normativa de las emergentes figuras y prácticas que no pueden ser subsumidas y enroladas en las clásicas fórmulas cooperativistas y mutualistas.

En aquellos supuestos en los cuales los debutantes marcos normativos incorporaron a las nuevas expresiones del sector, las regulaciones, además de precisar el alcance del reconfigurado espacio social y solidario y reglar los eventuales aspectos conflictivos implicados en su despliegue, procuraron brindar reconocimiento legal a las emergentes figuras, incrementando su visibilidad y, con ello, fortaleciendo sus potencialidades y facilitando su acceso a los mercados respectivos en términos competitivos y sentar los lineamientos para el diseño e implementación de políticas públicas específicas. Pero debido a la diversidad que presentaba el conjunto de nuevos actores sociales y solidarios, este reconocimiento supuso la definición y adopción de una serie de principios y valores comunes a todos los integrantes del sector, que pudieran resultar de observancia necesaria para su identificación. La necesidad de fijar principios y valores que delimitaran al sector remitía a una problemática que la literatura pertinente ya había advertido e intentado afrontar a través del suministro de una oferta de criterios distintivos del ámbito social y solidario. Así, desde una línea de la producción teórica se alcanzó, en su momento, un consenso relativo sobre las características cuya concurrencia definían la naturaleza social y solidaria de las iniciativas y organizaciones: i) que los emprendimientos no persiguieran la satisfacción de un beneficio material, sino la consecución de una finalidad de servicio para sus propios integrantes y/o para los miembros de la comunidad en la cual se insertaran; ii) que contaran con una gestión autónoma ejercida de modo democrático; iii) que confirieran primacía a las personas y al trabajo por sobre el capital en el reparto de beneficios[9].

[9] Jacques Defourny y Patrick Develtere, "Orígenes y perfiles de la economía social en el Norte y en el Sur", en *La economía social en el norte y en el sur*, compilado por Jacques Defourny, Patrick Develtere y Bénédicte Fonteneau (Buenos Aires: Corregidor, 2001) 37-84.

Empero, la mención de los principios y valores demarcadores del perímetro social y solidario, contenida en los variados cuerpos legales, no permite elaborar una imagen uniforme y unívoca, variando, a menudo, en mayor o menor medida, entre los diferentes instrumentos normativos que se consideren, incluso entre aquellos pertenecientes a ordenamientos positivos semejantes o a un mismo ordenamiento positivo. Las discordancias se explican en función de las componentes culturales, sociales y económicos que inciden en la concepción, comunitaria e institucionalmente construida, en cada contexto, sobre la economía social, su sentido, sus fines y sus protagonistas. Por ello, con el propósito de despejar las imprecisiones generadas por esta dispersión, algunos especialistas se han abocado a la tarea de sintetizar el abanico de principios y valores en la mención de una serie de rasgos con suficiente carga identitaria. En tal dirección, Hiez[10] resume el conjunto de principios y valores a través de la enunciación de una serie de notas: i) interés centrado en las personas; ii) rentabilidad limitada; iii) gestión democrática; iv) propiedad colectiva y v) actividad beneficiosa para la comunidad. Estos principios, no sólo contribuyen a identificar a los emprendimientos del sector, sino que también revelan, como lo entiende Reed, su compromiso con el valor de la solidaridad[11].

Teniendo en cuenta lo expuesto, y considerando el desarrollo que la economía social y solidaria, históricamente, ha reflejado en la sociedad argentina y la importancia que actualmente reviste en sus respectivos entramados sociales, productivos y comerciales, en este trabajo nos proponemos caracterizar la evolución que describió la regulación legal de la economía social y solidaria en el ordenamiento jurídico argentino. El objetivo propuesto parte de la inquietud cognoscitiva generada por el hecho de que el régimen legal e institucional sobre economía social y solidaria en el ordenamiento argentino atraviesa una etapa definida por los desafíos que plantean la necesidad de actualizar las regulaciones frente a los cambios y orientaciones que evidencian las prácticas y actividades de la economía social y solidaria en respuesta a las restricciones del mercado de trabajo y a las crecientes exigencias de los circuitos comerciales. En tal sentido, se argumenta que es posible distinguir dos fases en la evolución del régimen jurídico específico

[10] David Hiez, "La loi sur l'économie sociale et solidaire: un regard juridique bienveillant", *RECMA* 334, (2014) 44-56.
[11] Darryl Reed, "Access to markets", en *Encyclopedia of the Social and Solidarity Economy* dirigido por Ilcheong Yi (Cheltenham y Northampton, MA: Edward Elgar Publishing Limited / United Nations Inter-Agency Task Force on Social and Solidarity Economy [UNTFSSE], 2023): 338-347.

en el ordenamiento argentino, una de ellas correspondiente a la normación del cooperativismo y mutualismo y otra, que aún se halla en formulación, centrada en la necesidad de brindar cobertura normativa al extendido y diversificado campo social y solidario.

Atendiendo al objetivo propuesto, se recorre la trayectoria que describió la configuración del marco legal específico y se identifican sus instancias principales; desplegándose, para ello, una indagación que reviste naturaleza cualitativa y presenta propósitos descriptivo y reflexivo. El trabajo se organiza en tres secciones: la primera de ellas se refiere a la configuración del marco jurídico pertinente durante el período de desarrollo inicial del campo de la economía social y solidaria en la sociedad argentina; la segunda aborda las implicancias jurídicas de la extensión que observó el ámbito social y solidario en las últimas décadas también en el contexto social e institucional analizado; y la tercera se destina a la mención de algunos desafíos y problemáticas que enfrenta, actualmente, el sector social y solidario en el escenario social argentino. Por último, se exponen una serie de comentarios finales que integran reflexiones derivadas del análisis de los tópicos centrales tratados en el trabajo.

II. EL PERIODO FUNDACIONAL: LA ECONOMÍA SOCIAL CLÁSICA

De modo similar a lo que sucedió en otros contextos nacionales, los primeros antecedentes de la economía social en Argentina correspondieron a experiencias cooperativistas y mutualistas que constituyeron manifestaciones del accionar colectivos que reflejaban, en buena medida, la incidencia social y cultural de la corriente migratoria de origen europeo. Más allá de poder rastrearse, con anterioridad, supuestos de agrupamientos horizontales, solidarios y democráticos, cuyos rasgos se aproximaban a los criterios y principios propios del espacio de la economía social, las primeras expresiones consistentes, no obstante, se sitúan temporalmente en el siglo XIX. Este término de inicio, cuya identificación dispone de un consenso predominante en la literatura pertinente, se nutrió de expresiones encuadradas en las dos figuras centrales mencionadas, que presentaban diferentes niveles de desarrollo y de solvencia estructural. Así, a partir de aquella instancia la economía social empezó a configurarse como un movimiento compuesto de prácticas que reflejaban una impronta autóctona pero que evidenciaban, a la vez, la influencia de las ideas y fundamentos derivados del proceso de surgimiento y expansión que, en diferentes escenarios, a escala global, experimentaba, por entonces, la economía social.

De esta manera, puede sostenerse, sin temor a incurrir en equívocos, que el accionar cooperativo cuenta con profundos antecedentes arraigados en la historia de las comunidades argentinas. Este inicio de la práctica cooperativa es tributario de la impronta de los migrantes europeos, quienes difundieron las ideas de solidaridad, mutualismo y cooperación[12] que habían conocido y asimilado en sus trayectorias personales y colectivas, a la vez que introdujeron también los disruptivos postulados del socialismo y del anarquismo[13] que constituían, por entonces, visiones alternativas y de vocación transformadora frente a los modelos económicos imperantes. Si bien se registran algunas incipientes manifestaciones en los primeros años de la segunda mitad del Siglo XIX, puede apuntarse que recién a partir del último cuarto de esa centuria empezaron a surgir una serie de iniciativas de mayor consistencia, en el marco de los cambios socioeconómicos acaecidos en el curso de la etapa catalogada como la "Argentina Moderna de los años ´80". De esta manera, el volumen creciente del comercio en respuesta a las mayores demandas de consumo, el perfeccionamiento de la infraestructura, el desarrollo de la agricultura extensiva y de la ganadería refinada de alta mestización que sustentaban, por entonces, la economía agroexportadora, sumada a la pronunciada afluencia migratoria, terminaron conformando un terreno que ofrecía condiciones propicias para la organización cooperativa[14].

Los análisis historiográficos sitúan en esta época, un conjunto de experiencias, que dan cuenta de los impulsos iniciales de la labor cooperativa. Pueden mencionar, entre otros antecedentes, las siguientes entidades: la Sociedad Cooperativa de Producción y Consumo de Buenos Aires [1875, constituida por un grupo de inmigrantes franceses]; la Sociedad Cooperativa de Almacenes [1884, Buenos Aires, creada por David Atwell, un comerciante descendiente de inmigrantes británicos]; la cooperativa de consumo "Les Egaux" [1885, Buenos Aires, fundada por una asociación de inmigrantes franceses]; la Compañía Mercantil del Chubut [1885, Trelew, conformada por un grupo de inmigrantes galeses, con aplicación parcial de las pautas cooperativas]; la Cooperativa de Consumo del Club Vorwaerts [1887, Buenos Aires, constituida por inmigrantes socialistas alemanes]; la Sociedad Cooperativa Italiana de Villa Libertad [1889, Entre Ríos]; y en la Sociedad Cooperativa de Panadería de Gualeguaychú [1891, Entre Ríos]; la Cooperativa

[12] Daniel Plotinsky, "Orígenes y consolidación del cooperativismo en la Argentina", *Revista Idelcoop* 215, (2015): 157-178.
[13] *Aspectos Básicos Cooperativos*. Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social [INAES], Ministerio de Desarrollo Productivo de Argentina.
[14] Graciela Mateo, "El cooperativismo agrario en la provincia de Buenos Aires (1946-1955)", *Mundo Agrario* 2, nº4 (2002): 2-27.

Obrera de Consumo [1898, Buenos Aires]; la Cooperativa El Hogar Obrero [1905, Buenos Aires][15].

Por su parte, el siglo XIX también atestigua del surgimiento y de la progresiva difusión de la actividad mutualista en el país. Si bien suele ubicarse temporalmente a sus orígenes a mediados del citado siglo, en concordancia con los años de configuración jurídico-institucional del país; algunas posiciones dentro de la literatura especializada sitúan el comienzo de la práctica mutual en las primeras décadas de la centuria referida, dando cuenta de la aparición de entidades mutuales pioneras en dicha etapa[16].

Las primigenias expresiones de la actividad mutual se conformaron en torno a un elemento o interés común, ya sea la identidad de origen o el ejercicio de un mismo oficio o profesión (empleados administrativos, zapateros, sastres, tipógrafos, etc.)[17] y procuraron abordar las problemáticas inscriptas en las coyunturas relacionadas con aquellos elementos o intereses cohesivos (despido; enfermedad; invalidez; detención injustificada) o propiciar la generación de actividades culturales y recreativas. A estos móviles se añadieron, con posterioridad, otras motivaciones originadas en el propósito de brindar alternativas frente a diferentes necesidades, como la creación de hospitales e instituciones educativas[18].

Tempranamente, desde sus comienzos, el movimiento mutualista se extendió, con distintos niveles de presencia, en los variados escenarios provinciales. Así, a modo de ejemplo de la expansión inicial de la práctica mutual pueden citarse, entre otras, una serie de experiencias que marcaron, por entonces la vanguardia en este terreno: a) en Capital Federal, L'Union et Secours Mutuels (1854), la Sociedad San Crispín (1856), "Tipográfica Bonaerense" (1857), "La Catalana" (1857) y la "Asociación Española de Socorros Mutuos"(1857), Unione e Benevolenza (1858), "La Française" (1859), "Nazionale Italiana" (1861); b) en la provincia de Buenos Aires, "Comunidad Europea" de la ciudad de Mercedes (1856), la Asociación Española de Pergamino (1858), la Quinta Asociación Española" (1860), "La Française de Secours Mutuels" (1863); c) en la provincia de Córdoba, la Asociación Española de la capital de la provincia (1872) y la "Breccia di Porta Pía" de la

[15] Plotinsky, "Orígenes y consolidación del cooperativismo…", 157-178.
[16] Alberto Abeigón, *El mutualismo en la República Argentina* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires -Facultad de Ciencias Económicas, 1946): 15.
[17] Pere Solà i Gussinyer, "El mutualismo y su función social: sinopsis histórica CIRIEC-España", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* 44, (2003): 175-198.
[18] *Aspectos básicos de las mutuales*. Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES), Ministerio de Desarrollo Productivo de Argentina.

ciudad de Río Cuarto (1872); d) en la Provincia de Santa Fe, la Asociación Española de la ciudad Rosario (1857); e) en la provincia de Corrientes, "Unione e Fratelanza" (1872), "Sociedad de San Vicente de Paúl" (1875); f) en la provincia de Entre Ríos, la Sociedad Española de la ciudad de Paraná (1859)[19].

De forma semejante al curso que observó el movimiento cooperativo, el accionar de los sectores inmigrantes, principalmente europeos, desempeñó un rol significativo en el envite inicial y el posterior ascenso y consolidación del movimiento mutualista. Este influjo de los miembros de las colectividades del viejo continente que arribaron por aquella época al país no sólo se canalizó a través de la propagación de las ideas que, tradicionalmente, fundamentan la organización mutual; sino, también, a través del involucramiento directo y activo de los inmigrantes europeos en las prácticas mutuales. Es decir, que tal incidencia de los segmentos migratorios se manifestó tanto en las denominadas mutuales cosmopolitas como en las catalogadas "mutuales étnicas"[20]. Ésta última tipología, "además de brindar la ayuda mutua a sus asociados, servía de vínculo espiritual, algo así como un trozo de la patria lejana"[21] que los inmigrantes podían reproducir en la distancia. Como señala con acierto Abeigón, el impulso de las actividades mutualistas "fue dado por el inmigrante que trajo la semilla mutual entre su equipaje"[22].

Empero, corresponde oportuno señalar que el mentado aporte de las colectividades de inmigrantes europeos a favor del desarrollo del mutualismo no implicó necesariamente, en una primera instancia, de forma uniforme en todos los casos, el desenvolvimiento de una práctica mutualista con propensión socialmente integradora. Así, en muchos supuestos algunas entidades mutuales terminaron nucleando, exclusivamente, a compatriotas de una misma nacionalidad y procurando reafirmar la identidad nacional común y la cultura compartida. Este proceso condujo, en el parecer de Abeigón, a una intensificación del aislacionismo por parte de algunos grupos de inmigrantes organizados en mutualidades. Justamente, atendiendo a esta tendencia, el último autor citado señala que "la mestización mutualista por así llamarla se fue haciendo lentamente"[23]. Con el trascurso de los años, no obstante, las organizaciones mutuales fundadas en la identidad

[19] Abeigón, *El mutualismo*….
[20] Pilar González Bernaldo de Quirós, "El 'momento mutualista' en la formulación de un sistema de protección social en Argentina: socorro mutuo y prevención subsidiada a comienzos del siglo XX", *Revista de Indias* LXXIII, nº 257 (2013): 157-192.
[21] Mario Carlos Gaffuri, *El mutualismo en la República Argentina* (Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires - Facultad de Ciencias Económicas, 1939): 60.
[22] Abeigón, *El mutualismo*…, 15.
[23] Abeigón, *El mutualismo*…, 15.

nacional o étnica de sus asociados disminuyeron progresivamente su presencia[24]. En cambio, describiendo un proceso inverso, comenzaron a incrementarse paulatinamente las mutuales basadas en la comunidad de oficio o empleo de sus miembros[25].

Sin embargo, la fragilidad del marco institucional, reflejado principalmente en el déficit de regulación específica no contribuyó a favorecer la sostenibilidad de buena parte de los emprendimientos cooperativos y de las entidades mutuales, comprometiendo, de esta manera, su viabilidad. La pujanza inicial que caracterizó al esfuerzo cooperativo y mutualista de aquellos años no dispuso de un correlato adecuado en el curso de la producción normativa, cuya evolución se ajustó a un ritmo que no posibilitó, al comienzo, proporcionar el amparo normativo que las expresiones iniciales de los movimientos cooperativista y mutualista requerían. Al respecto, puede sostenerse que es posible identificar dos etapas en el proceso de conformación del marco normativo en este campo. Una primera etapa, que parte desde la ausencia de regulación hasta la instauración de un primer régimen legal específico, transitando, en el transcurso, por una normación fragmentada y limitada, incluida en cuerpos normativos o dispositivos no específicos, y por los intentos por establecer una cobertura legal exclusiva, materializados a través de la presentación de proyectos legislativos. Una segunda fase, caracterizada por la disponibilidad de regulación exclusiva en la materia y la concurrencia de tensiones derivadas de la necesidad de su actualización, que reconoce como término de apertura el período que se inicia en la segunda mitad de la década de 1920 y que abarca la década siguiente, tramo temporal en el cual tuvo lugar la producción de las primeras expresiones normativas estrictamente pertinente al campo de la economía social. Esta segunda fase se extiende hasta la actualidad, comprendiendo, en su despliegue, la implementación del régimen legal vigente hasta el momento.

II.a.) Primera etapa: del déficit normativo a las primeras experiencias de regulación

En lo referente al cooperativismo en esta instancia se registra como primer antecedente la mención a las cooperativas contenida en la ley 1420, del año 1884, sobre Educación Común. Así, al referirse en su artículo 42, inc. 4, a las facultades de los Consejos Escolares de Distrito, la norma imponía a estas autoridades

[24] Aspectos básicos de las mutuales…
[25] Aspectos básicos de las mutuales…

colegiadas el deber de "promover por los medios que crea conveniente, la fundación de sociedades cooperativas de educación y de las bibliotecas populares de distrito" (ley 1940, art. 42, inc. 4). De modo semejante, al enunciar las atribuciones y deberes del Consejo Nacional de Educación, la ley prescribía que correspondía a este último órgano la promoción y auxilio de "la formación de (...) asociaciones y publicaciones cooperativas de la educación común" (ley 1940, art. 57, inc.18).

En el año 1889 tiene lugar otro acontecimiento institucional de relevancia, al sancionarse la ley 2637 que reformó el Código de Comercio de 1862. Dentro de las significativas modificaciones[26] que introdujo esta norma reformatoria, se encuentra la incorporación de conceptos fundamentales sobre cooperativismo en el texto de los artículos 392, 393 y 394. El nuevo contenido incorporado a los artículos citados, si bien supuso un reconocimiento legal, de mayor consistencia, de la actividad cooperativa, lejos estuvo de brindar una caracterización normativa de los aspectos centrales que definen al movimiento cooperativo y a sus actores. Tan sólo se adoptó el principio "rochdaleano" referente al control democrático por parte de los asociados, al asignarle un voto a cada a socio en las asambleas y al reconocer el carácter individual y nominal de las acciones. Asimismo, se estableció que las cooperativas tenían que constituirse bajo cualquiera de las formas de sociedades mercantiles legalmente admitidas[27]. Precisamente, el artículo 392, en su redacción reformada, disponía, de forma expresa, que la constitución de las cooperativas tenía que realizarse mediante la adopción de las formas previstas para las sociedades comerciales, colectivas, anónimas, en comandita o de capital e industria[28]. En consecuencia, se asimilaba la organización y administración de las cooperativas a la estructuración y gestión de las sociedades comerciales. Los aspectos relativos a las condiciones para ser socio, la fijación del capital, los modos de integrarlo y/o incrementarlo, quedaban, discrecionalmente, reservados al contenido del estatuto. Ello ocasionaba la confusión de las cooperativas con relación a otras entidades comerciales de diferentes propósitos. La imprecisión de la

[26] Debido a la envergadura de las modificaciones introducidas por la Ley 2637, perduró, durante un buen tiempo, la discusión doctrinaria, tempranamente originada, sobre el alcance de la revisión, discutiéndose si la sanción de la norma citada había constituido una mera reforma o si, por el contrario, había implicado "la implantación de un nuevo código" [Jaime Luis Anaya, "Introducción", en *Código de Comercio y Leyes Complementarias. Comentados y Concordados. Tomo I – artículos 1 al 42*, coordinado por Jaime Luis Anaya y Humberto Antonio Podetti (Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1965): 33 nota n° 103 a pie de página].

[27] Verónica Lilian Montes y Alicia Beatriz Ressel, "Presencia del cooperativismo en Argentina", *Revista UniRcoop* 1, n° 2 (2003): 9 - 26.

[28] Armando Alfredo Moirano, "Historia del Movimiento Cooperativo Argentino", *Revista de Idelcoop* 13, n° 49 (1986): 1-7.

redacción de los artículos bajo análisis también posibilitaba que otro tipo de personas jurídicas pudieran emplear la denominación de "cooperativa", pues si bien se había establecido la adopción obligatoria, con respecto a las cooperativas, de tal leyenda o de las expresiones "sociedad de responsabilidad limitado" o sencillamente "limitada", no se habían previsto sanciones para el uso inadecuado de dichas locuciones por parte de otro tipo de sociedades ajenas a la naturaleza cooperativa[29].

Estos tres preceptos invocados terminaron suministrando las referencias normativas que rigieron el desenvolvimiento cooperativo hasta el año 1926[30]. El período que transcurrió hasta entonces se caracterizó por la sucesión de propuestas legislativas, de diferente alcance, para el sector cooperativo. Algunos de estos proyectos se focalizaron en un área determinada, como ocurrió con determinados aspectos del cooperativismo rural, mientras que otros suministraron alternativas de marcos legales integrales destinados a normar a todas las modalidades del sector. Así, la dimensión rural de la actividad cooperativa motivó, durante este ciclo, siete iniciativas, una de ellas del año 1905 sobre cooperativas de crédito agrícola[31], otras seis, entre 1916 y 1923, concernientes al cooperativismo agrario. A su vez, el cooperativismo de consumo recogió, en el año 1923, un proyecto destinado a regular algunas cuestiones relativas a su desenvolvimiento. En lo atinente a las propuestas normativas de alcance genérico, la primera de ellas fue presentada en el año 1915 a instancias del diputado Juan B. Justo, a quien también correspondieron las iniciativas de normas generales de los años 1923 y 1924. En este último año tuvo lugar, también, la introducción de un proyecto de regulación general del segmento, por parte del presidente Alvear. Finalmente, a partir de la consideración de los antecedentes proporcionados por estos ensayos normativos, se presentó en el año 1926 un proyecto elaborado por una comisión senatorial especial que habría de resultar sancionado como ley 11388, representando la primera regulación exclusiva e integral de la práctica cooperativa.

Con relación el mutualismo, durante esta primera fase pueden mencionarse, como antecedentes iniciales de carácter indirecto, el decreto del 4 de septiembre

---

[29] Nicolás Repetto. *Lecciones sobre cooperación* (Buenos Aires: Librería y editorial de la Federación Argentina de Cooperativas de Consumo, 1944).
[30] Anaya, "Introducción"…17-47. Dante Cracogna, "El mundo jurídico de las cooperativas", *Revista de Idelcoop* 6, nº 22/23 (1979): 1 – 9. Dante Cracogna, "La legislación cooperativa en Argentina", *Deusto Estudios Cooperativos* 18 (2021): 53-85. Plotinsky, "Orígenes y consolidación del cooperativismo …", 157-178.
[31] Proyecto presentado por el senador Francisco Uriburu.

de 1812[32] emitido por el entonces naciente gobierno patrio, por el cual se garantizó a los migrantes europeos el goce de sus derechos, entre ellos el de asociarse con fines útiles[33] y la ley del 22 de agosto de 1822 que complementó aquel decreto y que posibilitó el dictado de reglamentos para distintas colonias agrícolas, algunos de los cuales regularon y promovieron la prácticas solidaria entre los colonos[34]. Con motivo del crecimiento que fue experimentando el sector mutualista entre las últimas décadas de los siglos XIX y los primeros decenios del XX fue instalándose institucionalmente el interés por regular de manera específica los diferentes aspectos implicados en el ejercicio de la práctica mutual. De esta manera, debido a la favorable incidencia social que el mutualismo exhibía ya por entonces, la inquietud por normar de forma exclusiva su desenvolvimiento trascendió el propio ámbito mutual y atrajo la atención de un segmento de la clase dirigente. Aquella tendencia derivó en la generación, durante diferentes momentos a lo largo de varios decenios, de una serie de iniciativas legislativas orientadas a regular, con fundamentos y criterios no tan disímiles, el accionar mutualista[35].

Así, en el año 1914 año se presentó el proyecto de ley titulado "Sociedades de Socorros Mutuos" por parte del diputado nacional Ángel Mariano Giménez, cuyo texto, entre otros contenidos, contemplaba la obligatoriedad de la inscripción de las entidades en un registro especial que mandaba a instaurar, denominado "Registro de la Mutualidad" y creaba, dentro de la estructura institucional del Departamento Nacional del Trabajo, la Dirección de la Mutualidad como organismo competente para ejercer el control público de las sociedades de socorros mutuos[36]. En el año 1918, a su vez, se presentó a instancias del diputado nacional Juan José Díaz Arana un proyecto elaborado por el Museo Social Argentino, entidad de naturaleza privada dedicada al estudio y a la acción social. Esta propuesta, denominada "Bases para un proyecto de ley orgánica de la mutualidad", reflejaba un alcance más amplio y vocación integral, cubriendo, entre otras, cuestiones centrales como ser la forma de constitución, gobierno y funcionamiento de las

[32] El decreto establecía, expresamente, que el Gobierno ofrecía "su inmediata protección a los individuos de todas las naciones y a sus familias que hubieran querido fijar su domicilio en el territorio del Estado, asegurándoles el pleno goce de todos los derechos del hombre en sociedad, con tal que no perturbaran la tranquilidad pública y respeten las leyes del país" (art. 1°) y disponía que a los extranjeros que se hubieren dedicado al cultivo de los campos se les daba terreno suficiente y se les auxiliaba para sus primeros establecimientos rurales; y en el comercio se les reconocía el goce de los mismos privilegios que a los naturales del país" (art. 2°).
[33] Blas José Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* (Buenos Aires: Colegio de Graduados en Cooperativismo y Mutualismo de la República Argentina, 2014).
[34] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...
[35] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...
[36] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...

mutualidades, reconocimiento de los derechos de los asociados y, también, definición de sus obligaciones. Se ocupaba, asimismo, de la organización de los subsidios, seguros y de los servicios de salud[37].

Al año siguiente (1919) el diputado nacional Augusto Bunge introdujo el proyecto catalogado como "Ley Orgánica de Mutualidades y Seguros". Esta iniciativa también ostentaba un carácter genérico, abarcando tópicos principales como ser lo atinente a los derechos y a las obligaciones de los asociados y a la constitución y funcionamiento de las mutualidades y de las entidades de seguros generales, estableciendo pautas en materia de conducción de la entidad y competencia de las asambleas, su organización y funcionamiento. Instituía como autoridad competente a crearse a la "Dirección de la Mutualidad"[38]. Más de dos décadas, en el año 1941, el senador nacional Francisco M. Álvarez presentó el proyecto titulado "Ley de Asociaciones Mutualistas", el cual instituía un régimen amplio y genérico, abordando lo concerniente a la constitución y al funcionamiento de las mutualidades y lo relativo a los derechos y obligaciones de los asociados[39]. Establecía, también, normas sobre competencia del cuerpo de gobierno y conducción de las entidades mutualistas, del órgano de control interno y pautas sobre desenvolvimiento de las asambleas[40]. Además de crear una autoridad específica para la aplicación de la ley contemplaba temas referentes a la fusión, disolución y liquidación de las mutuales[41].

II.b) Segunda etapa: configuración y perfeccionamiento del marco legal

La ley 11388, sancionada en el año 1926, que se incorporó como un título específico al código de comercio de 1862, proporcionó un marco normativo de mayor amplitud, con una caracterización más adecuada de la naturaleza cooperativa que subsanó muchas de las imprecisiones y ambigüedades contenidas en los reformados artículos 392, 393 y 394 del digesto mercantil. De forma similar a la posición legal plasmada en aquellos preceptos, no definió el acto cooperativo y tampoco enunció sus notas principales[42]. Sin embargo, reflejó una mayor

[37] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...
[38] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...
[39] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...
[40] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...
[41] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...
[42] Marina Guadalupe Laverán, Lili María Bley y María Soledad Ricatti, "El cooperativismo. Historia, Evolución y Rol Actual", *E-kó – Divulgando* 1, nº 4 (2019): 4-13.

recepción de los principios legados por los pioneros de Rochdale[43], al describir las características que identifican a las cooperativas y al fijar algunas pautas para su funcionamiento. De esta manera, en la letra de su artículo 2° consagraba, entre otros criterios, el control democrático por parte de los socios, al establecer en el inciso 4to que cada socio no tendría "más que un voto, sea cual fuere el número de sus acciones" y al prescribir en el inciso 9° que no se concedería "ventaja ni privilegio alguno a los iniciadores, fundadores y directores: ni preferencia a parte alguna del capital". Del mismo modo, aseguraba la neutralidad política y religiosa de la práctica cooperativa al disponer en el inciso 11ro del citado dispositivo 2° que las cooperativas no podían "tener por fin principal ni accesorio la propaganda de ideas políticas, religiosas, nacionalidades o regiones determinadas; ni imponer como condición de admisión la vinculación de los socios con organizaciones religiosas, partidos políticos, agrupaciones de nacionalidades o regionales".

Un autorizado sector dentro de la literatura especializada destaca las virtudes de esta norma inaugural de la regulación específica. Así. Cracogna[44] resalta "la rigurosa ortodoxia doctrinaria" que caracterizó al texto legal y señala la orientación vanguardista de su articulado, acotando, en tal sentido, que, a través de su producción, los legisladores plasmaron como normas los principios universales que ordenaban la práctica cooperativa pero que aún no se habían volcado en una formulación oficial. Añade, al respecto, que la norma incluyó la totalidad de los principios del cooperativismo que once años después fueron cristalizados por la Alianza Cooperativa Internacional en su Congreso de Paris de 1937[45].

Por otra parte, consagraba, el criterio de justicia económica distributiva[46] al normar, en su artículo 17°, que, del conjunto de las utilidades realizadas y líquidas de cada ejercicio, debía destinarse, como mínimo, el 5 % al fondo de reserva, y distribuirse el 90 % entre los socios. Asimismo, la norma institucionalizaba la cooperación entre cooperativas al permitir, a través del artículo 3° que las sociedades cooperativas pudieran "ampliar su objeto y fusionarse con otra u otras de la misma naturaleza por el voto de la mayoría de la asamblea ordinaria", siempre que la fusión o ampliación figurara en "la orden del día"; y habilitar, mediante el artículo 4°, que las cooperativas pudieran "asociarse entre sí por el voto de la mayoría de la asamblea ordinaria, para constituir una

[43] Montes y Ressel, "Presencia del cooperativismo ..., 9 -26.
[44] Cracogna, "El mundo jurídico ...", 1 – 9.
[45] Cracogna, "El mundo jurídico ...", 1 – 9.
[46] Laverán, Bley y Ricatti, "El cooperativismo ...", 4-13.

cooperativa de cooperativas y hacer operaciones en común". Cubriendo una falencia que exhibía la limitada regulación establecida por los mencionados arts. 392, 393 y 394 del Código de Comercio, la ley prohibía en su artículo 9° la utilización de la palabra "cooperativa" en el nombre de cualquier sociedad o empresa, posterior a la fecha de su promulgación, que no se hubiera constituido de conformidad con sus disposiciones, imponiendo, a modo de sanción, la clausura de los establecimientos y la aplicación de una multa hasta tanto no se suprimiera el empleo indebido de la denominación "cooperativa". Esta previsión generó, en un primer momento, una depuración en el circuito cooperativo, disminuyendo, inicialmente, el número de entidades del ambiente, ante la exigencia de cumplimiento con los recaudos sustanciales introducidos por la norma en lo concerniente a la constitución y funcionamiento. Empero, con el transcurso del tiempo, el mayor rigor legal aplicado al trámite de constitución y desenvolvimiento posibilitó el crecimiento y perfeccionamiento del sector, traducido en un aumento en el número de cooperativas y de asociados y en la diversificación del rubro de las entidades[47].

Como se mencionó, la ley 11388 no sólo encuadró jurídicamente, con mayor precisión, a la actividad cooperativa, sino que, a partir, de la definición de pautas institucionales de constitución y funcionamiento, la apuntaló, contribuyendo, a su profundización y diversificación. A pesar de su reducido articulado, la norma proporcionó un marco legal adecuado que posibilitó la expansión del movimiento cooperativo, a largo de los casi cincuenta años que abarcó su vigencia. Ciertamente, por su limitado número de preceptos, muchas de las cuestiones que se suscitaban en el desenvolvimiento de la práctica cooperativa debían ser contempladas mediante la aplicación supletoria de la normativa sobre sociedades comerciales. Por ello, la renovación de este último régimen legal mediante la sanción de la ley 19550 de sociedades, planteó una serie de inconsistencias e introdujo imprecisiones al marco legal del cooperativismo, generando incertidumbre con respecto a la resolución de asunto derivados del habitual desenvolvimiento de las entidades cooperativas. Ello explicó, en buena medida, la sanción, en el año 1973, de la ley 20337, que instauró una cobertura legal e institucional de mayor alcance y especificidad, que, habiendo recibido algunas modificaciones, se mantiene aún en vigencia[48]. La vigencia de la norma sobre cooperativas coincidió, temporalmente, como se apreciará infra, con la sanción de la

[47] Cracogna, "El mundo jurídico…", 1 – 9.
[48] Cracogna, "La legislación cooperativa …", 53-85

ley 20321 que instituyó un régimen legal específico para las asociaciones mutuales.

La ley 20337 se elaboró considerando la experiencia institucional generada en sus casi cinco décadas de vigencia y teniendo en cuenta las características de la actividad cooperativa en su desenvolvimiento histórico en la sociedad argentina[49]. Si bien no se especifican las diferentes tipologías de cooperativas, el marco legal instaurado constituye un régimen integral y genérico, diseñado para aplicarse a las distintas modalidades de entidades cooperativas. Compuesta de 120 artículos distribuidos en 13 capítulos, la norma contempla los aspectos centrales implicados en el despliegue de la práctica cooperativa. En su artículo 4° se caracteriza al acto cooperativo, definiéndose, a su vez, en el precepto 2° a las cooperativas y enunciándose los principios fundamentales del cooperativismo: libre adhesión e ingreso voluntario, gobierno democrático, reparto de los excedentes, interés limitado al capital, promoción de la educación, fomento de la integración cooperativa. Además de abordar los elementos estructurales de las cooperativas (proceso de constitución; descripción de la condición de asociado con enunciación de sus derechos y obligaciones; órganos sociales; capital y cuotas sociales) y de normar lo referente a su operatoria, la ley también regula las relaciones de las entidades cooperativas con el Estado (fiscalización pública y control estatal del cumplimiento de la normativa pertinente).

En lo concerniente a la actividad mutualista, puede señalarse que el trayecto hacia la configuración de un régimen legal específico reconoce como punto de inicio a un instrumento normativo dirigido a conferir a las mutualidades un tratamiento tributario preferente. Así, la ley 12209 del año 1935 fue sancionada para eximir a las entidades del ámbito mutual del pago de impuestos nacionales. A esta norma que, precisamente, abordó a las mutuales en su dimensión impositiva, le siguió, en el proceso de normación, el decreto 3320 de abril de 1938 que reglamentó las "Asociaciones de Socorros Mutuos". Esta pieza normativa, rotulada por parte de algunos autores como el decreto olvidado[50] al no haber recibido en las últimas décadas, dentro de la literatura pertinente, un tratamiento más profundo[51], obedeció al propósito de "corregir la exclusión de

[49] Cracogna, "El mundo jurídico…", 1 – 9.
[50] Felipe Rodolfo Arella y Santiago José Arella, *Mutualismo y Cooperativismo Argentinos. Aporte Documental de la Legislación* (Buenos Aires: Universidad de Belgrano, 2006).
[51] Añaden en tal sentido Felipe Arella y Santiago Arella que "resulta incomprensible el manto de silencio que cubrió durante más de medio siglo el conocimiento del decreto 3.320, cosa que no ocurrió con anterioridad a los años '40, ya que abundan referencias sobre la aplicación del mismo" (Arella y Arella, *Mutualismo y Cooperativismo* …, 7).

argentinos de las mutualidades de colectividades extranjeras que abundaban en el país, práctica habitual en esas entidades"[52].

El decreto que, en opinión de algunos especialistas, constituyó el primer cuerpo legal abocado al ordenamiento y funcionamiento de los entes mutualistas, confería tratamiento, entre otros asuntos, a la organización, funcionamiento y control de las mutuales y a la enunciación de las finalidades que debían perseguir (asistencia y subsidio por enfermedad, accidentes y maternidad, apertura de cajas de socorro para proporcionar subsidios temporarios a los deudos de los asociados de los asociados, asunción de gastos funerarios, constitución de pensiones y subsidios para la vejez, la invalidez y la desocupación, etc.)[53]. Normaba, también, de modo específico, lo referente al fomento del sector, a las mutualidades de empresas y a la fusión y conformación de federaciones de mutuales[54]. Del mismo modo, habilitaba, en el texto del artículo 32°, el intercambio de servicios por parte de las mutuales en miras a mejorar la prestación de servicios a los respectivos socios[55].

En octubre de 1945, mediante decreto-ley 24499 se aprobó un marco jurídico e institucional específico para las asociaciones mutuales, que, por tal razón, es calificado por Zavala como el "primer ordenamiento integral sistema"[56]. El régimen instaurado por el decreto, que luego fue ratificado al año siguiente (1946) a través de la ley 12921, abordó los contenidos principales correspondientes a la organización y desenvolvimiento de las mutualidades, abarcando, entre otras cuestiones, lo atinente a la conformación de las asambleas y al funcionamiento de los órganos sociales, la confección de los estatutos, los derechos y obligaciones de los asociados, sanciones para las mutualidades cuya actividad se apartase de las disposiciones establecidas. La norma fijó, también, un aporte mensual en valores de la época, por parte de cada asociado, para la generación de un fondo común destinado a la construcción de un policlínico mutualista. Empero, la obra proyectada no llegó a realizarse[57]. El régimen instituyó, además, como órgano rector, a la Dirección de Mutualidades, actuante en la órbita de la Secretaría de Trabajo y Previsión, definiendo sus competencias en materia de registro, control público y promoción de las entidades a escala nacional[58].

---

[52] Arella y Arella, *Mutualismo y Cooperativismo*..., 7.
[53] Arella y Arella, *Mutualismo y Cooperativismo* ...
[54] Arella y Arella, *Mutualismo y Cooperativismo* ...
[55] Arella y Arella, *Mutualismo y Cooperativismo* ...
[56] Armando Zavala, "La Mutual en la Legislación Argentina", *Anales* 31, (1993): 112-113.
[57] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades*...
[58] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades*...

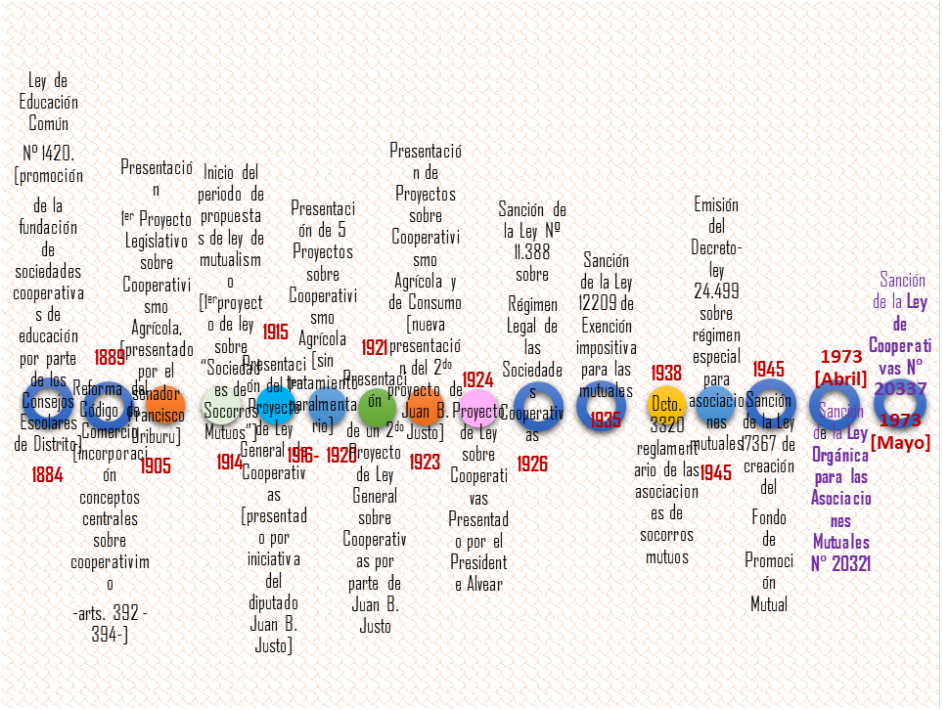
Aquella previsión concerniente a la generación recursos comunes por medio de las contribuciones de los asociados, con el propósito de asignarlos a la construcción del policlínico mutualista fue sustituida por la conformación de un "Fondo de Promoción Mutual" con la sanción de la ley 17376 de agosto de 1967[59]. Esta norma, además, dispuso la constitución de una comisión honoraria compuesta por representantes del Estado y de las organizaciones mutuales como autoridad de administración del "Fondo", el cual, de conformidad con el texto y el espíritu de la ley, debía servir para financiar obras y servicios de las entidades mutualistas, como también para fomentar y difundir la acción mutual, por medio del otorgamiento de créditos y de subsidios[60]. El marco normativo e institucional conformado por las disposiciones del decreto-ley 24499/45, ratificado, como se mencionó, por ley 12921 y por los preceptos de la ley 17376 relativas al "Fondo de Promoción Mutual", encauzó institucionalmente al sector y contribuyó a su crecimiento. El régimen constituido por estas dos normas mantuvo su imperio hasta la sanción de la ley 20.321 que implementó el esquema de regulación cuya vigencia se extiende, con algunas complementaciones, hasta la actualidad.

La citada ley 20.321 consta de 42 artículos. El artículo 1° delimita el campo de aplicación del régimen que instaura. El artículo 2° define a las mutuales al proporcionar un concepto que incluye las notas esenciales que las distinguen como tales. El precepto caracteriza a las entidades mutualistas como aquellas asociaciones "constituidas libremente sin fines de lucro por personas inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales o de concurrir a su bienestar material y espiritual, mediante una contribución periódica"[61]. El concepto introducido constituye un componente sustancial no sólo de la ley en sí sino del sistema en su conjunto, que aquella contribuye a implementar. Con una redacción simple la definición recepta y confirma criterios prevalecientes en la doctrina pertinente y expone con claridad la misión y el propósito que fundamenta a la práctica mutualista[62]. La noción legal describe los principios y valores cuya convergencia identifica, cual elementos estructurantes, a las asociaciones mutuales: libertad de asociación; ausencia de fin de lucro; solidaridad; ayuda recíproca; búsqueda del bienestar material y espiritual; aportación de los asociados. Además, la norma caracteriza las prestaciones mutuales[63] e instituye el

[59] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...
[60] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...
[61] Ley 20321 art. 2°.
[62] Castelli, *Mutualismo y Mutualidades* ...
[63] Ley 20321 art. 4°.

"Registro Nacional de Mutualidades"[64]; sugiere los contenidos que debe reunir el estatuto[65]; categoriza a los socios a través de una taxonomía tripartita (activos, adherentes y participantes), enunciando los derechos que le corresponde a cada categoría en el funcionamiento de las entidades[66]. Establece, también, las causales de exclusión o expulsión de los asociados[67]. Asimismo, crea los organismos directivos y de fiscalización, describiendo sus atribuciones, deberes, duración de mandatos y forma de elección[68]. Reconoce, además, la potestad de las mutuales de integrarse en federaciones y confederaciones, distinguiendo, a su vez, los deberes y derechos de estas últimas entidades más amplias[69].

Gráfico: Acontecimientos relevantes en la evolución del régimen jurídico sobre economía social y solidaria de Argentina.



Fuente: Elaboración propia

[64] Ley 20321 art. 3°.
[65] Ley 20321 art. 6°.
[66] Ley 20321 art. 8°.
[67] Ley 20321 arts. 10° y 11°.
[68] Ley 20321 art. 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 17° y 23°.
[69] Ley 20321 arts. 31°, 32 y 33°.

III. LA FASE DE EXPANSIÓN: LA ECONOMÍA SOCIAL Y SOLIDARIA Y LA INCLUSIÓN SOCIAL

A partir del inicio del presente siglo, la economía social y solidaria fue adquiriendo, paulatinamente, mayor presencia y funcionalidad social en las comunidades argentinas. Particularmente, este creciente protagonismo comenzó a visibilizarse con más nitidez durante las etapas surcadas por el severo contexto de la profunda crisis socioeconómica e institucional del 2001-2002[70]. Puede decirse que la relevancia que fue cobrando la dinámica social y solidaria obedeció, en buena medida, a su potencialidad socialmente inclusiva, en tanto espacio de interacción generador de alternativas de reinserción sociolaboral para aquellos individuos situados dentro de segmentos poblacionales que enfrentan cuadros de vulnerabilidad socioeconómica; es decir, a favor de aquellos sujetos que atraviesan una condición inestable, en la cual confluyen la precariedad del trabajo y la debilidad de los apoyos de proximidad[71].

El avance de la economía social y solidaria comportó, también, muchas veces la convergencia entre el trabajo conjunto de los propios actores y la acción estatal focalizada. El crecimiento que experimentó el sector determinó el desenvolvimiento de consistentes estrategias estatales que implicaron el desarrollo de intervenciones institucionales dirigidas a estimular la constitución de emprendimientos sociales y solidarios. Mediante la confluencia entre las respuestas de los propios sujetos organizados colectivamente y la promoción oficial, se conformó un escenario social y solidario definido por su diversidad al integrarse a partir de la mixtura entre figuras clásicas e iniciativas no convencionales. Dentro del repertorio de expresiones tradicionales ocuparon un lugar de preponderancia las cooperativas de trabajos, las cuales se reprodujeron de modo considerable en el marco del proceso de recuperación desplegado luego del referido colapso de 2001 y 2002[72]. Así, proliferaron, en dicha etapa, tanto las cooperativas de trabajo voluntariamente constituidas como variantes al trabajo asalariado como también aquellas entidades cooperativas inscritas en la especie de las "fábricas recuperadas",

---

[70] José Luis Coraggio, "El papel de la economía social y solidaria en la estrategia de inclusión social", *Decisio* 29, (2011): 23-31. Ariel García y Alejandro Rofman, "Economía solidaria en Argentina. Definiciones, experiencias y potencialidades", *Revista Atlántida* 3, (2013): 99-118. Susana Presta, "El gobierno de lo posible. Economía social y solidaria, sujetos y poder", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 61, 227 (2016): 349-378.

[71] Castel, *La metamorfosis…*

[72] Mirta Vuotto, *El cooperativismo de trabajo en la Argentina: contribuciones para el diálogo social* (Lima: OIT/ Programa Regional para la Promoción del Diálogo y la Cohesión Social en América Latina, 2011).

modalidad que suponía un esfuerzo colectivo orientado a conservar la fuente de trabajo por parte de quienes hasta entonces se habían desempaño como trabajadores en relación de dependencia en la empresa fallida o abandonada[73].

En este proceso de expansión, la reformulación de la plataforma institucional supuso, además de la instrumentación de mecanismos de financiamiento que abarcaban los diferentes órdenes de la organización estatal (nacional, provincial y municipal), la instalación de la necesidad de adecuar la cobertura jurídica, a nivel federal, del ampliado y diversificado ámbito social y solidario. En dicho trayecto resaltaron algunas piezas normativas que concluyeron erigiéndose en ejes centrales en la expansión del sector y que, con algunas modificaciones, aún se encuentran vigentes. De este modo, dentro de este panorama normativo se destacaron las sucedáneas leyes 25865 [año 2004] y 26223 [año 2007] que ordenaron la aplicación y el funcionamiento del denominado "monotributo social"; la ley 26117 de Promoción del Microcrédito para el Desarrollo de la Economía Social [año 2006] y la ley 26355 de Marcas Colectivas [año 2008].

Al respecto, puede apuntarse que el instrumento incorporado por la ley 25865 y depurado por la ley 26223 presentó una importancia estratégica para el desarrollo y la sustentabilidad de las expresiones productivas del ámbito de la economía social y, también, para la ejecución de políticas y programas públicos dirigidos a impulsar la constitución de tales iniciativas o apuntalarlas. Pergeñado institucionalmente como una especie tributaria perteneciente al catalogado "régimen fiscal de pequeños contribuyentes", el monotributo social fue implementado con la finalidad de rescatar de la informalidad y la clandestinidad a variados actores de la economía con giro limitado y, en consecuencia, alcanzaba, también, a un considerable segmento de las expresiones que nutrían el campo de la economía social. Sin embargo, al poco tiempo de su implementación aquel móvil que fundamentaba a esta especie impositiva fue complementado con otra motivación que diversificó su sentido social y, de esta manera, esta modalidad de monotributo terminó posicionándose como un funcional instrumento institucional que favoreció la identificación de los emprendimientos situados en el orden de la economía social y la puesta en marcha de otras políticas públicas orientadas a fomentar al sector.

---

[73] Esteban Magnani, *El cambio silencioso: empresas y fábricas recuperadas por los trabajadores en la Argentina* (Buenos aires; Prometeo Libros, 2003). Andrés Ruggeri, Desiderio Alfonso y Emiliano Balaguer, *Bauen: el hotel de los trabajadores* (Buenos Aires: Callao, 2017).

Otro capítulo que integró el trayecto de configuración del marco normativo e institucional de la economía social en el ciclo de crecimiento y diversificación lo describió la ley 26684 de año 2011, reformadora de ley 24522 de Concursos y Quiebras. En efecto, ya que esta ley otorgó un soporte jurídico al proceso de recuperación de la empresa fallida por parte de sus trabajadores, al habilitar normativamente la posibilidad de la continuidad del establecimiento empresarial o fabril justificada en la preservación de la fuente de trabajo[74]. Si bien las empresas recuperadas en Argentina aún no cuentan con un régimen legal específico, puede argumentarse que la invocada ley 26684 de reforma concursal constituye un avance en este terreno. La solución legal no sólo suministra una alternativa destinada a morigerar los impactos negativos que podría generar sobre el cuerpo de trabajadores las consecuencias del quebranto de la empresa, sino que, también, aporta conferirle mayor visibilidad, desde una perspectiva legal e institucional, a la autogestión por parte de los dependientes de la empresa en situación de falencia.

Precisamente, ya que la inserción de estas revisiones a la ley de quiebras representó, además, un reconocimiento legal a un proceso de preservación de la condición laboral o de la fuente generadora de ingresos económicos a partir del trabajo que ya contaba con destacadas experiencias, en el terreno empírico de los últimos años. Estas modificaciones resumieron, en buena medida, un viraje ideológico que cambió de modo sustancial algunos lineamientos anclados en el propio espíritu de la ley. En esta dirección, Schujman[75] subraya el mérito que les asistió a los trabajadores en las reformas incorporadas al texto concursal, cuya resistencia,

---

[74] La subsistencia de la empresa fallida, a través de la modalidad de la recuperación, se halla plasmada en el segundo párrafo del artículo 189 de ley 24.522 de Concursos y Quiebras, en la redacción incorporada por la ley 26684. La finalidad que motiva la solución legal radica en la conservación de la fuente laboral, la cual se instala como el componente determinante para que se despliegue el mecanismo de rescate del emprendimiento comercial o productivo. Esta motivacaión debe, según la letra de la norma, materializarse a través de la posición uniforme de un segmento dominante del elenco de trabajadores de la empresa o, en su caso, de los acreedores laborales. Asimismo, la relevancia que la ley le confiere a la preservación de la fuente laboral, como fin que explica la continuidad de la explotación, es también resaltada en el artículo 191. En este precepto el legislador profundiza en el sentido que, precisamente, le imprime trascendencia a la conveniencia de proseguir con la actividad. Así, este artículo revela, en forma más nítida, la inteligencia que inspira la solución legal y que, a la vez, proporciona el razonamiento al cual debe acudir el juez a la hora de pronunciarse sobre la continuidad del establecimiento empresarial en quebranto. Dispone, así, el invocado artículo 191 que: "La autorización para continuar con la actividad de la empresa del fallido o de alguno de sus establecimientos será dada por el juez en caso de que de su interrupción pudiera emanar una grave disminución del valor de realización, se interrumpiera un ciclo de producción que puede concluirse, en aquellos casos que lo estime viable económicamente o en resguardo de la conservación de la fuente laboral de los trabajadores de la empresa declarada en quiebra".

[75] Mario Schujman, "Cooperativas que recuperan empresas", en *Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática jurídica y social*, coordinado por Isabel-Gemma Fajardo García (Valencia: CIRIEC, 2015): 79-22.

en su parecer, hizo factible la transformación de la "ideológicamente neoliberal ley de Concurso y Quiebras"[76] a la cual caracterizó como un cuerpo normativo "de clara intención liquidativa"[77], sancionado durante la década del noventa, en sintonía con la dirección de la política económica aplicada en aquel tiempo.

Si bien los avances normativos descriptos generaron una incidencia favorable, el ampliado espacio de la economía social y solidaria aún no cuenta con una norma genérica y específica que instaure un régimen legal e institucional que delimite al sector en sus actuales dimensiones, confiera reconocimiento a los emergentes actores que lo integran abordando sus principales aspectos. Con motivo de este panorama, algunos Estados provinciales decidieron regular en sus respectivas jurisdicciones las prácticas de la economía social y solidaria conforme su renovada fisonomía. Algunas de estas regulaciones se reproducen con pequeños matices entre determinadas provincias, pero en aquellos distritos provinciales en los cuales las normativas se alejan de los patrones reiterados se advierte la adopción de criterios dispares y el despliegue de enfoques diferentes. Así, mientras algunas normas abordan, estrictamente, el desenvolvimiento de entidades o actores precisados, otras procuran abordar, de modo genérico, al espacio de la economía social (ley III N° 10 y decreto 1039/2020 de Misiones de Feria Francas; ley 13136 de la provincia de Buenos Aires; ley 4499 de la provincia de Río Negro). Del mismo modo, mientras algunos instrumentos normativos se concentran en la promoción de programas o políticas pertinentes (ley 10151 de la provincia de Entre Ríos; ley 8435 y decreto 2266/2013 de la provincia de Mendoza; ley 14650 de la Provincia de Buenos Aires; ley 7480 del Chaco; ley 6376 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires); otros se dirigen a establecer una estructura institucional especifica (ley 5746 de la provincia de Catamarca). Asimismo, el sentido y alcance con los cuales es concebida la economía social y solidaria tambien difieren entre los dispositivos; de esta manera, el sector es caracterizado como un sistema o como un conjunto de prácticas económicas particularizadas.

[76] Schujman, "Cooperativas que recuperan..., 84.
[77] Schujman, "Cooperativas que recuperan..., 84.

Cuadro: Legislación provincial de Argentina sobre economía social y solidaria

Ley Provincial	Año de Sanción	Propósito / Objeto
Ley 13136 y decreto reglamentario 2993/2006 sobre Actividades Laborales de Autoempleo y Subsistencia de Buenos Aires	2003 [ley 13136] 2006 [decreto reglamentario]	- Proporcionar el marco normativo e institucional para la implementación de programas de impulso a la "autoorganización" de sujetos pertenecientes a sectores vulnerables, a través de la conformación de iniciativas de autoempleo de reducido volumen, desarrolladas bajo los fines y criterios de la economía social y solidaria.
Ley 4499 de Río Negro.	2009 [ley 4499]	Establecimiento del "Régimen de Promoción de los Mercados Productivos Asociativos". Creación del "Registro Provincial de Mercados Productivos Asociativos". Creación del "Fondo Específico" para el desarrollo del "Régimen de Promoción de los Mercados Productivos Asociativos".
Ley III N° 10 y decreto 1039/2020 sobre Feria Francas de Misiones	2010 [ley III 10/10] 2020 [decreto 1039]	Implementación del "Marco Regulatorio de las Ferias Francas de Productores". Creación del "Mercado Zonal Concentrador de Ferias Francas" de la provincia" Organización y habilitación del "Registro Provincial de las Ferias Francas". Conformación del "Consejo Asesor de Ferias Francas" de la provincia.
Ley 8435 y decreto 2266/2013 de Mendoza	2012 [ley 8435] 2013 [decreto 2266]	Implementación del programa de promoción de la economía social y solidaria de la provincia de Mendoza. Creación Consejo Provincial de Economía Social y Solidaria. Organización del Registro Organización del Registro Provincial de las Unidades de la Economía Social y Solidaria.
Ley 10151 y ley modificatoria 11021 de Entre Ríos	2012 [ley 10151] 2022 [ley 11021]	Implementación del "Régimen de promoción y fomento de la economía social" de la provincia de Entre Ríos. Creación del Registro de Efectores de la Economía Social y Solidaria". Aplicación de exención impositiva en tributos provinciales a los actores inscriptos en el "Registro de Efectores de la Economía Social y Solidaria de la Provincia" y en el "Registro Nacional de Efectores". Promoción de política de compras y contrataciones del Estado que priorice a los actores de la economía social y solidaria.
Ley 14650 de Buenos Aires	2014	- Implementación del Sistema de Promoción y Desarrollo de la Economía Social y Solidaria de la provincia. - Creación del "Consejo Provincial de Economía Social y Solidaria". - Establecimiento en cada sección electoral de "Consejos Regionales de la Economía Social y Solidaria".

Fuente: Elaboración propia

IV. PERSPECTIVAS Y DESAFÍOS

La aproximación operada, desde la gestión estatal, de la economía social y solidaria a la política social[78], a partir de la consideración de la funcionalidad de las iniciativas sociales y solidarias para generar alternativas de rescate e integración social, acceso al mercado laboral e inserción en los circuitos comerciales, también influyó en la identificación y caracterización de las emergentes figuras y, por ende, también, en la determinación de las dimensiones del espacio social y solidario. Los instrumentos normativos o documentos oficiales en los cuales se definen los programas públicos implementados, desde aquellos años, con el propósito de promover, en los segmentos poblacionales vulnerables, la acción colectiva emprendedora fundada en principios y valores sociales y solidarios, contienen, con frecuencia, la descripción de las características que tienen que reunir los eventuales agrupamientos productivos y/o comerciales a conformarse como, así también, referencias sobre su desenvolvimiento e incorporación en redes institucionales y/o socioeconómicas más amplias.

En un escenario de ausencia de una norma nacional exclusiva,aquella descripción de los grupos destinatarios de los programas públicos obrantes en los instrumentos normativos y documentos oficiales que los sustentan, supone, en alguna medida, un reconocimiento institucional de las nuevas figuras y contribuye a su visibilidad. Empero, la caracterización de los nuevos actores del renovado y ampliado segmento social y solidario derivada de los programas públicos de fomento no siempre es consistente, exhibiendo discordancias entre los textos normativos y/o institucionales de las variadas herramientas de promoción. Del mismo modo, tal caracterización tampoco refleja una concordancia con la descripción e identificación de los actores incluida en los regímenes subnacionales sobre economía social y solidaria en aquellos distritos provinciales que regularon la cuestión.

Los regímenes provinciales sobre economía social y solidaria reflejan puntos de contacto, pero también singularidades que los distinguen entre sí, derivadas de las características económicas, institucionales y socioculturales de los contextos en los cuales se sitúan. Sin embargo, en algunos supuestos las diferencias entre los marcos normativos locales resultan muy marcadas, no sólo en las posiciones epistémica e ideológica asumidas para definir al ámbito social y solidaria sino también en la delimitación del sector y la identificación de sus

[78] Coraggio, "L'économie sociale…".

actores. Así, se advierten en algunos regímenes instituidos en la presente década, la incorporación de contenidos propios de la denominada economía popular sin trazar, con precisión, las fronteras entre este último espacio emergente y el escenario de la economía social y solidaria.

Las transformaciones del orden social y solidario no se circunscriben, estrictamente, al surgimiento de nuevas figuras atípicas, sino que algunos cambios también alcanzan a la actividad cooperativa y mutualista. De esta manera, en los últimos años, debido, en algunos casos a la renovada relevancia de determinados rubros clásicos dentro de la práctica cooperativa y, en otros supuestos, al creciente protagonismo de ciertas experiencias cooperativistas innovadoras, se fue intensificando la conveniencia de regular de forma exclusiva a estas expresiones preponderantes. Tanto desde ámbitos tradicionales en los cuales se destacan el cooperativismo de vivienda y de trabajo, como desde segmentos que recientemente fueron cobrando prevalencia, entre las cuales resaltan las cooperativas de partes múltiples, de cuidado, y las cooperativas de plataforma, se pregona por la cobertura específica y focalizada a través de la sanción de legislaciones exclusivas.

Por su parte, el desenvolvimiento de la práctica mutualista también plantea una agenda de tópicos que resulta conveniente contemplar jurídicamente o actualizar el tratamiento normativo ya existente. Entre otros, se destacan aspectos y contenidos como la educación mutual; la gobernanza mutualista; el incremento y fortalecimiento de competencias colectivas y aptitudes individuales en los consejos de administración, la competitividad de las mutuales en el marco de los condicionamientos propios del contexto financiero actual; la integración de las entidades mutuales con otras empresas asegurando, en tal interacción o colaboración, el resguardo de los valores solidarios y la preservación de la figura de la mutualidad.

V. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos procurado caracterizar la regulación legal e institucional de la economía social y solidaria en el ordenamiento argentino. Para ello, hemos recorrido los principales hitos en la evolución normativa de la cuestión en dicho escenario con el propósito de comprender el curso observado en el respectivo proceso de normación hasta la configuración del marco legal vigente. Del mismo modo, hemos intentado describir los principales desafíos que el

dinamismo del sector social y solidario plantea al régimen normativo específicos en el contexto abordado. Teniendo en cuenta ello, podemos efectuar una serie de comentarios:

- Se destaca la profunda identidad histórica de la economía social y solidaria en la población argentina, ligada en sus comienzos a los movimientos cooperativo y mutualista. En este sentido, el origen del sector en los núcleos comunitarios se remonta al siglo XIX, resultando el trayecto desarrollado en otras latitudes y, principalmente, en Europa determinante para la transferencia de los valores y prácticas de la economía social y solidaria, principalmente de la vertiente cooperativista y mutualista, hacia la joven sociedad argentina, a través del flujo de migrantes que arribaron al país en aquella centuria. La influencia de las experiencias cooperativista y mutualista europea, tal cual se explicó, fue significativa, evidenciando la conformación de algunas de las primeras expresiones argentinas, la incidencia directa de la iniciativa de los migrantes procedentes del viejo continente.

- Aquel desenvolvimiento temprano de la economía social desde la segunda mitad del Siglo XIX, principalmente a través del accionar cooperativo y mutualista, tuvo lugar inicialmente, en el país, en un contexto de ausencia de referencias normativas. Por ello, el creciente desarrollo que, progresivamente, fueron evidenciando las prácticas cooperativistas y mutualistas generó la necesidad de normar sus aspectos centrales. A partir de allí, se desplegó en el ordenamiento jurídico argentino un ciclo que se extendió a lo largo de varias décadas, orientado, en un principio, a regular al segmento cooperativo y mutualista y, luego, a perfeccionar el marco legal ya instaurado.

- El espacio social y solidario, originariamente conformado a partir del cooperativismo y el mutualismo, fue experimentando una ampliación y diversificación desde las últimas décadas del siglo pasado, intensificándose tal crecimiento a partir del año 2000. Este ciclo de marcada expansión se tradujo en la proliferación de figuras clásicas y en la irrupción de variados actores nuevos, en consonancia con una tendencia iniciada, en los años precedentes, en las sociedades de otros países. Al respecto, puede sostenerse que la respuesta frente a tal panorama de desarrollo y difusión le aporta un rasgo significativo que representa un componente distintivo en la actualidad jurídica sobre la cuestión. Así, el Estado argentino sigue careciendo de una norma federal exclusiva y genérica que aborde a la economía social y solidaria en su renovada dimensión e integre a los nuevos actores que emergieron en los últimos años nutriendo y diversificando al espacio social y solidario. Este déficit normativo en el ordenamiento

argentino fue suplido, parcialmente, por algunos Estados provinciales al regular, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, las manifestaciones recientes de la economía social y solidaria.

- Precisamente, con relación a la vocación reguladora que describieron en la materia las provincias, puede sostenerse que las trayectorias normativas configuradas en los correspondientes ámbitos provinciales terminaron conformando un panorama caracterizado por su heterogeneidad y variedad. De esta manera, si bien se observan proximidades entre algunos de los regímenes locales instaurados también se advierten distancias marcadas entre otros. Tales diferencias comprenden aspectos centrales como la conceptualización de la economía social y solidaria, la demarcación del campo específico y la identificación y caracterización de los actores que lo componen. Esta diversidad atenta contra la construcción y desarrollo de una imagen institucional uniforme sobre el sector e incide en la generación, por parte de los actores, de representaciones sociales e imaginarios concordantes sobre las prácticas sociales y solidarias, dificultando con ello la posibilidad de articular diálogos e interacciones en términos normativos, entre actores e instituciones competentes pertenecientes a distintos distritos provinciales.

- Sin embargo, con aquellos elementos como definiciones sustanciales, es decir, la ausencia de una norma federal específica y el avance normativo en el plano subnacional por parte de algunas provincias, el ordenamiento jurídico argentino se enfrenta a las necesidades y demandas planteadas por el dinamismo del segmento social y solidario. Así, los desafíos planteados por las transformaciones del sector, tal cual pudo analizarse, presentan tal complejidad que, atravesando las dimensiones política, institucional, económico-financiera y social, abarcan aspectos relevantes: delimitación del sector; identificación y caracterización de los actores; alcance y funcionamiento de los organismos públicos competentes en el área; generación de estructuras institucionales para los programas públicos de fomento del espacio social y solidario; relaciones e interacciones entre las provincias y el Estado Nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

6.1. Bibliografía

Abeigón, Alberto. *El mutualismo en la República Argentina*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires - Facultad de Ciencias Económicas, 1946.

Anaya, Jaime Luis "Introducción". En *Código de Comercio y Leyes Complementarias. Comentados y Concordados. Tomo I – artículos 1 al 42*, coordinado por Jaime Luis Anaya y Humberto Antonio Podetti, 17-47. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1965.

Arella, Felipe Rodolfo y Arella, Santiago José. *Mutualismo y Cooperativismo Argentinos. Aporte Documental de la Legislación*. Buenos Aires: Universidad de Belgrano, 2006.

Boyer, Robert y Hollingsworth, Joseph Rogers. *Contemporary Capitalism, the Embdeddedness of Institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

Boyer, Robert. "Les alternatives au fordisme. Des années 1980 au XXIe siècle". En *Les Régions qui gagnent. Districts et réseaux: les nouveaux paradigmes de la géographie économique*, dirigido por Georges Benko y Alain Lipietz, 189-226. Paris : PUF, 1992.

Castel, Robert. *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Buenos Aires: Paidós, 1997.

Castelli, Blas José. *Mutualismo y Mutualidades*. Buenos Aires: Colegio de Graduados en Cooperativismo y Mutualismo de la República Argentina, 2014.

Coraggio, José Luis. "El papel de la economía social y solidaria en la estrategia de inclusión social". *Decisio* 29 (2011): 23-31.

Coraggio, José Luis. "L'économie sociale et solidaire et son institutionnalisation en Amérique latine: cinq pays, cinq processus". *Revue Française de Socio-Économie* 15 (2015): 233- 252.

Cracogna, Dante. "El mundo jurídico de las cooperativas". *Revista de Idelcoop* 6, nº 22/23 (1979): 1 – 9.

Cracogna, Dante. "La legislación cooperativa en Argentina". *Deusto Estudios Cooperativos* 18 (2021): 53-85.

Defourny, Jacques y Develtere, Patrick. "Orígenes y perfiles de la economía social en el Norte y en el Sur". En *La economía social en el norte y en el sur,* compilado por Jacques Defourny; Patrick Develtere y Bénédicte Fonteneau, 37-84. Buenos Aires: Corregidor, 2001.

García, Ariel y Rofman, Alejandro. "Economía solidaria en argentina. Definiciones, experiencias y potencialidades". *Revista Atlántida* 3 (2013): 99-118.

González Bernaldo de Quirós, Pilar. "El 'momento mutualista' en la formulación de un sistema de protección social en Argentina: socorro mutuo y prevención subsidiada

a comienzos del siglo XX". *Revista de Indias* LXXIII, nº 257 (2013): 157-192.

Harvey, David. *Breve historia del neoliberalismo*. Madrid: Akal, 2007.

Hiez, David. "La loi sur l'économie sociale et solidaire: un regard juridique bienveillant". *RECMA* 334 (2014): 44-56.

Hiez, David. "Legal Frameworks and Laws for the Social and Solidarity Economy". En *Encyclopedia of the Social and Solidarity Economy*, dirigido por Ilcheong Yi, 365-371. Cheltenham y Northampton, MA: Edward Elgar Publishing Limited / United Nations Inter-Agency Task Force on Social and Solidarity Economy [UNTFSSE], 2023.

Laverán, Marina Guadalupe; Bley, Lili María y Ricatti, María Soledad. "El cooperativismo. Historia, Evolución y Rol Actual". *E-kó – Divulgando* 1, nº 4 (2019): 4-13.

Lévesque, Benoît y Mendell, Marguerite. "L'économie sociale: diversité des définitions et des constructions théoriques. *Revue Interventions économiques* 32 (2005): 1-25.

Magnani, Esteban. *El cambio silencioso: empresas y fábricas recuperadas por los trabajadores en la Argentina*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2003.

Mateo, Graciela. "El cooperativismo agrario en la provincia de Buenos Aires (1946-1955)". *Mundo Agrario* 2, nº 4 (2002): 2-27.

Moirano, Armando Alfredo. "Historia del Movimiento Cooperativo Argentino". *Revista de Idelcoop* 13, nº 49 (1986): 1-7.

Montes, Verónica Lilian y Ressel, Alicia Beatriz. "Presencia del cooperativismo en Argentina". *Revista UniRcoop* 1, nº 2 (2003): 9 - 26.

Ogburn, William Fielding. *Social change with respect to culture and original nature*. New York: Huebsch, 1922.

Plotinsky, Daniel. Orígenes y consolidación del cooperativismo en la Argentina. *Revista Idelcoop* 215 (2015):157-178.

Presta, Susana. "El gobierno de lo posible. Economía social y solidaria, sujetos y poder". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* 61, nº 227 (2016): 349-378.

Reed, Darryl. "Access to markets". En *Encyclopedia of the Social and Solidarity Economy*, dirigido por Ilcheong Yi, 338-347. Cheltenham y Northampton, MA: Edward Elgar Publishing Limited / United Nations Inter-Agency Task Force on Social and Solidarity Economy [UNTFSSE], 2023.

Repetto, Nicolás. *Lecciones sobre cooperación*. Buenos Aires: Librería y editorial de la Federación Argentina de Cooperativas de Consumo, 1944.

Ruggeri, Andrés; Alfonso, Desiderio y Balaguer, Emiliano. *Bauen: el hotel de los trabajadores*. Buenos Aires: Callao, 2017.

Schujman, Mario. "Cooperativas que recuperan empresas". En *Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática jurídica y social*, coordinado por Isabel-Gemma Fajardo García, 79-22. Valencia: CIRIEC, 2015.

Solà i Gussinyer, Pere. "El mutualismo y su función social: sinopsis histórica CIRIEC-España". *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* 44 (2003): 175-198.

Spear, Roger. "The social economy in Europe: trends and challenges". En *Researching the Social Economy Matters*, editado por Laurie Mook, Jack Quarter y Sherida Ryan, 84–105. Toronto: Universidad de Toronto, 2010.

Vuotto, Mirta. *El cooperativismo de trabajo en la Argentina: contribuciones para el diálogo social*. Lima: OIT/ Programa Regional para la Promoción del Diálogo y la Cohesión Social en América Latina, 2011.

Zavala, Armando. "La mutual en la legislación argentina". *Anales* 31 (1993): 111-122.

6.2. Documentos Institucionales

Aspectos Básicos Cooperativos. Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social [INAES], Ministerio de Desarrollo Productivo de Argentina.

Aspectos básicos de las mutuales. Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social [INAES], Ministerio de Desarrollo Productivo de Argentina.

6.3. Anexo Legislativo

6.3.a. Legislación argentina citada

6.3.a.1) Códigos Nacionales [legislación sustantiva o de fondo]

Código de Comercio del año 1862

6.3.a.2) Leyes nacionales

Ley Nacional N° 19550 del año 1984.
Ley Nacional N° 20321 [Mutuales] del año 1973.
Ley Nacional N° 20337 [Cooperativas] del año 1973.
Ley Nacional N° 17376 de 1967
Ley Nacional N° 12921 del año 1946.
Ley Nacional N° 12209 del año 1935
Ley Nacional N° 11388 del año 1926.
Ley Nacional N° 2637 del año 1889.

6.3.a.3) Decretos del Poder Ejecutivo Nacional

Decreto-ley N° 24499 del año 1945.
Decreto N° 3320 del año 1938.

6.3.a.4) Leyes y decretos provinciales

Ley N° 13136 del año 2003 y decreto reglamentario 2993/2006 de la provincia del Buenos Aires.

Ley N° 4499 de la provincia de Río Negro del año 2009.]
Ley III N° 10 del año 2010 y decreto 1039/2020 de la provincia de Misiones
Ley N° 8435 del año 21012 y decreto 2266/2013 de la provincia de Mendoza
Ley N° 10151 del año 2012 y ley modificatoria 11021 del año 2022 de la provincia de Entre Ríos
Ley N° 14650 del año 2014 de la provincia de Buenos Aires
Ley N° 7480 del año 2014 de la provincia del Chaco
Ley N° 13516 del año 2015 de la provincia de Santa Fe.
Ley N° 6376 del año 2020 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Ley N° 5746 del año 2022 de la provincia de Catamarc.

MIGUEL AGUSTÍN TORRES
Doctor en Humanidades [Universidad Nacional de Tucumán (UNT)] y
Doctor en Derecho [Universidad de Buenos Aires (UBA)]
agutorresk@gmail.com
ORCID: 0000-0003-3410-1961

SOPHIE MOREIL
Doctora en Derecho Privado [Universidad Panthéon-Assas, Paris 2].
Profesor titular (HDR) de Derecho privado [Université du Littoral - Côte d'Opale (ULCO)].
sophie.moreil@univ-littoral.fr
Código ORCID: 0009-0007-3110-1014

4.- Derecho Penal y Criminología

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 243-270
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.243

LA EXPERIENCIA PROMEDIO: UN MODELO DE GESTIÓN PARA LA REDUCCIÓN DEL VERTIDO ILEGAL[1]

THE PROMEDIO EXPERIENCE: A MANAGEMENT MODEL FOR THE REDUCTION OF ILLEGAL DUMPING

SARA Mª MARCHENA GALÁN

LOREA ARENAS GARCÍA

Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

Los vertidos ilegales constituyen un problema medioambiental presente en la mayoría de los municipios de la geografía española. Los desafíos que plantea su adecuada prevención, control y gestión implican la colaboración activa entre una diversidad de actores e instituciones. En este trabajo se analiza la experiencia del programa PROMEDIO, iniciativa impulsada por la Diputación de Badajoz (España) para mejorar la recogida y el tratamiento de los residuos de construcción y demolición y su impacto en 57 localidades de la provincia de Badajoz.

Palabras clave: Vertido ilegal, gestión de residuos, PROMEDIO, RCD, Criminología verde.

[1] Este estudio es fruto del proyecto "Teledetección y análisis ambiental de vertederos ilegales" (IB20050-2021/2024), financiado por la Junta de Extremadura y el Fondo de Desarrollo Regional (FEDER) con 103.447 euros. Agradecemos la labor, compromiso y colaboración de los agentes clave y del equipo técnico del proyecto.

ABSTRACT

Illegal dumping constitutes an environmental issue present in most municipalities across Spanish geography. The challenges its proper prevention, control, and management present necessitate active collaboration among a diverse array of actors and institutions. This paper analyzes the experience of the PROMEDIO program, an initiative driven by the Provincial Council of Badajoz (Spain) to improve the management and treatment of construction and demolition waste and its impact on 57 localities in the province of Badajoz.

Keywords: Illegal dumping, waste management, PROMEDIO, C&DW, Green Criminology.

Sumario: I. Introducción, II. La relación de la gestión del residuo con el vertido ilegal, III. PROMEDIO, IV. Objetivos y metodología, V. Resultados, V.1. Características de los municipios PROMEDIO y su relación con el vertido ilegal, V.2. Las percepciones de los agentes clave, VI. Conclusión, VII. Referencias bibliográficas..

I. INTRODUCCIÓN

El vertido ilegal es actualmente uno de los principales retos de la Criminología verde[2] dadas sus graves consecuencias para la salud y el medio ambiente[3], así como por la complejidad que conlleva la comisión de esta fenomenología criminal. Por vertido ilegal se entiende el desecho de sustancias u objetos, cualquiera que sea su tipo, en lugares públicos o privados no autorizados, limitando su reciclaje, recuperación o eliminación[4].

[2] La Criminología verde estudia el conjunto de daños contra el medio ambiente, analizando los factores y contextos que los producen o los promueven, así como sus causas y consecuencias. Es una rama de la criminología que reflexiona sobre cómo los cuerpos normativos, los sistemas de justicia, los sujetos y los colectivos responden, o deberían responder, a este tipo de daños (BRISMAN, Avi, SOUTH, Nigel, WHITE, Rob, *Environmental Crime and Social Conflict. Contemporary and Emerging Issues*, 2015, London, Routledge, p. 344; WHITE, Rob, GRAHAM, Hannah, «Greening Justice: Examining the Interfaces of Criminal, Social and Ecological Justice», en *British Journal of Criminology*, número 55, pp. 845-865).

[3] SENIOR, Kathryn., MAZZA, Alfredo, «Italian "Triangle of death" linked to waste crisis» en The Lancet Oncology, 2004, número 5, volume 12, p.710; TRIASSI, Maria*, et al.*, «Enviromental Pollution from Illegal Waste Disposal and Health Effects: A Review on the "Triangle of Death" », *International Journal of Enviromental Research and Public Health*, 2012, número 12, volumen 2, pp. 1216-1236.

[4] LU, Weisheng, «Big data analytics to identify illegal construction waste dumping: A Hong Kong study» en *Resources, Conservation & Recycling*, 2018, número 141, p. 264.

La Estrategia Comunitaria de gestión residuos[5] abordó en 1989 la cuestión del vertido ilegal y sus consecuencias adoptando un marco estratégico para la gestión de los residuos, con el objetivo de ponerle fin al vertido ilegal y apostar por la reutilización, el reciclado, la valorización y, en su caso, la eliminación de los residuos que no puedan ser valorizados o recuperables. Posteriormente, esta jerarquía se plasmó en las correspondientes revisiones de la estrategia en los años 1996 y 1997, estableciendo como objetivo fundamental la reducción de la generación de los residuos y la apuesta por su valorización. De esta manera, la eliminación de los residuos mediante vertido o incineración quedó excluida de los compromisos del Horizonte Europa 2020[6] y de sus posteriores actualizaciones. Es por ello que los objetivos actuales abogan por una política europea eficiente en el uso de los recursos, la economía circular y el reciclaje, siendo los vertederos el último recurso al que destinar los residuos. En este sentido, España aprobó la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular (en adelante, Ley 7/2022) y aprobó el Plan Estatal Marco de Residuos (PEMAR 2016-2022)[7].

Sin embargo, a pesar de todo ello, la tasa de residuos reciclados sigue siendo insuficiente y se siguen desconociendo las ubicaciones de los focos de vertidos ilegales y su magnitud. Debido a ello, la Comisión Europea ha denunciado a España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por la existencia de, al menos, 195 vertederos ilegales no cerrados, sellados ni restaurados desde el año 2008 que están provocando graves daños al medio ambiente y poniendo en riesgo la salud de la población[8].

Desde el Ministerio de Interior del Gobierno de España, el vertido de residuos es la infracción administrativa contra el medio ambiente que con más frecuencia se ha producido entre los años 2010 y 2019[9], constituyendo en torno al 20% del total de las infracciones contra el medio ambiente. En este sentido, la Fiscalía General del Estado llamó la atención sobre el alto número de vertederos

[5] Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1990.
[6] Más información: *https://www.horizonteeuropa.es/anteriores-programas/h2020* [Consultado 15.15.2024].
[7] Este Plan contiene una estrategia de carácter general de la política de los residuos, las orientaciones y cómo deben ser los planes autonómicos en esta materia.
[8] Véase el comunicado de prensa de la Comisión Europea: La Comisión ha decidido llevar a España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por no haber aplicado los requisitos de gestión de residuos", en Bruselas a 7 de febrero de 2024*: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_266*
[9] Tal y como indican los Anuarios Estadísticos del Ministerio de Interior desde los años 2009 a 2022. Disponibles para su consulta en: *https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/* [Consultado 15.15.2024].

y la gran cantidad de incendios forestales procedentes de las plantas y las instalaciones de tratamiento y gestión de residuos[10].

Por su parte, las organizaciones ecologistas trabajan para localizar vertidos ilegales, desarrollando herramientas como el "Mapa interactivo de vertidos de la Comunidad de Madrid", gracias al cual se localizaron casi 300 puntos de vertido de residuos de enseres domésticos, residuos sólidos peligrosos como el amianto y residuos de construcción y demolición (en adelante, RCD) únicamente en los municipios de Alcorcón y Móstoles. Las zonas en las que se suelen encontrar son lugares de fácil acceso vía carretera y con poca o ninguna vigilancia, como pueden ser cunetas de caminos, las zonas colindantes a polígonos industriales, la periferia de las ciudades, zonas de campo, cerca de ríos, bosques, etc. Se suelen encontrar dispersos por los caminos, y cuando es recurrente, empiezan a formar montículos cada vez más extensos con un alto impacto visual.

Otros estudios hacen referencia a la existencia de hasta 1700 puntos de vertidos incontrolados en Andalucía[11] y 439 en las Islas Canarias[12], siendo el 93,18% de ellos visibles a menos de 500 metros de cualquier camino rural, y constituyendo el 60% del total residuos procedentes de la construcción y la demolición[13]. En el caso de Extremadura, al igual que en otras zonas de España, la presencia de estos residuos es muy habitual en campos, caminos y cunetas, siendo así que en 2015 la Comisión Europea informó a España de la existencia de 133 vertederos ilegales de residuos inertes en Extremadura[14]. Ello dio lugar a la creación del Plan Integrado de Residuos de Extremadura (PIREX) para el

[10] Véase la Memoria de la Fiscalía del año 2020 en materia de medio ambiente: *https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ceneam/grupos-de-trabajo-y-seminarios/fiscalias-de-medio-ambiente/memoria2020fiscaliacoordinadorademedioambiente_tcm30-537060.pdf*

[11] FERNÁNDEZ-JURADO. José A., GONZÁLEZ-ALMENDROS, Carmen Mª., SABARIEGO-RIVERO, Sebastián, «Vertederos ilegales», en *Boletín Criminológico*, 1995, número 1, volumen 16, pp. 1-4; JORDÁ-BORREL, Rosa, *et al.*, «Factor analysis and geographic information system for determining probability areas of presence of illegal landfills», en *Ecological Indicators,* 2014, número 37, volumen, 1, pp. 151-160; LUCENDO-MONEDERO, Ángel Luis, JORDÁ-BORRELL, Rosa, y RUIZ-RODRÍGUEZ, Francisca, «Predictive model for areas with illegal landfills using logistic regression» en *Journal of Environmental Planning and Management*, 2015, número 58, volumen 7, pp. 1309-1325; NAVARRO, Joan., *et al.*, «Feathered detectives: real-time GPS tracking of scavenging gulls pinpoints illegal waste dumping» en *PLoS One*, 2016, número 11, volumen 7.

[12] QUESADA RUIZ, Lorenzo Carlos, RODRÍGUEZ-GALIANO, Víctor Francisco, y JORDÁ BORREL, Rosa, «Identifying the main physical and socioeconomic drivers of illegal landfills in the Canary Islands» en *Waste Management & Research*, 2018, número 36, volumen 11, pp. 1049-1060.

[13] JORDÁ-BORREL, Rosa, *et al.*, *Ob. Cit.*, p. 158.

[14] La herramienta de comunicación fue la remisión una carta de emplazamiento sobre la Infracción nº 2015/2192. Disponible para consulta en: *https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/PLACE_es/Site/area/docAccCmpnt?srv=cmpnt&cmpntname=GetDocumentsById&source=library&DocumentIdParam=665cabe9-4500-48cb-a3fd-31626ed961cf* [Consultado 15.15.2024].

periodo 2016-2022, siendo el actual para 2023-2030, que exponen la especial problemática con los RCD. Los RCD son residuos inertes que se generan en una obra de construcción o de demolición, provenientes habitualmente de obras menores de construcción y reparación domiciliaria. Están regulados por el Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición.

La problemática de estos residuos en Extremadura promovió hacer uso de las competencias de coordinación de los servicios municipales de las Diputaciones Provinciales de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local actuar desde el marco provincial, firmándose el 25 de abril de 2014 el primer Convenio Interadministrativo de Colaboración entre la Consejería de Agricultura, Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Energía, la Diputación Provincial de Cáceres y la Diputación Provincial de Badajoz, para la detección y evaluación de zonas degradadas por el vertido de RCD y su posterior sellado y recuperación ambiental. Así, en la provincia de Cáceres se desarrollaron dos planes que dieron lugar a la clausura de 49 vertederos ilegales, el establecimiento de 26 plantas de reciclaje de carácter fijo y móvil y puntos limpios repartidos por toda la provincia y con un modelo de gestión planificado[15]. En la provincia de Badajoz, la problemática del vertido ilegal ha sido aún mayor, concentrándose la mayor parte de las denuncias del Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (SEPRONA) en los municipios de Don Benito, Guareña, Lobón y Villanueva de la Serena. En consecuencia, se impulsó el Consorcio de Gestión Medioambiental de la Diputación de Badajoz, denominado PROMEDIO, el cual se configura como un sistema de recogida de RCD público y gratuito implementado en 73 municipios de Badajoz. El mismo ha estado operativo entre los años 2017 y 2022. En este artículo planteamos la hipótesis de que dicho programa (pionero en la región) haya tenido un impacto en el número de denuncias durante los años que estuvo operativo, ya que, tal y como se explica a continuación, la evidencia científica en la materia afirma que existe una relación entre el modelo de gestión del residuo y la presencia o ausencia del vertido ilegal.

[15] MARCHENA GALÁN, Sara Mª, «El proceso de gestión del residuo sólido y relación con el vertido ilegal» en *Escombreras ilegales en Extremadura. Un análisis criminológico* (Coord. Lorea Arenas), edit. Tirant Lo Blanch, 2024, pp. 267-302.

II. LA RELACIÓN DE LA GESTIÓN DEL RESIDUO CON EL VERTIDO ILEGAL

Desde la Criminología se han identificado algunos de los factores que influyen en la comisión del vertido ilegal, y que actúan en lo que denominamos el proceso de gestión de residuos. La Ley 7/2022 define la gestión de residuos como "la recogida, el transporte, la valorización y la eliminación de los residuos, incluida la clasificación y otras operaciones previas; así como la vigilancia de estas operaciones y el mantenimiento posterior al cierre de los vertederos". Es así que la gestión de los residuos es una de las claves para la prevención del vertido ilegal, siendo el modelo de gestión utilizado imprescindible para abordar las principales causas y así garantizar su eficacia.

En este sentido, se ha analizado que durante el proceso de gestión de los residuos intervienen diversos sujetos que tienen que tomar decisiones que van a influir en la realización del vertido o no, y en las que influyen cuestiones como las alternativas de depósito de residuos como instalaciones, su cercanía, y también su coste. De esta manera, el vertido sigue siendo, en ocasiones, una de las manera más fáciles y baratas de eliminación de los residuos[16].

A su vez, se ha determinado que los residuos de construcción y demolición producidos en las obras menores[17] representan el mayor porcentaje de residuos generados. Ello se debe que estas obras están sometidas a un menor control dadas sus características, suponiendo a su vez, un gran número de vertidos ilegales en las zonas periurbanas de los municipios, como ocurre en el caso de Extremadura. En este sentido, el Decreto 20/2011, de 25 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los RCD en la comunidad autónoma de Extremadura (en adelante, Decreto 20/2011) establece la competencia para la gestión de los RCD procedentes de obras menores de construcción y reparación domiciliaria en los ayuntamientos, y delegadamente en las mancomunidades integrales[18].

---

[16] SLAVIK, Jan, PAVEL, Jan, «Do the variable charges really increase the effectiveness and economy of waste management? A case study of the Czech Republic» *en Resources, Conservation and Recycling*, 2013, número 70, pp. 68-77.

[17] El artículo 1.c) del Decreto 205/2003, de 16 de diciembre, por el que se regula la memoria habilitante a efectos de la licencia de obras en Extremadura define la obre menor como aquella que se caracteriza por su escasa entidad, sencillez constructiva y pequeña cuantía y, por tanto, no requieren de proyecto técnico ni memoria habilitante

[18] Véase el artículo 3 Decreto 20/2011, de 25 de febrero, por el que establece el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

En este sentido, son múltiples las medidas que se pueden tomar para prevenir y controlar el vertido ilegal con el objetivo de influir en la toma de decisiones de los sujetos implicados en el proceso de gestión de residuos. Estas medidas pueden ser económicas, logísticas, y de concienciación medioambiental y ciudadana[19].

Las *medidas económicas* implican establecer una cantidad dineraria como tasa, garantía o sanciones. Entre las tasas podemos diferenciar entre el sistema de tasas fijas, consistentes en un importe cerrado independientemente del residuo, como son las "tasas solidarias", o el de tasas variables, que atienden al tipo de residuo, la cantidad u otras características. En los últimos años se ha apostado por el tipo variable dado que promueve una mayor implicación de quien genera el residuo en su clasificación y separación[20]. Esta participación del sujeto que genera los residuos ya es una obligación en España, dado que la ya citada Ley 7/2022 contempla el deber de los productores iniciales o de los poseedores de residuos domésticos a separar los residuos en origen y atender a lo indicado en las ordenanzas municipales en materia de gestión de residuos[21]. Esta ley también regula todos los entes locales que deben regular una tasa o prestación patrimonial de carácter público que permita el tratamiento de los residuos, entre otras cuestiones[22].

Una de las medidas estrella de tipo económico es el establecimiento de una fianza que se deposita previamente a la ejecución de la obra y que se recupera únicamente en el caso de que, efectivamente, se haya cumplido con la obligación de trasladar los residuos al lugar que corresponde, esto es, los puntos de destino habilitados para ello. En España, la fianza se incorporó al ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición, que establece la necesaria incorporación de la misma en las CCAA en cuantía suficiente[23]. Como resultado de ello, en Extremadura, el Decreto 20/2011 estableció la solicitud de

[19] MARCHENA GALÁN, Sara Mª, *Ob. Cit.*
[20] FULLERTON, Don., KINNAMAN, Thomas, «Household responses to pricing garbage by the bag» en *American Economic Review*, 1996, número 86, volumen 4, pp. 971–984; MIRANDA, Marie Lynn, BAUER Scott. D., ALDY, Joseph. E., *Unit pricing programs for residential municipal solid waste: an assessment of the literature*, edit. Duke University, Durnham, 1996.
[21] Véase el artículo 20.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.
[22] Véase el artículo 11.3 de la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular.
[23] Véase el artículo 6.2 Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición.

fianza por parte de los entes locales[24], de manera que cada municipio debe tener una ordenanza municipal que contemple esta medida y que determine la cuantía a exigir. Por otro lado, se encuentran las conocidas sanciones. En España, la Ley 7/2022 recoge un régimen sancionador de prácticas como el denominado *littering* (o verter basuras de manera intencionada en donde no corresponde), consistente en la dispersión de basura por cualquier tipo de terreno. Igualmente, las comunidades autónomas y los entes locales disponen de potestad sancionadora. Es así como el decreto extremeño de gestión de residuos expresa que esta potestad va a recaer en las ordenanzas municipales de los entes locales[25].

Por su parte, las *medidas logísticas* son aquellos instrumentos dirigidos a que los RCD lleguen a su destino habilitado, de ahí que sean medidas para facilitar la recogida y el traslado. Por un lado, tenemos el denominado "puerta a puerta" mediante el que los ayuntamientos recogen los residuos en los domicilios donde se realizan las obras. Sin embargo, debido al coste que suponen este método, se suele optar por el sistema de los puntos de recogida y de tratamiento, mediante el que se establecen distintos puntos habilitados en el territorio para poder depositar los RCD. La eficacia de este sistema se considera muy alta de acuerdo con aquellos estudios que exponen que uno de los factores principales para que se produzcan vertidos ilegales es la falta de este tipo de instalaciones[26].

En Extremadura, el sistema de los puntos de recogida y tratamiento consiste en el establecimiento distintas instalaciones dirigidas a estos fines. En primer lugar, tenemos los puntos limpios, que son instalaciones de recogida de residuos ubicadas en zonas urbanas o periurbanas, donde puede acudir la ciudadanía a depositar sus residuos. En segundo lugar, están los puntos de acopio o bateas, que son un tipo de contenedores igualmente ubicados en los municipios para el almacenaje temporal de RCD hasta su traslado a la planta de transferencia o plantas de RCD. Las plantas de transferencia son emplazamientos habilitados para el depósito de residuos, también de manera temporal, hasta su traslado definitivo a la planta de RCD, que es el destino final de todo residuo.

[24] Véase el artículo 7. c) Decreto de 25 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

[25] Véase el artículo 32 del Decreto 20/2011, de 25 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad Autónoma de Extremadura

[26] ICHINOSE, Daisuke, YAMAMOTO, Masashi, «On the relationship between the provision of waste management service and illegal dumping», en *Resource and Energy Economics*, 2011, número 33, volumen 1, pp. 79-93.

La garantía de que los residuos pasen por estos puntos y lleguen a la planta final depende de la toma de decisiones que antes indicábamos por parte de los sujetos generadores de los mismos. A su vez, tenemos como parte de las medidas de logística, la existencia de la figura del gestor autorizado o gestor de RCD, que se define como aquella persona física o jurídica que, independientemente de ser o no el productor de los residuos, va a realizar de manera autorizada las operaciones de recogida, almacenamiento, transporte, valorización y/o eliminación de residuos, además de realizar una función de vigilancia[27]. Para ellos, los gestores deben obtener autorización de la correspondiente comunidad autónoma, en nuestro caso Extremadura, y ser inscritos como tales. Una vez autorizados tendrán la obligación de disponer de un registro de identificación de quienes producen y/o poseen RCD, así como la obra de la que proceden, cada vez que reciban alguna cantidad en sus instalaciones. También deberán expresar los tipos y cantidades que reciben y hacía dónde se dirigen los residuos en el caso de que no sean ellos el punto o destino final[28]. Uno de los documentos clave entre las medidas logísticas es el certificado de gestión, emitido por los gestores autorizados de RCD, que da fe de la procedencia del residuo, su cantidad y su destino.

Por último, las *medidas de concienciación medioambiental* también son fundamentales, ya que actúan de manera transversal y complementaria a las anteriores. Estas medidas tratan de informar y sensibilizar a la población, las instituciones, las empresas y todos los agentes implicados sobre las nefastas consecuencias del vertido ilegal y la importancia de una buena gestión de los residuos, con el fin de proteger la salud y el medio ambiente.[29]

III. PROMEDIO

PROMEDIO es el consorcio de gestión medioambiental de la Diputación de Badajoz que trabaja junto con los municipios y mancomunidades de la provincia de Badajoz, estando orientado a la gestión supramunicipal de los servicios

[27] Véase el artículo 10 Decreto de 25 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad Autónoma de Extremadura.
[28] Véase el artículo 19 Decreto de 25 de febrero, por el que se establece el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los residuos de construcción y demolición en la Comunidad Autónoma de Extremadura.
[29] Es por ello que la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, prevé la elaboración de planes de prevención y de campañas de concienciación a nivel estatal, autonómico y municipal.

medioambientales de carácter local. Se encarga fundamentalmente de la gestión del Ciclo Integral del Agua (potabilización, abastecimiento y depuración) y de los residuos, entre ellos los RCD. Su origen se remonta al año 2005 con el objetivo de ayudar a gestionar a los municipios pequeños y medianos de la provincia de Badajoz sus obligaciones en materia de agua y residuos, tales como la gestión del agua potable, el tratamiento de aguas residuales o la recogida de distintos tipos de residuos, teniendo en cuenta las dificultades que afrontaban debido a sus escasos recursos y su pequeño tamaño.

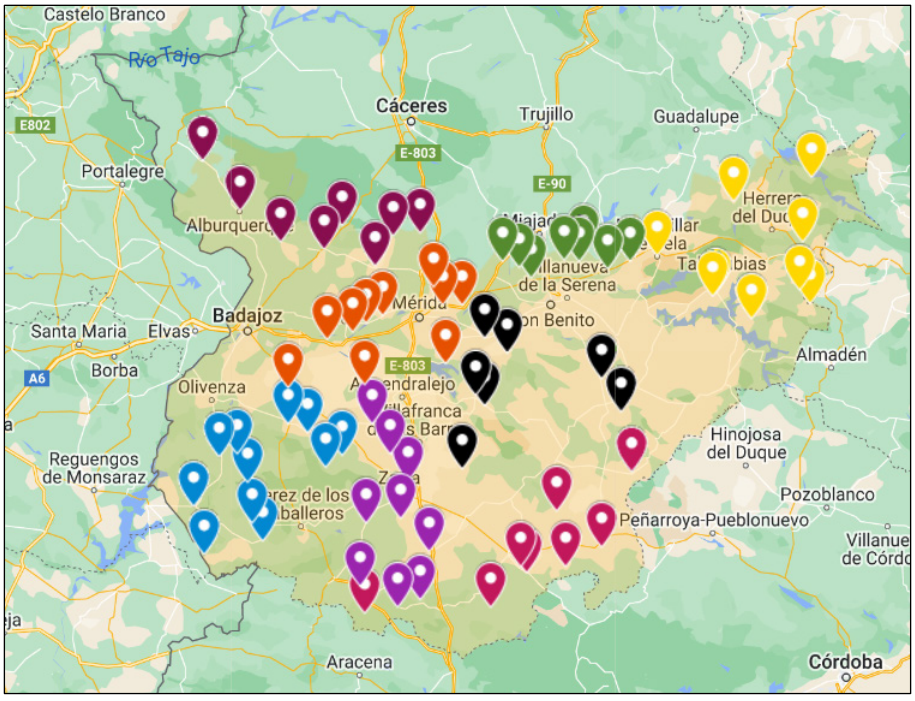
Se considera un organismo referente en la gestión integral del agua y los residuos desde una perspectiva pública, orientada a la satisfacción de todos los grupos de interés y contribuyendo a la conservación del medio ambiente, llevando a cabo su gestión de manera sostenible, profesional y eficaz, y con un precio justo para la ciudadanía.

Entre sus valores destacan la transparencia en los procedimientos administrativos y en el manejo de los fondos públicos, bajo un estricto marco legal y ético; la innovación y mejora continua de los servicios que prestan; la sostenibilidad económica, social y ambiental; un riguroso control técnico y económico de contratos en gestión externalizada de servicios; su compromiso e implicación con grupos de interés; y la educación y sensibilización ambiental, promoviendo la participación social para la conservación del medio ambiente[30].

El medio jurídico a través del cual trabaja con las entidades locales son los convenios interadministrativos con las entidades locales, que son las que muestran la voluntad de adherirse o no a los servicios ofertados. Antes de poner en marcha los servicios de gestión de RCD, la mayoría de los municipios disponían de una zona destinada al depósito de estos en las afueras de los núcleos urbanos y en terreno municipal, denominadas coloquialmente como “escombreras” y que constituían vertidos incontrolados, difíciles de reciclar, reutilizar y gestionar. Con la normativa europea, estatal, y el Decreto 20/2011, de 25 de febrero, por el que se estableció el régimen jurídico de la producción, posesión y gestión de los RCD en Extremadura y el Plan PIREX 2009-2015, muchos municipios comenzaron a clausurar las escombreras con el objetivo de cumplir con la normativa en materia de gestión de RCD. Sin embargo, el hecho de que la mayor parte de centros de tratamiento operativos de la provincia de Badajoz fueran de carácter privado y estuvieran ubicados en grandes núcleos de población ha dificultado la

erradicación de los vertidos ilegales, sobre todo del depósito incontrolado de residuos procedentes de obras menores y de reparaciones domiciliarias en las zonas rurales. En esta coyuntura, los ayuntamientos comienzan a demandar ayuda para afrontar el problema, y así aparece el servicio de gestión de RCD de PROMEDIO, que se pone en marcha en 2017, licitándose el primer contrato el 7 de abril de 2018[31] hasta el 6 de abril de 2022, siendo el contrato de dos años, con prórroga de otros dos al que se llegan a sumar hasta 62 municipios y 8 entidades locales menores[32] de la provincia de Badajoz (véase Mapa 1).

Mapa 1. *Municipios y entidades locales menores adheridos al servicio de recogida de RCD de PROMEDIO entre los años 2018-2022.*



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos publicados en la página web de PROMEDIO[33].

[31] Dicha información puede consultarse en el expediente 591/17 de la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Diputación de Badajoz. Disponible en: *https://licitacion.dip-badajoz.es/licitacion/fichaExpte.do?idExpediente=3356* [Consultado 15/15/2024].
[32] Barbaño (Montijo), El Torviscal (Don Benito), Gargaligas (Don Benito), Guadajira (Lobón), Hernán Cortés (Don Benito), Palazuelo (Villar de Rena), Valdehornillos (Don Benito) y Vivares (Don Benito).
[33] Véase: https://promedio.dip-badajoz.es/index.php [Consultado 15/15/2024].

• (8) Alburquerque, Carmonita, Cordobilla de Lácara, La Nava de Santiago, La Roca de la Sierra, San Vicente de Alcántara, Puebla de Obando, Villar del Rey.
• (8) Acedera, El Torviscal, Gargaligas, Hernán Cortés, Palazuelo, Valdehornillos, Villar de Rena, Vivares.
• (9) Baterno, Esparragosa de Lares, Helechosa de los Montes, Fuenlabrada de los Montes, Navalvillar de Pela, Risco, Tamurejo, Puebla de Alcocer, Valdecaballeros.
• (10) Alange, Barbaño, Guadajira, La Albuera, La Garrovilla, Mirandilla, San Pedro de Mérida, Solana de los Barros, Torremayor, Trujillanos.
• (7) Esparragosa de la Serena, Guareña, Hinojosa del Valle, Manchita, Palomas, Puebla de la Reina, Quintana de la Serena.
• (9) Bodonal de la Sierra, Cabeza la Vaca, Calera de León, Fuente de Cantos, Fuente del Maestre, Medina de las Torres, Valverde de Burguillos, Villalba de los Barros, Los Santos de Maimona.
• (11) Alconchel, Almendral, Higuera de Vargas, Nogales, La Parra, Salvatierra de los Barros, Táliga, Oliva de la Frontera, Valencia del Mombuey, Villanueva del Fresno, Zahínos.
• (8) Azuaga, Casas de Reina, Peraleda del Zaucejo, Puebla del Maestre, Maguilla, Reina, Valverde de Llerena, Fuentes de León.

El servicio se lleva a cabo por un conjunto de empresas reconocidas como gestores autorizados por la Junta de Extremadura. Estas empresas, que en el caso de la primera licitación fueron ocho, se reparten los municipios adheridos al servicio en función de la cercanía, y así organizan el servicio de recogida, tal y como se puede observar en la composición de colores del Mapa 1. Las comarcas constituyen en esta organización una unidad territorial de referencia, aunque no se organizan los municipios necesariamente en función de ellas de manera estricta, ya que en el conjunto de municipios asignados a una determinada empresa puede haber municipios de comarcas diferentes, aunque evidentemente, colindantes. De esta manera, establecen bateas en los municipios que les corresponden, recomendando ubicarlas en lugares céntricos, con facilidad de acceso para la ciudadanía y con vigilancia. La ubicación de estos corresponde a los ayuntamientos que habitualmente las disponen al lado de los puntos limpios con la vigilancia de personal técnico municipal y con un horario delimitado. Cuando las bateas se llenan, los ayuntamientos dan el aviso a PROMEDIO, que hace de intermediario entre los ayuntamientos y las empresas, procediendo a la retirada en un plazo máximo de 72 horas. En el momento del depósito se rellena un documento de control y seguimiento en el que se inscribe la cantidad de residuo depositada, el carácter de residuo y la obra de la que procede. En este sentido, el número de recogidas de bateas a las que los ayuntamientos tienen derecho es de un mínimo de doce al año para entes de mil habitantes o menos, pudiendo incrementarse en una recogida por un millar más de habitantes. Con relación a los medios de los que disponen las empresas hay un total de 65 vehículos de los cuales 61 son camiones recolectores y 4 hidrolimpiadoras.

En cuanto al coste hay que tener en cuenta que el servicio nace con el objetivo de fomentar entre la ciudadanía el reciclaje de los RCD en lugares autorizados, de manera que se entendió que era necesario un impulso económico desde la Administración Pública. El coste del reciclaje es uno de los factores que influyen a la hora de llevarlo a la práctica por parte de la población. Es así que se planteó un sistema de subvención inicial por parte de la Diputación de Badajoz, sufragando de manera total o parcial el precio de cada batea en los primeros años. Dicha parte subvencionada disminuye de manera anual dentro de la vigencia del convenio correspondiente. Teniendo en cuenta que el primer convenio fue de 4 años, en el último el coste del servicio se asume por parte del Ayuntamiento al 100%.

Tabla 1. *Distribución de costes del servicio de recogida de RCD en función del año del convenio.*

Año	PROMEDIO	Ayuntamiento
1º	75%	25%
2º	75%	25%
3º	25%	75%
4º	0%	100%

Fuente: elaboración propia.

En la actualidad, el servicio ha vuelto a licitarse en el año 2023 por dos años iniciales y dos de prórroga, y un presupuesto de licitación de 661.884, 72 euros, justificado en la finalización del anterior contrato y la demanda del servicio por parte de los municipios. La justificación del contrato añade, además, que la colocación, el transporte de bateas y la gestión de RCD en la provincia de Badajoz se considera un servicio básico y esencial perfectamente viable[34]. Asimismo, se ha añadido como requisito para poder acceder al contrato de licitación como empresa, tener una planta propia de RCD.

IV. OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Hasta la fecha no se conoce si el servicio que ha proporcionado PROMEDIO ha tenido un impacto en el vertido ilegal, ni tampoco se conocen las percepciones al respecto de los operarios del consorcio. De ahí que en la presente investigación se planteen los siguientes objetivos generales:

> OB. GEN. 1) Conocer si existe una asociación entre la implementación del servicio PROMEDIO y una reducción del vertido ilegal en aquellos municipios en los que se presta el servicio; y

[34] Puede consultarse toda la información sobre este contrato en el expediente 409/23 en la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Diputación de Badajoz. Disponible en: *https://licitacion.dip-badajoz.es/licitacion/fichaExpte.do?idExpediente=19229* [Consultado 15/15/2024].

OB. GEN. 2) Examinar las percepciones de los técnicos del consorcio para: conocer cómo funciona a nivel logístico sistema, la frecuencia de uso, qué implicaciones tiene a efectos de gestión administrativa (fianzas, certificados, ordenanzas, etc.), su valoración positiva o negativa, sus ventajas o desventajas, etc.

Se ha planteado una metodología de carácter mixto, cuantitativa y cualitativa. La parte cuantitativa ha consistido en la realización de un análisis estadístico de variables descriptivas de los 57 municipios[35] adscritos a PROMEDIO. Considerando que no contamos con datos mensuales de número de denuncias, sino el total anual para los años 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021 y que, muy probablemente el programa PROMEDIO desplegaría sus efectos meses después de ser implementado, en el estudio consideramos el año 2019 como primer año de funcionamiento del programa a efectos comparativos con las variables dependiente (número de denuncias) y otras variables independientes de interés (véase tabla 2). De esta forma, establecemos dos periodos de análisis: pre-PROMEDIO (2017 y 2018) y post-PROMEDIO (2019, 2020 y 2021).

En la tabla inferior aparecen agrupadas las variables del estudio según dimensión (geográfica y demográfica) y bloque (económico, servicios, hogar, vigencia del servicio PROMEDIO y denuncias interpuestas por el SEPRONA por infracciones de RCD entre los años 2017 y 2021). La información que nutre a las distintas variables ha sido obtenida de las siguientes fuentes de información: Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (SEPRONA), Academia de Seguridad Pública de Extremadura (ASPEX), Junta de Extremadura, Instituto Nacional de Estadística (INE), Programa SIDAMUN (Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico) y Ministerio de Hacienda y Función Pública[36].

[35] Se han excluido del análisis a las entidades locales citadas *supra* menores debido a que únicamente poseemos datos estadísticos a nivel de municipio. También han sido eliminados cinco municipios (Baterno, Esparragosa de los Lares, Reina, Risco y Valverde de Burguillos) al no disponer de datos completos para todas las variables objeto de análisis.

[36] El proyecto SIDAMUN ofrece una información detallada de los municipios españoles. Esta herramienta contiene datos demográficos, geográficos, económicos o de servicios a nivel local. Disponible en: *https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/analisis-cartografia/* [Consultado 15.05.2024].

Tabla 2. *Variables principales de análisis según dimensiones y atributos de los 62 municipios que operan con PROMEDIO.*

Dimensión	**Variables**
Dimensión geográfica	Superficie (metros cúbicos). Zona (según mancomunidad).
Dimensión demográfica	Número de habitantes.
Bloque económico	Renta media por persona (cantidad de euros). Número de empresas. Porcentaje de empresas de construcción. IBI (Base imponible).
Bloque servicios	Parque de vehículos por cada 100 habitantes. Servicios policiales. Número de plantas fijas de RCD. Número de plantas móvil de RCD. Número de puntos limpios. Suma número puntos recogida.
Bloque hogar	Número de viviendas.
Bloque PROMEDIO	Vigencia del servicio (sí o no).
Bloque denuncias	Número de denuncias (años 2017-2021).

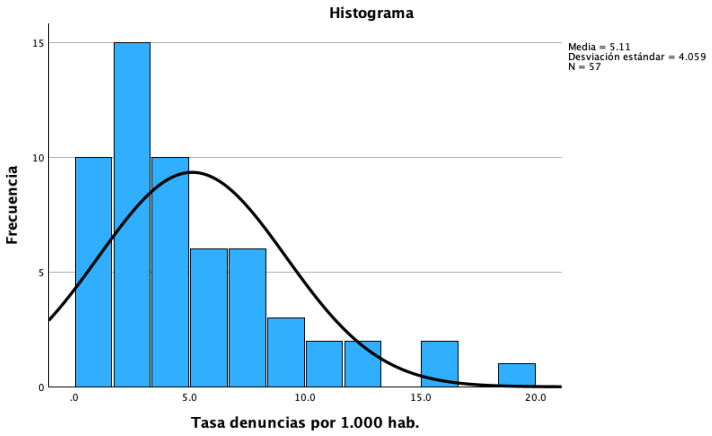
Fuente: elaboración propia.

V. RESULTADOS

V.1. Características de los municipios PROMEDIO y su relación con el vertido ilegal

Todos los municipios que participan en PROMEDIO han recibido en el periodo de análisis al menos una denuncia. La tasa media de denuncias por 1000 habitantes se sitúa en el 5,1%, existiendo un 61,4% de municipios por debajo del 5%, un 26,3% entre un 5 y 10%, y un 12,2% que supera la tasa del 10%. En particular, destacan por aglutinar una elevada tasa de denuncias los pueblos de Puebla de Maestre (19,4%), Nogales y Valencia del Mombuey, con un 15,2% respectivamente. En la figura inferior se muestra, según periodo 2017 a 2021, la distribución de la tasa de denuncias por 1000 habitantes. La mayor parte de los casos se concentran entre 0 y 5, lo que sugiere que la mayoría de las áreas o regiones tienen tasas de denuncias relativamente bajas en comparación con el total de su población. El valor 5.0, el más alto de la curva, indica que hay un número elevado de áreas o regiones con una tasa de denuncias cercana a 5 por cada 1000 habitantes, lo que podría ser indicativo de un nivel moderado de actividad delictiva en dichas zonas. De manera más excepcional o atípica encontramos casos dispersos en 15.0 y 20.0, se trata de áreas o regiones con tasas de denuncias muy altas si lo ponemos en relación con el promedio de la tasa de denuncias. considerablemente más altas en comparación con el promedio. ¿Qué pueden significar estos valores atípicos y muy elevados?: áreas con problemas de seguridad más exacerbados, o bien situaciones concretas que están provocando una concentración de los casos de denuncias. Con respecto a la media, esta se sitúa en de 5.11, siendo el valor promedio de la tasa de denuncias por 1000 habitantes en todo el periodo de análisis, mientras que la desviación estándar, esto es, como se dispersan los valores con respecto a la media, es de 4.059. Atendiendo a este parámetro, a mayor desviación estándar, mayor variabilidad en las tasas de denuncias encontraremos entre áreas. Según nuestros resultados, la mayoría de las áreas o regiones poseen tasas de denuncias bajas a excepción de las mencionadas zonas atípicas con valores más extremos. Estos primeros resultados descriptivos pueden ser de utilidad para identificar *hot spots* o puntos calientes a los que dirigir más recursos de cara a mejorar la seguridad de la zona y evitar el vertido ilegal.

Figura 1. *Histograma de frecuencias del porcentaje denuncias en todo el intervalo temporal analizado (2017-2021).*



Fuente: elaboración propia.

Con respecto a aquellas variables de los municipios implicadas en la aparición de los residuos ilegales, en la tabla inferior se muestra un análisis de correlación entre todas ellas a fin de determinar qué variable está más asociada al número de denuncias.

Tabla 3. *Correlación entre las características de los municipios y el número de denuncias.*

		N.º Denuncias
Superficie	Correlación de Pearson	.323*
	Sig. (bilateral)	.015
	N	56
Número de habitantes	Correlación de Pearson	.580**
	Sig. (bilateral)	<.001
	N	57
Renta media por persona	Correlación de Pearson	.166
	Sig. (bilateral)	.216
	N	57

N.º Empresas	Correlación de Pearson	.552**
	Sig. (bilateral)	<.001
	N	57
Porcentaje empresas construcción	Correlación de Pearson	-.062
	Sig. (bilateral)	.648
	N	57
IBI (base imponible)	Correlación de Pearson	.340**
	Sig. (bilateral)	.010
	N	57
Parque de vehículos por cada100 habitantes	Correlación de Pearson	.582**
	Sig. (bilateral)	<.001
	N	57
Servicios policiales	Correlación de Pearson	.373**
	Sig. (bilateral)	.004
	N	57
N.º Planta fija RCD	Correlación de Pearson	.523**
	Sig. (bilateral)	<.001
	N	57
N.º Planta móvil RCD	Correlación de Pearson	.380**
	Sig. (bilateral)	.004
	N	57
N.º Punto limpio	Correlación de Pearson	.338*
	Sig. (bilateral)	.010
	N	57
Suma número puntos recogida	Correlación de Pearson	.502**
	Sig. (bilateral)	<.001
	N	57
N.º Viviendas	Correlación de Pearson	.621**
	Sig. (bilateral)	<.001
	N	57

*. La correlación es significativa en el nivel 0,05 (bilateral).

**. La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

Seguidamente, se examina la asociación de las variables independientes con la dependiente (el número de denuncias) empleando para ello el coeficiente de correlación de Pearson y análisis de significancia estadística bilateral. Tal y como se observa en la tabla superior, nos basaremos en umbrales de significancia de 0.05 y 0.01 para valorar el grado de asociación entre las variables y relevancia estadística de nuestras observaciones. A la vista de los datos, se aprecia una fuerte correlación entre el aumento de habitantes, empresas, vehículos por cada 100 personas y la cantidad de vivienda con el ascenso del número de denuncias (correlación significativa en el nivel 0.01). En particular, destaca la intensa correlación entre el número de viviendas y las denuncias (valor .621**). También se observa una alta correlación entre la presencia de las plantas fijas y móviles RCD con respecto a la variable dependiente. Esto nos lleva a pensar que un incremento en los centros de tratamiento de residuos está directamente relacionado con mayor presencia de denuncias.

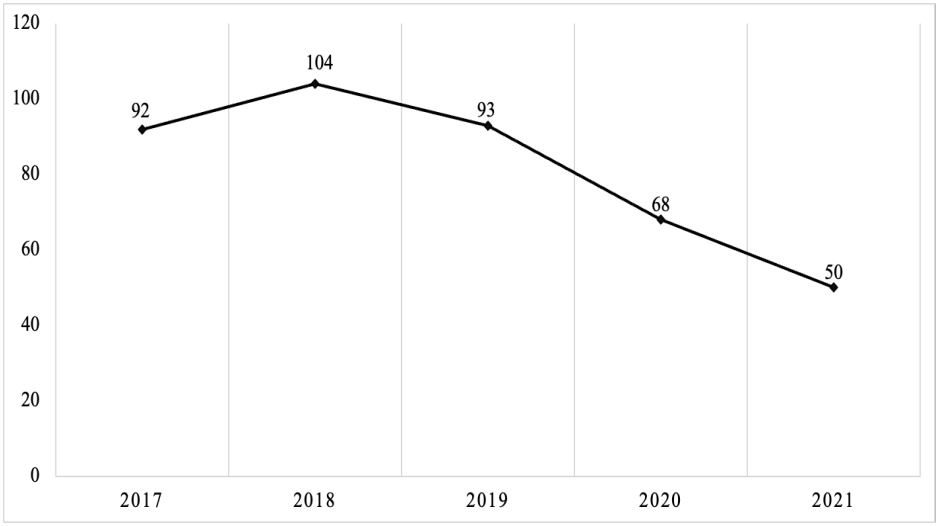
En segundo lugar, encontramos correlaciones de carácter moderado y fuerte. Parece que, a mayores bases imponibles del IBI, número de punto limpio, suma número puntos de recogida y una mayor dotación de servicios policiales más tasa de denuncia (correlaciones significativas al nivel 0.01). Ello parece indicar que la infraestructura para la gestión de residuos está asociada con un incremento en las denuncias.

Por último, se identifican relaciones más débiles y no significativas con algunas variables. La superficie muestra una correlación positiva moderada (significativa al nivel 0.05) con el número de denuncias, mientras que la renta media por persona y el porcentaje de empresas de construcción correlacionan de manera muy débil o negativa.

En resumen, las siguientes variables: el número de habitantes, número de empresas, IBI, parque de vehículos por cada 100 habitantes, servicios policiales, número de planta fija y móvil RCD, número de puntos limpios, suma número puntos de recogida, y número de viviendas; muestran relaciones positivas significativas respecto al número de denuncias (especialmente a un nivel de significancia de 0.01). Por el contrario, no presentan una correlación significativa la renta media por persona y el porcentaje de empresas de construcción, lo cual pone de manifiesto que estas variables no tienen una relación clara con el número de denuncias a los niveles de significancia considerados[37].

[37] Estos resultados son acordes a los encontrados por Ortiz García, J, «Identificando características

Figura 2. *Número de denuncias interpuestas por vertido ilegales RCD según intervalo temporal 2017-2021.*



Fuente: elaboración propia.

Los datos del gráfico superior muestran una tendencia decreciente en el número de denuncias interpuestas por vertido ilegal de RCD durante el período de 2017 a 2021. Se observa que el número de denuncias comienza en 92 en 2017, alcanza un pico en 2018 con 104 denuncias, y luego comienza a disminuir progresivamente en los siguientes años, con 93 denuncias en 2019, 68 en 2020 y 50 en 2021.

Para conocer el impacto del servicio municipal de gestión de residuos PROMEDIO en el número de denuncias por vertido ilegal es necesario comparar los principales estadísticos descriptivos de los años previos a su implementación (PRE-PROMEDIO: 2017 y 2018) con respecto al periodo en el PROMEDIO estuvo operativo (POST-PROMEDIO: 2019, 2020 y 2021) en la muestra 57 municipios objeto de análisis en esta investigación. Al comparar los intervalos PRE-PROMEDIO y POST-PROMEDIO se aprecia una tendencia decreciente en la media de denuncias por vertido ilegal desde la implementación de PROMEDIO en 2019. Aunque la media en 2019 se mantuvo relativamente estable respecto a

socioeconómicas de municipios con vertederos ilegales» en *Escombreras ilegales en Extremadura. Un análisis criminológico* (Coord. Lorea Arenas), edit. Tirant Lo Blanch, 2024, pp. 155-181.

2018, en 2020 y 2021, esta disminuye notablemente a 1.19 y 0.88, respectivamente. Este descenso parece indicar un impacto positivo del servicio PROMEDIO en la reducción de denuncias.

La mediana, que indica el valor medio de la distribución de denuncias, se mantuvo en 1 en 2017, 2018 y 2019, pero disminuyó a 1 en 2020 y a 0 en 2021, reflejando una disminución en la cantidad de denuncias por municipio.

Tabla 4. *Estadísticos descriptivos de la variable número de denuncias según periodo de vigencia del servicio PROMEDIO en los municipios muestrales.*

		PRE-PROMEDIO		**PROMEDIO**		
		2017	**2018**	**2019**	**2020**	**2021**
N	Válido	57	57	57	57	57
	Perdidos	0	0	0	0	0
Media		1.61	1.82	1.63	1.19	.88
Mediana		1.00	1.00	1.00	1.00	.00
Desv. estándar		1.790	1.754	1.867	1.302	1.297
Varianza		3.206	3.076	3.487	1.694	1.681
Mínimo		0	0	0	0	0
Máximo		8	8	8	4	6
Suma		92	104	93	68	50

Fuente: elaboración propia.

Así mismo, las puntuaciones de la desviación estándar y la varianza disminuyen en 2020 y 2021 en contraste a años anteriores. En base a ello, parece que existe una menor variabilidad en el número de denuncias y, por lo tanto, una mayor reducción de vertidos ilegales entre los municipios. El rango de denuncias también disminuyó considerablemente después de la puesta en marcha de PROMEDIO, siendo especialmente palpable en 2020, con un máximo de 4, a diferencia del máximo de 8 en el periodo anterior. Se evidencia que, en el periodo PROMEDIO, hay una reducción de los casos atípicos o extremos de denuncias. La suma total de denuncias también refleja este impacto positivo, con una reducción gradual de 104 denuncias en 2018 a 50 en 2021.

En definitiva, los datos apuntan a la efectividad de PROMEDIO y que, al menos en los años del periodo de análisis, consigue mitigar las denuncias por vertidos ilegales.

V.2. Las percepciones de los agentes clave

Según los agentes la mayoría de los municipios disponían de una zona destinada al depósito de RCD en las afueras del núcleo urbano y en terreno municipal, denominadas coloquialmente como escombreras y que constituían vertidos incontrolados, difíciles de reciclar, de reutilizar y de gestionar. Consideran que la concienciación medioambiental es cada vez mayor y que ello revierte en la reducción de vertidos ilegales, si bien aún queda un largo recorrido por recorrer para lograr la implicación ciudadana. A pesar de no contar con informes ni estadísticas que midan el impacto del servicio consideran que, gracias a PROMEDIO el servicio de recogida se ha mejorado, siendo este es más ágil y dinámico. En general, manifiestan una satisfacción generalizada entre los municipios con este servicio. Como aspectos positivos señalan que gracias a PROMEDIO los ayuntamientos han actualizados sus ordenanzas en materia de residuos, pues se trataba de un requisito para poder adherirse al servicio de RCD. En consecuencia, todos los consistorios PROMEDIO deben contemplar la solicitud de una fianza. De igual forma, su implementación conllevó que el personal técnico del ayuntamiento recibiese formación en materia medioambiental y de gestión de RCD, lo cual mejoró los conocimientos de los agentes y su sensibilización en la materia. En cuanto a la frecuencia de uso de las bateas establecidas en el servicio, los agentes informaron que en torno a un 90% se utilizan, y un 70% de ellas aproximadamente se usan con mucha asiduidad, según nos indican desde el propio consorcio. Evidentemente, los municipios con menor población y, por

tanto, con menor actividad, los utilizan con menos frecuencia, pero se puede decir que gracias a la intervención de un organismo público las empresas privadas están interviniendo en zonas que, a pesar de tener poca demanda, también necesitan el servicio porque también generan residuos, aunque sea en menor cantidad.

A la vista de lo expuesto, parece que el servicio de RCD de PROMEDIO ha alcanzado los siguientes objetivos en el tiempo que lleva vigente: establece un punto de depósito autorizado de RCD abierto a la ciudadanía en todos los municipios que se adhieran al servicio; garantiza el tratamiento de los RCD depositados mediante gestores autorizados; compromete a los entes locales a aportar los costes del servicio y dinamiza el sector privado dedicado a la gestión de RCD.

VI. CONCLUSIÓN

La gestión de los RCD y, de los residuos en general, constituye uno de los retos fundamentales en materia de cuidado del medio ambiente. Ello se debe a los elevados índices de actividad del sector de la construcción durante muchos años en España y su enorme impacto medioambiental. Es por ello por lo que son diversas las fórmulas que se tratan de desarrollar desde las administraciones públicas para contrarrestar estos daños desde la prevención. Sin embargo, dada la multitud de factores que influyen en el fenómeno del vertido ilegal, resulta complejo valorar la eficacia de los medios en su prevención desde las administraciones públicas.

Durante el período de análisis advertimos que las denuncias por vertido ilegal están presentes en todos los municipios, esto es, al menos se interpuso una en cada localidad. Ello nos da una idea de la universalidad del problema y su extensión. Si bien, la mayor parte de los municipios analizados poseen tasas muy bajas de denuncias. En consecuencia, podemos afirmar que la mayoría de los municipios manejan unas tasas de denuncias que podemos considerar aceptables salvo ciertas excepciones (Puebla de Maestre, Nogales y Valencia del Mombuey). En estas localidades, que destacan por tener tasas de denuncias excepcionalmente altas (> 15%) se debe priorizar llevar a cabo intervenciones específicas para prevenir el vertido ilegal.

Con respecto a las características de los municipios y su relación con la presencia de denuncias por vertido ilegal, se ha constatado que variables como el número de habitantes, número de empresas, IBI, parque de vehículos por cada

100 habitantes, servicios policiales, número de planta fija y móvil RCD, número de puntos limpios, suma número puntos de recogida, y número de viviendas, muestran relaciones positivas significativas con el número de denuncias.

Las denuncias por vertido ilegal de RCD disminuyen durante todo el periodo de análisis, si bien este descenso es más pronunciado tras la implementación del servicio municipal de gestión de residuos PROMEDIO en 2019. Inicialmente, las denuncias aumentaron de 92 en 2017 a 104 en 2018, pero posteriormente disminuyeron a 93 en 2019, 68 en 2020, y finalmente a 50 en 2021. Este patrón para indicar un impacto positivo del servicio PROMEDIO en la reducción de las denuncias, con una notable disminución en la media de denuncias desde efectiva puesta en marcha. Aunque es necesario realizar un seguimiento del programa de manera continuada y a lo largo de más tiempo, los resultados obtenidos hasta ahora resaltan la importancia de plantear políticas y servicios de gestión de residuos en la línea de PROMEDIO, a fin de reducir las infracciones por RCD a nivel municipal.

Lo anterior parece ser corroborado por los agentes implicados en la materia, pues perciben que, aunque no existen informes o estadísticas específicas, el servicio de recogida de RCD sea usado con frecuencia, siendo ágil y dinámico, de ahí que estén satisfechos con el servicio. Así mismo, la implementación de PROMEDIO ha tenido dos impactos indirectos muy positivos: la actualización de las ordenanzas municipales de los municipios afectados; y la mejora en los conocimientos y sensibilización del personal técnico. Los agentes afirman que el servicio ha establecido puntos de depósito autorizados de RCD en todos los municipios adheridos, garantizando el tratamiento de los RCD por gestores autorizados, comprometiendo a los entes locales a cubrir los costes del servicio y dinamizando el sector privado de gestión de RCD, dando así respuesta a aquellos aspectos más críticos en la gestión de residuos.

En definitiva y, considerando que se trata de un estudio exploratorio y descriptivo, los resultados sugieren una relación directa entre la implementación de servicios de gestión de residuos eficaces, como PROMEDIO, y una disminución en las denuncias por vertido ilegal. Esta tendencia decreciente en las denuncias, observada tras la implementación de PROMEDIO, refleja cómo una gestión de residuos más eficiente y estructurada puede impactar positivamente en la reducción de prácticas ilegales de vertido. De igual forma, pone en valor las políticas y servicios efectivos de gestión de residuos para dar respuesta y mitigar problemas ambientales al tiempo que se promueve una mejor gestión (más sostenible) de los residuos en los municipios. A modo de ejemplo de dichas

políticas y servicios eficaces destacan: la recogida selectiva y reciclaje, con la implementación de sistemas de recogida diferenciada para fomentar el reciclaje y la reutilización de materiales; los puntos limpios y centros de reciclaje accesibles, la creación de infraestructuras adecuadas para facilitar el depósito y tratamiento de distintos tipos de residuos por parte de los ciudadanos; la educación y concienciación ciudadana, con programas educativos y campañas de sensibilización sobre la importancia del reciclaje y la gestión adecuada de residuos; el desarrollo de normativas y regulaciones claras que impliquen el establecimiento de políticas y regulaciones que promuevan prácticas sostenibles y penalicen el vertido ilegal; la innovación y tecnología en gestión de residuos, implementando tecnologías avanzadas para mejorar la eficiencia en la recolección, tratamiento, y reciclaje de residuos; y una mejor colaboración entre el sector público y privado para desarrollar de cara a mejorar los sistemas de gestión de residuos. Estas características buscan, no solo disminuir la cantidad de residuos generados, sino también promover una cultura de responsabilidad ambiental entre la ciudadanía y el tejido empresarial.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brisman, Avi, South, Nigel, White, Rob, *Environmental Crime and Social Conflict. Contemporary and Emerging Issues*, 2015, London, Routledge, p. 344, DOI: *https://doi.org/10.4324/9781315580012*

European Commision, (2024, 7 February), Waste: Commision decides to refer SPAIN to the Court of Justice of the European Union for failure to apply the waste management requirements.

Fernández-Jurado. José A., González-Almendros, Carmen Mª., Sabariego-Rivero, Sebastián, «Vertederos ilegales», en *Boletín Criminológico*, 1995, número 1, volumen 16, pp. 1-4, DOI: *https://doi.org/10.24310/Boletin-criminologico.1995.v1i.9070*

Fiscalía General del Estado, Unidad Coordinadora Medio Ambiente y Urbanismo, Memoria 2020, Medio Ambiente, Urbanismo. Disponible en: *https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/ceneam/grupos-de-trabajo-y-seminarios/fiscalias-de-medio-ambiente/memoria2020fiscaliacoordinadorademedioambiente_tcm30-537060.pdf*

Fullerton, Don., Kinnaman, Thomas, «Household responses to pricing garbage by the bag» en *American Economic Review*, 1996, número 86, volumen 4, pp. 971–984

Ichinose, Daisuke, Yamamoto, Masashi, «On the relationship between the provision of waste management service and ilegal dumping», en *Resource and Energy Economics*, 2011, número 33, volume 1, pp. 79-93, DOI: *https://doi.org/10.1016/j.reseneeco.2010.01.002*

Jordá-Borrel, Rosa, *et al.*, «Factor analysis and geographic information system for determining probability areas of presence of illegal landfills», en *Ecological Indicators,* 2014, número 37, volumen, 1, pp. 151-160, DOI: https://doi.org/10.1016/j.ecolind.2013.10.001

Lu, Weisheng, «Big data analytics to identify illegal construction waste dumping: A Hong Kong study» en *Resources, Conservation & Recycling*, 2018, número 141, p. 264.264-272.

Lucendo-Monedero, Ángel Luis, Jordá-Borrell, Rosa, y Ruiz-Rodríguez, Francisca, «Predictive model for areas with illegal landfills using logistic regression» en *Journal of Environmental Planning and Management*, 2015, número 58, volume 7, pp. 1309-1325, DOI: *https://doi.org/10.1080/09640568.2014.993751*

Marchena Galán, Sara Mª, «El proceso de gestión del residuo sólido y relación con el vertido ilegal» en *Escombreras ilegales en Extremadura. Un análisis criminológico* (Coord. Lorea Arenas), edit. Tirant Lo Blanch, 2024, pp. 267-302.

Ministerio de Interior, Anuarios Estadísticos (2009-2022). Disponibles en: *https://www.interior.gob.es/opencms/es/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/anuarios-y-estadisticas/*

Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, Sistema Integrado de Datos Municipales. Disponible en: *https://www.miteco.gob.es/es/reto-demografico/temas/analisis-cartografia.htm*l

Miranda, Marie Lynn, Bauer Scott. D., Aldy, Joseph. E., *Unit pricing programs for residential municipal solid waste: an assessment of the literature*, edit. Duke University, Durnham, 1996.

Navarro, Joan., *et al.*, «Feathered detectives: real-time GPS tracking of scavenging gulls pinpoints illegal waste dumping» en *PLoS One*, 2016, número 11, volumen 7, DOI: *https://doi.org/10.1371/journal.pone.0159974*

Quesada ruiz, Lorenzo Carlos, Rodríguez-galiano, Víctor Francisco, y Jordá Borrel, Rosa, «Identifying the main physical and socioeconomic drivers of illegal landfills in the Canary Islands» en *Waste Management & Research*, 2018, número 36, volumen 11, pp. 1049-1060, DOI; *https://doi.org/10.1177/0734242X18804031*

Senior, Kathryn., Mazza, Alfredo, «Italian "Triangle of death" linked to waste crisis» en The Lancet Oncology, 2004, número 5, volume 12, p.710;

triassi, Maria*, et al.*,«Enviromental Pollution from Illegal Waste Disposal and Health Effects: A Review on the "Triangle of Death"», *International Journal of Enviromental Research and Public Health*, 2012, número 12, volumen 2, pp. 1216-1236, DOI: *https://doi.org/10.1016/S1470-2045(04)01645-6*

Slavik, Jan, Pavel, Jan, «Do the variable charges really increase the effectiveness and economy of waste management? A case study of the Czech Republic» *en Resources, Conservation and Recycling*, 2013, número 70, pp. 68-77.

Ortiz García, Jordi, «Identificando características socioeconómicas de municipios con vertederos ilegales» en *Escombreras ilegales en Extremadura. Un análisis criminológico* (Coord. Lorea Arenas), edit. Tirant Lo Blanch, 2024, pp. 155-181.

White, Rob, Graham, Hannah, «Greening Justice: Examining the Interfaces of Criminal, Social and Ecological Justice», en *British Journal of Criminology*, número 55, pp. 845-865, DOI: *doi.org/10.1093/bjc/azul117*

SARA Mª MARCHENA GALÁN
Personal Docente Investigador Área de
Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
Departamento Derecho Privado.
saramg@unex.es
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7683-8374

LOREA ARENAS GARCÍA
Profesora Contratada doctora en Criminología.
Departamento de Derecho público.
lorea@unex.es
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4997-9163

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 271-292
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.271

EL IMPACTO ECONÓMICO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

THE ECONOMIC IMPACT OF RESTORATIVE JUSTICE

ÁNGEL MANZANARES GUTIÉRREZ
Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

Este artículo analiza el impacto económico de la justicia restaurativa en comparación con el sistema penal tradicional. Destaca que, a pesar de los costos iniciales de implementación, la justicia restaurativa puede generar ahorros significativos a largo plazo al reducir la reincidencia y los gastos asociados al encarcelamiento. Además, se enfoca en la restauración de relaciones y en la reintegración de delincuentes, promoviendo un sistema de justicia más equitativo y efectivo. Se subraya la necesidad de integrar este enfoque en las políticas públicas para construir comunidades más justas y resilientes.

Palabras clave: Justicia restaurativa, impacto económico, reintegración, costos.

ABSTRACT

The article analyses the economic impact of restorative justice compared to the traditional penal system. It highlights that, despite the initial costs of implementation, restorative justice can generate significant savings in the long term by reducing recidivism and the costs associated with incarceration. In addition, it focuses on the restoration of relationships and the reintegration of offenders, promoting a more equitable and effective justice system. The need to integrate this approach into public policies is underlined to build more just and resilient communities.

Keywords: Restorative justice, economic impact, reintegration, costs.

Sumario: I. Introducción. II. La justicia restaurativa. III. El impacto económico. III.1. Costes del sistema penal punitivo. III.1.1. Costes directos del funcionamiento del sistema penal. III.1.2. Costes sociales de la criminalidad. III.1.3. Reincidencia y efecto encarcelador. III.1.4. Inequidades en el acceso a la justicia. III.1.5. Costes ocultos. III.2. Costes del sistema de justicia restaurativa. III.2.1. Costes de implementación. III.2.2. Reducción de costes a largo plazo. III.2.3. Beneficios económicos indirectos. III.2.4. Promoción del capital social. III.2.5. Ventajas en la equidad del sistema judicial. III.3. La comparación de los costes del sistema penal punitivo y de los del sistema restaurativo. IV. Retos y oportunidades para la implementación de la justicia restaurativa. IV.1. Resistencia institucional. IV.2. Falta de recursos. IV.3. Formación de facilitadores y mediadores. IV.4. Construcción de redes de apoyo. IV.5. Evaluación y monitoreo de resultados. IV.6. La importancia de la justicia restaurativa en el contexto actual. V. Conclusiones. VI.Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

La justicia restaurativa ha surgido como un enfoque innovador y transformador dentro del ámbito del sistema de justicia penal, ganando reconocimiento por su capacidad para promover la reparación del daño causado por delitos y la reconciliación entre las víctimas y los ofensores. Mientras que los métodos tradicionales de justicia suelen centrarse en la retribución y el castigo, la justicia restaurativa se enfoca en las necesidades emocionales, sociales y reparativas de todas las partes involucradas. Este cambio de paradigma no solo tiene implicaciones sociales y psicológicas, sino que también plantea interrogantes significativos sobre sus efectos económicos y su costo-efectividad en comparación con los modelos punitivos establecidos.

El objetivo de esta investigación es determinar el impacto económico de la justicia restaurativa, evaluando cómo la implementación de sus principios puede resultar en ahorros financieros para el sistema de justicia penal y en beneficios económicos más amplios para la sociedad. Al explorar esta relación, se pretende analizar diversas dimensiones que vinculan la justicia restaurativa con la economía, incluyendo el costo del sistema de justicia penal, la criminalidad, la reintegración de delincuentes, y la relación entre equidad en el sistema judicial y el bienestar económico.

La justicia restaurativa, como concepto, busca reparar el daño causado por un delito a través de procesos cooperativos que involucran el diálogo entre las partes afectadas, promoviendo así la asunción de responsabilidades y el restablecimiento de relaciones. Este enfoque se presenta como una alternativa más humana y efectiva al sistema punitivo tradicional. Se argumenta que la justicia restaurativa no se limita a la sanción de los infractores, sino que también busca la restauración del tejido social. Al centrarse en las necesidades de las víctimas y la comunidad, este modelo promueve la reconciliación y la construcción de relaciones más saludables, favoreciendo la reintegración de los infractores en vez de su simple castigo[1]. Esta dinámica sugiere que la adopción de prácticas de justicia restaurativa podría potencialmente llevar a una disminución en la reincidencia delictiva, lo que se traduce en menores costos para el sistema penal asociado con el encarcelamiento y procesos judiciales prolongados.

Los altos costos que implica el mantenimiento de cárceles, el procesamiento legal y la función de las fuerzas policiales han llevado a gobiernos y sociedades a cuestionar la sostenibilidad de un sistema de justicia penal retributivo. La justicia retributiva requiere una inversión significativa de recursos públicos, recursos que podrían dirigirse hacia áreas que generan más beneficios económicos directos, como la educación, la salud o las infraestructuras[2]. La creciente presión económica ha planteado la necesidad de explorar enfoques alternativos que no solo sean más eficaces en términos de justicia social, sino que también ayuden a mitigar el gasto público.

Además, la criminalidad misma representa un costo para la sociedad que va más allá de las sanciones impuestas a los delincuentes. Los efectos económicos del delito se manifiestan en una serie de formas, incluyendo daños a la propiedad, costos médicos para las víctimas, y pérdida de productividad en el contexto laboral. La justicia restaurativa propone una alternativa que va más allá del simple castigo, enfocándose en tratar las causas profundas del comportamiento delictivo. Esto fomenta una cultura de prevención y reparación. Este enfoque también ayuda a evitar la escalada del proceso legal, lo cual puede resultar en costos elevados[3].

---

[1] *Vid*. HOWARD, Zehr. *The little book of restorative justice*. Intercourse: Good Books, 2002, pp. 21-24.
[2] *Vid*. MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, p. 8.
[3] *Ibidem*, p.19.

Un aspecto crítico que merece atención es la reinserción de los delincuentes en la sociedad y su productividad laboral. Las políticas de encarcelamiento severo a menudo obstaculizan la capacidad de los delincuentes para reintegrarse efectivamente en la comunidad, resultando en altos índices de desempleo y marginalización económica. Esto, a su vez, afecta negativamente a la economía local y nacional. En contraste, la justicia restaurativa busca ofrecer oportunidades para que los delincuentes asuman su responsabilidad de manera constructiva, ayudándoles a reconstruir su lugar en la comunidad y minimizar el riesgo de reincidencia[4].

La intersección entre la justicia restaurativa y la economía también lleva a explorar cuestiones sobre inequidades dentro del sistema judicial. La justicia retributiva tiende a afectar desproporcionadamente a grupos socioeconómicamente vulnerables, perpetuando ciclos de pobreza y marginalización. En este sentido, las personas con menos recursos suelen carecer de representación legal adecuada, lo que puede dar lugar a sentencias más severas que impactan de manera adversa a esas comunidades[5]. La justicia restaurativa, al adoptar un enfoque más equitativo y participativo, puede contribuir a romper estos ciclos de inequidad.

En el ámbito de los incentivos económicos, es común que las decisiones judiciales se vean afectadas por la búsqueda de ingresos a través de multas y sanciones. Esto plantea dilemas éticos en torno a la esencia de la justicia. Se argumenta que la restitución a las víctimas debería ser un elemento fundamental del sistema judicial, ya que no solo compensa a quienes han sufrido, sino que también fomenta la responsabilidad en quienes han cometido delitos[6]. Por tanto, vale la pena analizar cómo los aspectos económicos de la justicia restaurativa no solo pueden aliviar costos, sino también fomentar una cultura de responsabilidad y restauración.

A pesar de los beneficios potenciales que ofrece la justicia restaurativa, también es fundamental considerar los desafíos que enfrenta su implementación. El desvío de casos del sistema judicial formal hacia prácticas de justicia

---

[4] *Vid.* UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *The impact of restorative justice conferencing: A review of 63 empirical studies in 5 countries*. Minneapolis: University of Minnesota Center for Restorative Justice & Peacemaking, School of Social Work, University of Minnesota, 2002, p.16.

[5] *Vid.* HANAN, M. Eve. *Decriminalizing violence: A critique of restorative justice and proposal for diversionary mediation*. NML Rev., 2016, vol. 46, p. 123.

[6] *Vid.* RUBACK, R. Barry. «The benefits and costs of economic sanctions: Considering the victim, the offender, and society». *Minn. L. Rev.*, 2014, vol. 99, p. 1779.

restaurativa requerirá cambios significativos en la percepción y estructura del sistema de justicia actual. Además, deben establecerse protocolos claros y recursos suficientes para facilitar procesos que sean seguros y equitativos. Las investigaciones también subrayan la importancia de garantizar que todos los participantes se sientan respetados y escuchados, lo que es esencial para el éxito de la justicia restaurativa[7].

La evidencia literaria sugiere que la justicia restaurativa no solo puede ser más efectiva en términos de satisfacción de las víctimas y reducción de la reincidencia, sino que también podría suponer un ahorro significativo en costos para el sistema de justicia penal[8]. Este enfoque no solo busca curar las heridas de los delitos, sino transformar el panorama del sistema de justicia en términos de costo-efectividad y beneficios sociales a largo plazo. Así, el análisis económico de la justicia restaurativa parece convertirse en un área crucial de estudio.

Es evidente que la justicia restaurativa ofrece una respuesta multifacética a las cuestiones que enfrenta el sistema de justicia moderno. Este estudio plantea la tarea de evaluar de manera crítica el impacto económico de la justicia restaurativa en comparación con la justicia penal tradicional. Al considerar diversos elementos como la reducción de costos, la reintegración social, la prevención de la reincidencia y los efectos positivos en las comunidades, se pretende ofrecer un análisis completo que permita fundamentar la adopción de la justicia restaurativa en políticas públicas.

En definitiva, la investigación abordará cómo la justicia restaurativa no solo tiene el potencial de crear un sistema de justicia más justo y humano, sino que también puede transformar el panorama económico de las comunidades, mejorando su estabilidad social y económica. Se espera que mediante este análisis se puedan identificar medidas prácticas y recomendaciones que fortalezcan la implementación de la justicia restaurativa como una estrategia viable y sostenible a largo plazo para enfrentar los desafíos del sistema de justicia penal contemporáneo.

---

[7] UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *The impact of restorative justice conferencing: A review of 63 empirical studies in 5 countries*. Minneapolis: University of Minnesota Center for Restorative Justice & Peacemaking, School of Social Work, University of Minnesota, 2002, op. *cit.,* p. 6.

[8] *Vid*. STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. «Repairing the harm: Victims and restorative justice». *Utah L. Rev.*, 2003, p.15.

II. LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La justicia restaurativa se erige como un enfoque alternativo y complementario a los sistemas de justicia penal tradicionales, buscando reparar el daño causado por el comportamiento criminal a través de procesos colaborativos que implican a todas las partes afectadas. Este enfoque se basa en la premisa de que el crimen es una ruptura en las relaciones humanas y, por lo tanto, se debe abordar restaurando esas relaciones. Van Ness sostiene que la justicia restaurativa promueve encuentros inclusivos entre víctimas y delincuentes, fomentando una mayor responsabilidad y reparación del daño. Estos procesos, a menudo, generan una mayor satisfacción en las víctimas y contribuyen a la disminución de la reincidencia entre los delincuentes, una reivindicación apoyada por diversos estudios empíricos[9].

Las prácticas de justicia restaurativa incluyen diversas estrategias como mediaciones, círculos y conversaciones restaurativas. Estos espacios permiten a los ofensores ofrecer disculpas, realizar restituciones y ser reintegrados en sus comunidades, lo que, a su vez, contribuye a la restauración de las relaciones sociales dañadas por el delito[10]. Strang y Sherman destacan que la efectividad de estos procesos no solo se refleja en la satisfacción subjetiva de las víctimas, sino que también tiene implicaciones significativas para el sistema de justicia en su conjunto, incluyendo una notable reducción de los costos financieros asociados con el encarcelamiento y el procesamiento legal[11].

La literatura existente revela que la justicia restaurativa ha demostrado ser una alternativa viable al sistema punitivo, particularmente en lo que respecta a la satisfacción de las víctimas y a la reducción de la reincidencia[12]. Un análisis económico de la justicia restaurativa resalta su potencial para mejorar no solo los resultados sociales, sino también brindar significativos ahorros financieros al sistema de justicia penal[13].

A pesar de sus muchos beneficios, la justicia restaurativa no está exenta de críticas. Aunque la justicia restaurativa se presenta como una alternativa

---

[9] MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, op. *cit*., p. 18. *Vid*. VAN NESS, Daniel W. An overview of restorative justice around the world. 2016, p. 13.
[10] MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, op. *cit*., p. 20.
[11] STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. «Repairing the harm: Victims and restorative justice». *Utah L. Rev*., 2003, op. *cit.,* p. 15.
[12] *Ibidem,* p. 15.
[13] *Vid*. FURMAN, Jillian M. An economic analysis of restorative justice. *Unpublished Thesis, University of Massachusetts Boston*, 2012, p. 71.

efectiva a la justicia penal, en la práctica a menudo actúa más como un complemento del sistema punitivo, especialmente en el contexto de crímenes violentos[14]. Esto sugiere que la justicia restaurativa, en lugar de sustituir las sanciones punitivas, a menudo se permite coexistir con estas, lo que puede limitar su efectividad.

Furman llama la atención sobre la falta de definiciones universales y la insuficiencia de recursos para implementar programas eficaces de justicia restaurativa. El autor subraya la importancia de asegurar la voluntariedad y el consentimiento informado de todas las partes involucradas, pues sin esto, el proceso podría percibirse como coaccionado y podría resultar en un daño adicional[15].

La justicia restaurativa se fundamenta en tradiciones culturales y prácticas comunitarias que han existido históricamente, pero que fueron desplazadas por sistemas de justicia más punitivos[16]. En este contexto, la implementación de conferencias de justicia restaurativa se vuelve esencial no solo para restaurar el bienestar de las víctimas, sino también para recuperar el respeto y la dignidad de los ofensores, contribuyendo a un proceso más justo para todas las partes.

La relación entre la justicia restaurativa y la teoría de la justicia ha sido objeto de análisis. Se explora cómo los principios de libertad e igualdad pueden enriquecer el desarrollo teórico de la justicia restaurativa como una política criminal dentro de un Estado democrático[17]. En este sentido, la justicia restaurativa puede interpretar estos principios para ofrecer un enfoque más equitativo en la gestión de conflictos y en el acceso a la justicia, destacando su potencial para abordar las desigualdades que a menudo perpetúan el ciclo de criminalidad. Además, se sugiere la necesidad de considerar los costos y beneficios de las sanciones económicas dentro del sistema de justicia, argumentando que la restitución debería convertirse en una obligación legal para fomentar la responsabilidad por parte de los delincuentes[18]. Esto no solo beneficiaría a las víctimas al

---

[14] HANAN, M. Eve. *Decriminalizing violence: A critique of restorative justice and proposal for diversionary mediation*. NML Rev., 2016, vol. 46, op. *cit.,* p. 123.
[15] FURMAN, Jillian M. An economic analysis of restorative justice. *Unpublished Thesis, University of Massachusetts Boston*, 2012, op. *cit.,* p. 121.
[16] *Vid* . BRAITHWAITE, John, et al. «Restorative justice», en *The handbook of crime and punishment*, 1998, pp. 323-344.
[17] *Vid*. COELHO BESSA, Ana Carla, ARARUNA SANTIAGO, Nestor Eduardo. «Uma interface entre a teoria da justiça de John Rawls e a justiça restaurativa como política criminal» en *Revista Seqüência*, 2022. vol. 43(92)
https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/70556, p. 16.
[18] RUBACK, R. Barry. «The benefits and costs of economic sanctions: Considering the victim, the offender, and society». *Minn. L. Rev.*, 2014, vol. 99, op. *cit.,* p. 1779.

permitirles obtener compensaciones por su sufrimiento, sino que también podría desincentivar futuras infracciones al obligar a los delincuentes a enfrentar y asumir la carga de sus acciones.

La revisión de estudios empíricos sobre el impacto de la justicia restaurativa muestra que los procesos de mediación y conferencias restaurativas ofrecen una mayor satisfacción a las partes involucradas en comparación con los procedimientos judiciales tradicionales. Además, estos enfoques contribuyen a una percepción más positiva de la equidad y la justicia en la resolución de conflictos[19]. Estos estudios indican que la cordialidad y la justicia percibida en estos procesos incrementan no solo la satisfacción de las víctimas, sino que también contribuyen a la reintegración de los delincuentes en sus comunidades y a la disminución de las tasas de reincidencia. Además, los procesos de justicia restaurativa tienden a fomentar un sentido de responsabilidad en los delincuentes, permitiéndoles reconocer el daño causado y trabajar en reparaciones.

Los resultados de la investigación también sugieren que los procesos de justicia restaurativa pueden ser más económicos a largo plazo si se consideran los costos asociados a la prisión y los procedimientos judiciales, el sistema penal tradicional presenta gastos exorbitantes relacionados con arrestos, juicios y el tiempo de los funcionarios de justicia[20].

A pesar del creciente interés en la justicia restaurativa, es fundamental seguir investigando su efectividad y los desafíos que enfrenta. Es vital considerar su potencial como un elemento clave en el sistema de justicia penal, que no solo se centra en la sanción, sino también en la restauración y sanación de todas las partes afectadas por el crimen. Esta perspectiva enfatiza la necesidad de un enfoque más holístico que promueva el bienestar de la comunidad y la reconciliación entre las víctimas y los agresores[21]. La implementación efectiva de la justicia restaurativa requiere, no solo de un marco legal adecuado, sino también de una formación y capacitación continua para los mediadores y facilitadores, que estén preparados para manejar las emociones y dinámicas presentes en estos procesos.

---

[19] UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *The impact of restorative justice conferencing: A review of 63 empirical studies in 5 countries*. Minneapolis: University of Minnesota Center for Restorative Justice & Peacemaking, School of Social Work, University of Minnesota, 2002, op. *cit.,* p. 12.

[20] STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. «Repairing the harm: Victims and restorative justice». *Utah L. Rev.*, 2003, op. *cit.,* p. 15.

[21] *Vid*. MILLS, Linda G.; BAROCAS, Briana; ARIEL, Barak. «The next generation of court-mandated domestic violence treatment: A comparison study of batterer intervention and restorative justice programs», en *Journal of Experimental Criminology*, 2013, vol. 9, pp. 65-90.

La justicia restaurativa también enfrenta el desafío del escepticismo y la resistencia por parte de algunas instituciones del sistema penal, que pueden ver en ella una amenaza a su autoridad y eficacia. Es crucial, por tanto, que se desarrollen políticas públicas que promuevan la integración de la justicia restaurativa dentro del marco del sistema de justicia penal, así como la creación de espacios de diálogo y colaboración entre los distintos actores involucrados.

Es imperativo que los investigadores, legisladores y profesionales involucrados en el ámbito de la justicia se comprometan a avanzar en la comprensión y aplicación de la justicia restaurativa, superando sus desafíos y limitaciones. A medida que se acumule más evidencia y comprensión sobre sus mecanismos y resultados, podríamos estar ante un cambio paradigmático en la forma en que se aborda el crimen y la justicia en nuestras sociedades.

III. EL IMPACTO ECOCÓMICO

La justicia penal ha sido históricamente dominante en el tratamiento de las infracciones, fundamentándose en la retribución y el castigo. Sin embargo, este enfoque ha demostrado ser costoso tanto en términos financieros como sociales. La necesidad de evaluar dichos costes se ha vuelto crucial a medida que surge el interés por modelos alternativos como la justicia restaurativa, que propone un enfoque más colaborativo y reparador. Este epígrafe analiza los costes asociados con el sistema penal punitivo en comparación con los del sistema restaurativo, explorando las implicaciones económicas de cada uno.

III.1. Costes del sistema penal punitivo

III.1.1. Costes directos del funcionamiento del sistema penal

La justicia punitiva se basa en una estructura que involucra arrestos, juicios, encarcelamiento y supervisión. Estos procesos implican una serie de costes directos que afectan significativamente las arcas públicas. El mantenimiento de cárceles, los gastos judiciales, y los recursos de las fuerzas policiales son componentes que consumen grandes sumas de dinero. Se argumenta que la implementación de la justicia retributiva conlleva costos considerables para el estado[22]. Mantener cárceles, tribunales y fuerzas policiales requiere una inversión

[22] MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, op. *cit*., p. 30.

considerable de recursos públicos. Además, la demanda continua de personal y servicios en el sistema penal se traduce en un aumento constante de los costes operativos.

III.1.2. Costes sociales de la criminalidad

La criminalidad tiene múltiples repercusiones negativas sobre la economía. Los delitos no solo generan daños materiales y costos de atención médica para las víctimas, sino que también representan una pérdida de productividad laboral. Según el informe de Marshall, el crimen tiene consecuencias económicas negativas, incluyendo daños a la propiedad, costos de atención médica para víctimas y pérdida de productividad[23]. Esto se traduce en un ciclo de gasto que afecta las bases socioeconómicas de las comunidades, perpetuando la desigualdad y limitando el desarrollo socioeconómico.

III.1.3. Reincidencia y efecto encarcelador

Uno de los problemas más significativos del sistema penal punitivo es la tendencia a la reincidencia entre los delincuentes. Castigar de manera severa y prolongada, a menudo conduce a un mayor aislamiento y marginación de los infractores. Muchos estudios han demostrado que la encarcelación no aborda las causas subyacentes del comportamiento delictivo y, en cambio, puede empeorar la situación. Como argumenta Hanan, las políticas de justicia retributiva que se centran en el encarcelamiento severo pueden afectar la capacidad de los delincuentes para reintegrarse en la sociedad y en el mercado laboral[24]. Este efecto psicológico, sumado a la falta de oportunidades laborales para los exreclusos, provoca altas tasas de desempleo y una carga social creciente.

III.1.4. Inequidades en el acceso a la justicia

El sistema penal punitivo suele reproducir y exacerbar las inequidades socioeconómicas existentes. Las personas de bajos ingresos encuentran obstáculos significativos en el acceso a una representación legal adecuada. Esto a menudo

[23] *Ibidem*, p. 7.
[24] HANAN, M. Eve. *Decriminalizing violence: A critique of restorative justice and proposal for diversionary mediation*. NML Rev., 2016, vol. 46, op. *cit.,* p.123.

resulta en sentencias más severas y una mayor probabilidad de encarcelamiento, lo cual perpetúa un ciclo de violencia y marginalización. Se sostiene que la justicia retributiva puede tener un impacto desproporcionado en ciertos grupos socioeconómicos, contribuyendo así a la continuación de inequidades dentro del sistema judicial. Estas disparidades pueden manifestarse en la forma en que se aplican las leyes y en las consecuencias que enfrentan diferentes segmentos de la población, lo que plantea serias preocupaciones sobre la equidad en el acceso a la justicia[25].

III.1.5. Costes ocultos

Los costes asociados con el sistema de justicia penal no se limitan a los gastos directos. Los efectos negativos de la criminalidad y las penas de encarcelamiento se traducen en pérdidas sociales, como la disminución de la cohesión comunitaria y el daño a la salud mental de las víctimas y ofensores. Se argumenta que los costos y tasas frecuentemente trasladan la carga financiera a los delincuentes, lo que sugiere que no deberían ser impuestos. Esta perspectiva resalta la importancia de considerar las implicaciones que estas medidas pueden tener sobre el comportamiento delictivo y la eficacia de las políticas de justicia [26]. Este tipo de carga puede generar un efecto dominó que afecta a las familias y a las comunidades, aumentando los costes sociales en términos de salud y bienestar.

III.2. Costes del sistema de justicia restaurativa

III.2.1. Costes de implementación

La justicia restaurativa, aunque inicialmente puede parecer menos costosa, tiene sus propios costes de implementación. Estos pueden incluir la formación de facilitadores, la creación de programas de mediación y la organización de encuentros entre las partes involucradas. Sin embargo, estos costes pueden ser considerablemente menores a largo plazo si se considera el impacto de la disminución de la reincidencia y los costes subsecuentes asociados con criminalidad futura. Se reconoce que la justicia restaurativa puede resultar más económica a

[25] *Ibidem*, p.123.
[26] RUBACK, R. Barry. «The benefits and costs of economic sanctions: Considering the victim, the offender, and society». *Minn. L. Rev.*, 2014, vol. 99, op. *cit.,* p. 1779.

largo plazo al tener en cuenta la disminución de los gastos relacionados con el encarcelamiento y los procedimientos judiciales. Esta perspectiva sugiere que, al abordar el conflicto de manera más constructiva, se podrían minimizar los costos que tradicionalmente implica el sistema penal, beneficiando así tanto a la sociedad como a los individuos involucrados[27].

III.2.2. Reducción de costes a largo plazo

Una de las principales ventajas de la justicia restaurativa es su potencial para reducir la reincidencia, lo que, a su vez, puede conducir a una significativa reducción de los costes asociados al sistema penal. Esto incluye ahorros en el encarcelamiento y en la administración de procesos judiciales prolongados. Se ha llegado a la conclusión de que la mediación y las prácticas restaurativas pueden ser efectivas para reducir la reincidencia delictiva y al mismo tiempo incrementar la satisfacción de las víctimas[28]. Al abordar las necesidades subyacentes de las víctimas y de los delincuentes, la justicia restaurativa puede llevar a una disminución en la criminalidad y en la consiguiente carga económica que ello conlleva.

III.2.3. Beneficios económicos indirectos

Además de los ahorros a nivel de costes operativos del sistema penal, la justicia restaurativa también puede generar beneficios económicos indirectos. Al facilitar la reintegración efectiva de los delincuentes en sus comunidades, se aumenta la productividad laboral y se reduce la dependencia de asistencia social. A su vez, la restauración del tejido social permite crear un ambiente más seguro para la inversión y el desarrollo económico. Como plantea Furman, el análisis económico de enfoques alternativos en justicia penal parecería necesario no solo para una comprensión más completa y profunda de los métodos, sino también, y quizás más importante, para la toma de decisiones[29].

---

[27] STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. «Repairing the harm: Victims and restorative justice». *Utah L. Rev.*, 2003, op. *cit.*, p. 15.
[28] UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *The impact of restorative justice conferencing: A review of 63 empirical studies in 5 countries*. Minneapolis: University of Minnesota Center for Restorative Justice & Peacemaking, School of Social Work, University of Minnesota, 2002, op. *cit.,* p.16
[29] FURMAN, Jillian M. An economic analysis of restorative justice. *Unpublished Thesis, University of Massachusetts Boston*, 2012, op. *cit.,* p. 18

III.2.4. Promoción del capital social

Las prácticas restaurativas no solo abordan daños individuales, sino que también fomentan un sentido de comunidad y capital social. Esto puede tener un impacto positivo en la cohesión social y en la calidad de vida en las comunidades. Al facilitar espacios donde las partes pueden dialogar, se pueden crear redes de apoyo que minimizan la probabilidad de criminalidad futura. Esto es particularmente relevante en comunidades donde la desconfianza y la fragmentación social son comunes.

III.2.5. Ventajas en la equidad del sistema judicial

La justicia restaurativa tiene el potencial de promover un sistema judicial más equitativo, al dar voz tanto a víctimas como a ofensores en el proceso de resolución de conflictos. Esto puede ayudar a reducir las disparidades que a menudo se manifiestan en el sistema penal punitivo. La justicia restaurativa se presenta como una política pública efectiva en entornos marcados por la desigualdad, ya que fomenta un acceso más equitativo a la justicia. Este enfoque permite abordar los conflictos de manera más inclusiva, ofreciendo a las víctimas, infractores y comunidades la oportunidad de participar en el proceso de resolución. Al centrarse en la reparación del daño y la reconciliación, se busca no solo satisfacer las necesidades de las partes involucradas, sino también contribuir a la cohesión social y a la construcción de un sistema de justicia más justo y accesible para todos[30].

III.3. La comparación de los costes del sistema penal punitivo y de los del sistema restaurativo

Cuando se comparan los costes del sistema penal punitivo y los del sistema restaurativo, se puede observar que aunque ambas estructuras tienen costes asociados, la justicia restaurativa tiende a ser más eficiente y sostenible a largo plazo. La reputación del sistema penal tradicional por perpetuar la criminalidad y producir equidad desigual ha hecho que la búsqueda de alternativas más justas y efectivas, como la justicia restaurativa, sea cada vez más urgente. La

[30] COELHO BESSA, Ana Carla, ARARUNA SANTIAGO, Nestor Eduardo. «Uma interface entre a teoria da justiça de John Rawls e a justiça restaurativa como política criminal» en *Revista Seqüência*, 2022. vol. 43(92), op. *cit*., p. 22.

investigación sugiere que este enfoque no solo puede disminuir la carga sobre el sistema penal en términos de costes, sino que también puede mejorar el bienestar social y económico general[31]

Los datos demuestran que el costo de no actuar a favor de un sistema alternativo puede ser considerablemente mayor que la inversión inicial necesaria para implementar prácticas de justicia restaurativa. Convencer a las sociedades para adoptar estos cambios en políticas y percepciones requiere un enfoque multifacético que combine la conciencia social con un sólido análisis de coste-beneficio. En este sentido, la justicia restaurativa se perfilaba no solo como una alternativa viable, sino como un imperativo hacia un sistema de justicia más humano, eficiente y equitativo.

La encrucijada actual del sistema de justicia penal requiere una reconsideración de sus principios subyacentes y estructuras económicas. La justicia restaurativa ofrece no solo una alternativa por sus méritos inherentes, sino que también se presenta como una respuesta necesaria a las deficiencias del sistema actual. A medida que la evidencia empírica respalda su efectividad en términos de satisfacción de las víctimas, reducción de la reincidencia y bienestar comunitario, se hace fundamental continuar explorando y promoviendo su implementación en contextos donde la justicia penal punitiva ha fallado.

IV. RETOS Y OPORTUNIDADES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

A pesar de los claros beneficios que ofrece la justicia restaurativa, su implementación no está exenta de desafíos. Algunos de estos obstáculos incluyen la resistencia institucional, la falta de recursos y la necesidad de formación adecuada para facilitadores. Sin embargo, estos retos también pueden ser vistos como oportunidades para fortalecer y expandir las prácticas restaurativas.

[31] UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *The impact of restorative justice conferencing: A review of 63 empirical studies in 5 countries*. Minneapolis: University of Minnesota Center for Restorative Justice & Peacemaking, School of Social Work, University of Minnesota, 2002, op. *cit*. p.16

IV.1. Resistencia institucional

La resistencia por parte de instituciones del sistema de justicia penal es uno de los principales obstáculos para la adopción de la justicia restaurativa. Muchos actores del sistema pueden percibir este enfoque como una amenaza para su autoridad o eficacia. Para superar esta resistencia, es crucial realizar esfuerzos de sensibilización que demuestren los beneficios tangibles y la eficacia de la justicia restaurativa en la práctica. La creación de foros de diálogo donde se compartan experiencias exitosas y testimonios de víctimas y ofensores podría ayudar a cambiar la narrativa y promover una mayor aceptación de estas prácticas dentro del sistema.

IV.2. Falta de recursos

La implementación de la justicia restaurativa puede requerir inversiones iniciales en capacitación, desarrollo de programas y facilitación de encuentros. No obstante, estos costes pueden ser compensados con el tiempo a través de la reducción de la reincidencia y los ahorros derivados de menores gastos en el sistema penal. Es fundamental que los responsables de políticas se comprometan a gestionar y asignar recursos de manera eficiente, orientando fondos hacia iniciativas de justicia restaurativa que demuestren su potencial para desviar casos del sistema penal tradicional, como han indicado varios estudios[32].

IV.3. Formación de facilitadores y mediadores

Para que la justicia restaurativa sea efectiva, es esencial que los facilitadores y mediadores sean cuidadosamente entrenados en habilidades de comunicación, resolución de conflictos y empatía. Esto garantizará que todos los participantes se sientan seguros y respetados durante el proceso. A medida que crece el interés en la justicia restaurativa, se debe prestar atención a la creación de programas de formación robustos que preparen a los facilitadores para abordar las dinámicas emocionales y legales que surgen durante estos encuentros.

---

[32] STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. «Repairing the harm: Victims and restorative justice». *Utah L. Rev.*, 2003, op. *cit.*, p. 15.

IV.4. Construcción de redes de apoyo

Fmentar el capital social es un componente clave para la sostenibilidad de la justicia restaurativa. Involucrar a la comunidad en el proceso de justicia restaurativa no solo apoya la reintegración de los delincuentes, sino que también ayuda a fortalecer las relaciones comunitarias. Las redes de apoyo deben ser creadas para asegurar que tanto víctimas como ofensores tengan acceso a recursos y asistencia emocional. Esto no solo beneficiará a los individuos directamente involucrados, sino que también contribuirá a una cultura de cooperación y solidaridad en la comunidad.

IV.5. Evaluación y monitoreo de resultados

Realizar un seguimiento y evaluación adecuados de los programas de justicia restaurativa es fundamental para garantizar su eficacia y sostenibilidad. Esto incluye la recopilación de datos sobre tasas de reincidencia, satisfacción de las víctimas y éxito en la restitución. Evaluaciones sólidas no solo permiten ajustar y mejorar los programas según sea necesario, sino que también proporcionan evidencia que puede utilizarse para abogar por más recursos y apoyo institucional. Según estudios, los procesos de mediación y conferencias restaurativas ofrecen una experiencia más satisfactoria para todas las partes implicadas. Además, estos métodos fomentan una percepción de equidad y justicia, lo que contribuye a su efectividad en la resolución de conflictos [33].

IV.6. La importancia de la justicia restaurativa en el contexto actual

En el contexto actual, donde el sistema penal enfrenta una serie de críticas por su enfoque punitivo y su ineficacia, la justicia restaurativa se presenta como una alternativa no solo viable, sino profundamente necesaria. La creciente preocupación por la salud mental de las víctimas y los delincuentes, así como la búsqueda de soluciones sostenibles a problemas de criminalidad, subrayan la urgencia de adoptar enfoques que promuevan la sanación y la reconciliación.

La pandemia de COVID-19, las tensiones sociales y el aumento de las demandas de justicia social han puesto de manifiesto las deficiencias inherentes

[33] UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *The impact of restorative justice conferencing: A review of 63 empirical studies in 5 countries*. Minneapolis: University of Minnesota Center for Restorative Justice & Peacemaking, School of Social Work, University of Minnesota, 2002, op. *cit.*, p. 16

del sistema penal. Hay un reconocimiento creciente de que la mera retribución no aborda las raíces de los problemas sociales y económicos que a menudo conducen al delito. La justicia restaurativa se enfoca en restaurar las relaciones y sanar el daño emocional y social. Esta perspectiva es crucial en un mundo que cada vez más valora la restauración y la colaboración sobre el castigo y la exclusión.

La justicia restaurativa ofrece una refriega a las estructuras tradicionales que conllevan a un enfoque punitivo, sugiriendo que las comunidades tienen un papel importante que desempeñar en la resolución de conflictos y la curación de heridas sociales. A medida que la investigación continúa demostrando la efectividad de este enfoque, es probable que la demanda de justicia restaurativa aumente, impulsando cambios significativos en las políticas y prácticas relacionadas con el sistema de justicia.

La justicia restaurativa no se limita a ser una opción alternativa, sino que constituye una reconfiguración significativa en la manera de entender la justicia. Su análisis en comparación con el sistema penal punitivo revela una serie de ventajas tanto en términos de coste-efectividad como en la restauración del tejido social. La exploración de los costes asociados a cada sistema pone de manifiesto la necesidad de adoptar modelos que prioricen la sanación, la reconciliación y la equidad. A medida que la justicia restaurativa continúe ganando tracción, el enfoque hacia el delito puede transformarse de uno que castiga, a uno que repara y reconstruye, beneficiando no solo a víctimas y delincuentes, sino a toda la comunidad en su conjunto.

Por tanto, los responsables de la toma de decisiones deben considerar con seriedad el potencial de la justicia restaurativa no solo como un cambio dentro del ámbito del sistema penal, sino como una estrategia integral para construir sociedades más seguras, justas y resilientes. El camino hacia una justicia restaurativa efectiva y sostenible requiere compromiso, recursos, y colaboración entre todos los actores del sistema, pero el resultado final puede ser un entorno en el que todos los miembros de la comunidad—victimas, infractores, y sus familias—puedan experimentar un verdadero sentido de sanación y justicia reparadora.

V. CONCLUSIONES

La justicia restaurativa representa un enfoque emergente y transformador en el ámbito del sistema de justicia penal, contrastando notablemente con los paradigmas tradicionales que se ven marcados por la retribución y el castigo. Las conclusiones extraídas de este análisis detallado sobre el impacto económico de la justicia restaurativa llevan a resaltar su efectividad no solo en términos de recuperación social, sino también como una alternativa viable y económicamente sostenible que puede abordar las deficiencias inherentes al sistema penal punitivo.

Uno de los hallazgos más significativos de esta investigación es la comparación directa de costos entre el sistema penal punitivo y la justicia restaurativa. Los sistemas retributivos tradicionales han demostrado ser extremadamente costosos, generando una carga económica pesada que incluye el mantenimiento de cárceles, gastos judiciales y la supervisión del cumplimiento de condenas. Aplicar la justicia retributiva conlleva importantes gastos el estado[34]. Por el contrario, la implementación de prácticas de justicia restaurativa puede abaratar costos en el largo plazo. La literatura sugiere que la justicia restaurativa, al reducir la reincidencia y facilitar la reintegración de delincuentes, genera ahorro en términos de encarcelamiento y procesamiento legal, lo que la convierte en una opción económicamente más viable para los gobiernos[35]

Esta economía en el gasto público se puede ver no solo en la reducción de costes operativos sino también en la creación de un impacto positivo en la productividad laboral. La reintegración de los delincuentes a la sociedad, promovida por los procesos restaurativos, ayuda a restaurar el tejido social, lo que a su vez deriva en un entorno más estable y productivo[36].

El enfoque retributivo ha sido criticado por su ineficacia a largo plazo en la prevención de la reincidencia. Las penas severas y prolongadas han demostrado ser ineficaces para abordar las causas subyacentes del comportamiento delictivo, llevando a un ciclo donde los exdelincuentes terminan regresando al sistema. Este fenómeno es destacado por Hanan, quien afirmaba que las políticas punitivas a menudo crean un ambiente de exclusión que dificulta la reintegración

---

[34] MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, op. *cit*., p. 30.
[35] STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. «Repairing the harm: Victims and restorative justice». *Utah L. Rev*., 2003, op. *cit*., p.15.
[36] FURMAN, Jillian M. An economic analysis of restorative justice. *Unpublished Thesis, University of Massachusetts Boston*, 2012, op. *cit.,* pp. 19-21.

efectiva[37]. Se ha argumentado que la justicia restaurativa puede ser más eficaz en la satisfacción de las víctimas y en la disminución de la reincidencia. Además, se destaca su potencial para transformar la vida de los delincuentes, ya que promueve un sentido de responsabilidad y conexión con sus comunidades. Este enfoque no solo aborda el daño causado por el delito, sino que también facilita la reintegración de los infractores, ayudándoles a tomar conciencia de sus acciones y sus consecuencias. En consecuencia, se plantea que este modelo podría ofrecer beneficios tanto para las víctimas como para los delincuentes, favoreciendo un proceso más inclusivo y reparador[38].

Las investigaciones muestran que los enfoques restaurativos dan lugar a tasas de reincidencia notablemente inferiores en comparación con el encarcelamiento. Este descenso en la reincidencia no solo beneficia a los individuos, sino que también reduce la carga sobre el sistema de justicia y los costos que este implica. Así, se establece un círculo virtuoso donde la justicia restaurativa no solo busca reparar el daño, sino que también promueve un entorno social donde las personas pueden prosperar y contribuir positivamente.

La justicia restaurativa tiene un fuerte enfoque en la reparación de las relaciones humanas y en la construcción de comunidades cohesivas. Al involucrar a las víctimas y a los ofensores en un proceso de diálogo colaborativo que prioriza la comunicación y la empatía, se trabaja para restaurar el tejido social desgastado por el delito[39]. Este enfoque no solo tiene consecuencias inmediatas positivas en la vida de las personas involucradas, sino que también crea un capital social que puede prevenir futuros delitos.

Las prácticas de justicia restaurativa promueven el desarrollo de redes de apoyo social que facilitan la reintegración de los delincuentes en sus comunidades, lo que se traduce en un aumento de la cohesión social y, potencialmente, en una disminución de la criminalidad. Según Furman, un enfoque de justicia que fomenta la restauración del capital social tiene un valor significativo no solo para sus participantes, sino para toda la comunidad, ayudando a establecer un entorno donde el delito se convierte en una excepción y no en la norma[40].

---

[37] HANAN, M. Eve. *Decriminalizing violence: A critique of restorative justice and proposal for diversionary mediation*. NML Rev., 2016, vol. 46, op. *cit.,* p. 123.
[38] STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. «Repairing the harm: Victims and restorative justice». *Utah L. Rev.*, 2003, op. *cit.,* p. 15.
[39] VAN NESS, Daniel W. An overview of restorative justice around the world. 2016, op. *cit.*, p. 14.
[40] FURMAN, Jillian M. An economic analysis of restorative justice. *Unpublished Thesis, University of Massachusetts Boston*, 2012 op. *cit.,* p. 24.

Uno de los conceptos centrales que se desenvuelven en el marco de la justicia restaurativa es su potencial para abordar las inequidades dentro del sistema de justicia penal. La justicia retributiva a menudo perpetúa ciclos de desigualdad y exclusión, afectando desproporcionadamente a grupos socioeconómicamente vulnerables[41]. Este fenómeno se acentúa debido a la falta de representación legal adecuada y a la severidad de las sentencias impuestas a estos grupos.

La justicia restaurativa, por su parte, busca un proceso más equitativo y participativo, donde tanto las víctimas como los ofensores tienen voz en la resolución de conflictos. El enfoque restaurativo puede contribuir a crear un acceso más igualitario a la justicia, promoviendo no solo un sentido de responsabilidad, sino también la equidad en la gestión de las relaciones sociales[42]. Estas prácticas pueden ayudar a romper las cadenas de desigualdad que a menudo están en la raíz del comportamiento delictivo, ofreciendo una vía hacia un sistema de justicia más justo.

Un componente esencial de la justicia restaurativa es el enfoque en la responsabilidad personal, tanto de los ofensores como de las víctimas. Este concepto no solo busca hacer justicia a la víctima, sino también cultivar el sentido de responsabilidad en el ofensor por sus acciones. A diferencia del sistema penal punitivo, que frecuentemente refleja un deseo de venganza en lugar de una comprensión del daño infligido, la justicia restaurativa se centra en reconocer el impacto que las acciones del infractor han tenido.

Se plantea que la restitución debe convertirse en una obligación legal con el objetivo de promover la responsabilidad entre los delincuentes. Esta medida no solo busca compensar a las víctimas, sino también establecer un mecanismo que refuerce la idea de que quienes cometen delitos deben asumir las consecuencias de sus acciones. La implementación de una normativa que exija la restitución podría contribuir a una mayor justicia y a la reparación del daño causado, incentivando así un cambio positivo en la conducta de los infractores[43]. Efectivamente, incluir la restitución como parte integral del proceso no solo compensa a las víctimas, sino que también educa a los ofensores sobre el impacto de sus acciones, ayudándoles a desarrollar una conciencia social y personal que puede ser transformadora.

---

[41] HANAN, M. Eve. *Decriminalizing violence: A critique of restorative justice and proposal for diversionary mediation*. NML Rev., 2016, vol. 46, op. *cit.,* p. 123.
[42] COELHO BESSA, Ana Carla, ARARUNA SANTIAGO, Nestor Eduardo. «Uma interface entre a teoria da justiça de John Rawls e a justiça restaurativa como política criminal» en *Revista Seqüência*, 2022. vol. 43(92), op. *cit*., p. 22.
[43] RUBACK, R. Barry. «The benefits and costs of economic sanctions: Considering the victim, the offender, and society». *Minn. L. Rev*., 2014, vol. 99, op. *cit.,* p. 1779.

A pesar de la multitud de beneficios que la justicia restaurativa puede ofrecer, es fundamental abordar la necesidad de una evaluación continua y adaptativa de estas prácticas. La implementación de programas restaurativos requiere monitoreo y re-evaluación regular para garantizar su efectividad y sostenibilidad. Así como cada comunidad es diferente y única en sus dinámicas, los enfoques de justicia también deben ajustarse a las realidades locales.

Los datos recopilados y las experiencias acumuladas deben ser utilizados para mejorar y ajustar las intervenciones. Al realizar un seguimiento de tasas de reincidencia, satisfacción de las víctimas y otros indicadores, los programas pueden ser ajustados para maximizar sus beneficios[44]. Esto no solo asegura la permanencia de prácticas adecuadas, sino que también promueve un ciclo de aprendizaje y mejora que fortalece la confianza en el sistema de justicia restaurativa.

La situación actual, marcada por el aumento de la demanda de justicia social y reparadora, representa un terreno fértil para el crecimiento de la justicia restaurativa. Sin embargo, también plantea desafíos significativos, como la resistencia institucional y la falta de recursos. A pesar de estos obstáculos, las oportunidades para avanzar son igualmente prominentes. La creciente conciencia sobre la necesidad de justicia reparadora y la salud mental generan un espacio donde la justicia restaurativa puede ser vista como una respuesta esencial a las deficiencias del sistema penal[45]

En definitiva, la justicia restaurativa no solo representa una alternativa válida al sistema de justicia penal tradicional, sino que también ofrece un conjunto de beneficios económicos, sociales y éticos que favorecen un enfoque más inclusivo y humano hacia la justicia. A medida que continúan acumulándose pruebas sobre su eficacia y beneficios, es cada vez más urgente integrar la justicia restaurativa en las políticas públicas y en la práctica judicial.

La implementación de la justicia restaurativa, en lugar de ser vista como un mero complemento del sistema penal, debería ser considerada como un componente integral que promueve una justicia más eficaz, equitativa y sostenible. Los responsables de la formulación de políticas, los profesionales del derecho y los actores comunitarios deben unirse para apoyar este enfoque, aprovechando su

---

[44] UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *The impact of restorative justice conferencing: A review of 63 empirical studies in 5 countries*. Minneapolis: University of Minnesota Center for Restorative Justice & Peacemaking, School of Social Work, University of Minnesota, 2002, op. *cit*., p. 16.
[45] HOWARD, Zehr. *The little book of restorative justice*. Intercourse: Good Books, 2002, op. *cit*. p. 21.

potencial para transformar la forma en que se aborda el crimen y se busca sanar las heridas causadas por el delito. De este modo, las prácticas restaurativas pueden contribuir significativamente a la construcción de comunidades más seguras, justas y resilientes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Braithwaite, John, et al. «Restorative justice», en *The handbook of crime and punishment*, 1998, pp. 323-344.

Coelho Bessa, Ana Carla, Araruna Santiago, Nestor Eduardo. «Uma interface entre a teoria da justiça de John Rawls e a justiça restaurativa como política criminal», en *Revista Seqüência*, 2022. vol. 43(92), pp. 1-20.

Furman, Jillian M. An economic analysis of restorative justice. *Unpublished Thesis, University of Massachusetts Boston*, 2012, pp. 1-92.

Hanan, M. Eve. *Decriminalizing violence: A critique of restorative justice and proposal for diversionary mediation*. NML Rev., 2016, vol. 46, pp. 122-170.

Howard, Zehr. *The little book of restorative justice*. Intercourse: Good Books, 2002, pp. 1-89.

Marshall, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, pp. 1-36.

Mills, Linda G.; Barocas, Briana; Ariel, Barak. «The next generation of court-mandated domestic violence treatment: A comparison study of batterer intervention and restorative justice programs», en *Journal of Experimental Criminology*, 2013, vol. 9, pp. 65-90.

Ruback, R. Barry. «The benefits and costs of economic sanctions: Considering the victim, the offender, and society». *Minn. L. Rev.*, 2014, vol. 99, pp. 1778-1835.

Strang, Heather; Sherman, Lawrence W. «Repairing the harm: Victims and restorative justice». *Utah L. Rev.*, 2003, pp. 15-42.

Umbreit, Mark S.; Coates, Robert B.; VOS, Betty. *The impact of restorative justice conferencing: A review of 63 empirical studies in 5 countries*. Minneapolis: University of Minnesota Center for Restorative Justice & Peacemaking, School of Social Work, University of Minnesota, 2002, pp.1-21.

Van Ness, Daniel W. An overview of restorative justice around the world. 2016, pp. 1-17.

ÁNGEL MANZANARES GUTIÉRREZ
Profesor Contratado doctor en Economía
Departamento de Economía
Facultad de Derecho UEX
amanzanares@unex.es
ORCID: 0000-0002-3382-1687

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 293-322
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.293

NECESIDAD DE PONER FIN A LA PROCRASTINACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DEL MODELO DE ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES EN CUBA[1]

NEED TO PUT AN END TO THE PROCRASTINATION OF THE MODEL OF ADMINISTRATION OF JUVENILE JUSTICE IN CUBA

REINALDO RAMÍREZ TEMPRANA[2]

Universidad de Granada

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

La investigación aborda la necesidad de modificar el modelo de administración de justicia de menores en Cuba que data de 1982 y que aún contiene rasgos del sistema tutelar que se aplica para los menores inimputables penalmente. Sobre la base de la ratificación por Cuba de la Convención sobre los derechos del niño y la tan necesaria migración hacia un modelo de responsabilidad y garantista. De igual modo, se reflexiona sobre la debida uniformidad en la atención a la persona menor de edad; proponiendo la eliminación de utilizar el derecho penal indiferenciado para los menores de dieciocho años y

[1] El presente artículo forma parte de la investigación predoctoral que se realiza en el programa de doctorado en Criminología, por la Universidad de Granada, España.

[2] Doctorando en el programa de Criminología; escuela de Doctorado de Humanidades, ciencias sociales y jurídicas de la Universidad de Granada, España. Master en Criminología, Master en Derecho agrario y licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana, Cuba. Profesor por varios cursos en la Universidad Agraria de La Habana; abogado en ejercicio por más de veinte años. Ha desarrollado investigaciones en el ámbito de la criminología y el derecho agrario. En la actualidad se desempeña como pequeño empresario. reinaldo1977@correo.ugr.es.
Orcid:0009-0000-1689-713X

mayores de dieciséis, imputables penalmente, según lo dispuesto en la ley penal Cubana.

Palabras clave: Administración de la justicia de menores, modelo cubano, normas complementarias, modificaciones al ordenamiento jurídico-constitucional.

ABSTRACT

The investigation addresses the need to modify the model of administration of juvenile justice in Cuba that dates back to 1982 and that still contains features of the guardianship system that is applied to minors who are not criminally responsible. Based on Cuba is ratification of the Convention on the Rights of the Child and the much-needed migration towards a model of responsibility and guarantee. Likewise, we reflect on due uniformity in the care of minors; proposing the elimination of using undifferentiated criminal law for those under eighteen years of age and over sixteen who are criminally liable, according to the provisions of Cuban criminal law.

Keywords: Administration of juvenile justice, cuban model, complementary norms, amendments to the constitutional legal system.

Sumario: 1. Consideraciones preliminares. II. Antecedentes sobre el tratamiento a los menores trasgresores de la ley en Cuba. II.1. Código de Defensa Social "Un sistema tutelar". II.2. El triunfo de la Revolución Cubana; cambio de visión sobre el tratamiento a los menores de edad infractores de la ley. III. El Modelo Criollo Cubano para una administración de la justicia de menores. IV. La Convención sobre los derechos del niño y su impacto en el modelo Cubano. V. La Reforma al Ordenamiento jurídico Cubano y su colisión con el modelo actual de administración de justicia de menores. VI. Conclusiones. Referencias Bibliográficas. Fuentes Legales

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la República de Cuba desde el año 1982, los menores de dieciséis años de edad no son imputables penalmente, adelantándose así a postulados tan importantes que vinieran en fecha posterior tras la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño en cuanto a la desjudicialización de los sistemas para exigir responsabilidad a los menores.

El modelo cubano parte como era de esperar por aquella época de la doctrina de la situación irregular; teniendo al menor como objeto de protección y no como sujeto de derechos. Con la característica propia de la no existencia de un tribunal o juez de menores, despenalizando totalmente el proceso.

Con la promulgación de la Convención sobre los derechos del niño[3].Se inicia un nuevo paradigma en el tratamiento de los menores migrando hacia un sistema de responsabilidad del menor y considerándose como persona sujeta de derechos.

Los niños y niñas que han cometido una conducta considerada como delito han atravesado por un largo camino en el sistema de justicia penal. Al principio se les veía como objeto de protección y bajo un derecho penal con la influencia de la escuela positiva. Posteriormente bajo un nuevo paradigma, el tratamiento de la persona menor de edad se centra como sujetos con derechos y garantías individuales[4].

Es por ello, que en la mayoría de los países se migro desde un modelo tutelar hacia un modelo garantista o de responsabilidad del menor[5]; en Cuba, a pesar según nuestro criterio del avance que tuvo su legislación en 1982 ha quedado congelada en el tiempo. Actualmente es la norma vigente con rasgos eminentemente tutelares y pocas garantías procesales para los menores procesados.

En igual sentido hemos de destacar la existencia en Cuba de dos sistemas para administrar justicia a los menores infractores; en un camino existe total desjudicialización para aquellos menores de dieciséis años de edad "Inimputables penalmente"; para aquellos entre dieciséis años de edad hasta los dieciocho[6]; se aplica el derecho penal indiferenciado.

Siendo el objeto de nuestra investigación el análisis del sistema de administración de justicia que se aplica a los menores en Cuba; teniendo como situación

---

[3] Tratado internacional de las Naciones Unidas de fuerza vinculante para los estados firmantes de fecha 20 de noviembre de 1989 y que entraría en vigor el 2 de septiembre de 1990. Por el que se enfatiza que los menores de edad se consideran como sujetos de derecho .dando inicio a una nueva teoría para la atención a los menores de edad denominada la teoría de la Protección Integral dejando con ello la teoría de la situación irregular para la atención y tratamientos a los menores de edad.

[4] Herrero Vidal Sonsoles, M: "Crítica del modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un "modelo social de responsabilidad" del menor infractor".

[5] Díaz Landrove, G: Derecho Penal de Menores.

[6] La mayoría de edad en Cuba es a los dieciocho años de edad, según lo dispuesto en el Código Civil aprobado por la Ley 59 de 1987, así como su modificación introducida por el Código de las familias publicado en Gaceta Oficial No 99 del 27 de septiembre de 2022.

problémica: La necesidad de contar con un modelo garantista sobre responsabilidad penal del menor, sustrayéndolo del derecho penal indiferenciado y dotándole de garantías procesales para el pleno ejercicio de los derechos a los menores inimputables penalmente objetos de medidas administrativas.

II. ANTECEDENTES SOBRE EL TRATAMIENTO A LOS MENORES TRASGRESORES DE LA LEY EN CUBA

La República de Cuba es proclamada como República independiente el 20 de mayo de 1902, con anterioridad había sido colonia de España e intervenida a posterioridad por los Estados Unidos de América, durante la etapa colonial fue aprobado por la metrópoli el Código Penal y la ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal para las Islas de Cuba y Puerto Rico en el año 1879; con anterioridad a este cuerpo normativo no existió una norma para la Isla que regulase de manera especial la adecuación de sanciones penales para los menores infractores, solo se habían emitidos a través de los bandos de buen gobierno[7]; determinadas medidas.

Estas medidas administrativas, regulaban la conducta de personas menores de edad, cuyas sanciones mayoritariamente eran correctivas que aplicarían los padres o tutores, aunque en algunos casos se impondrían medidas privativas de libertad[8].

Asimismo se aplica lo normado en las Leyes de Indias, a través de las audiencias constituidas no existiendo una regulación específica sobre el tratamiento a los menores que cometiesen delitos contenida en las leyes de Indias; por lo que se aplicaría el derecho castellano, el que a su vez a pesar de lo dispuesto por el Ordenamiento de Alcalá de 1348 y confirmado por las Leyes de Toro por el que se excluía el derecho común, en la práctica no se observaba. Por lo que también se continuaba aplicando como supletorio del Derecho de Castilla el ius commune[9].

Empero, no es sino con la aprobación del Código Penal de España de 1870, el que se hizo extensivo en 1879 con modificaciones a las islas de Cuba y Puerto

---

7-LLorente Apaolaza, D: Los Bandos de buen gobierno en Cuba: La norma y la práctica (1730-1840).
8 Ramírez Temprana, R: Historiografía jurídica de la atención a los menores de edad trasgresores de la ley en la Cuba Colonial.
9 Burin Gallego Rojo, M: El pensamiento jurídico y político de Francisco Bermúdez de Pedraza (1576-1655)

Rico que se estructura de manera orgánica y especial a través de un derecho penal indiferenciado el tratamiento a los menores que pudiesen cometer delitos; ordenamiento que estaría vigente durante la República hasta 1936.

La aprobación del Código Penal español para Cuba fue la culminación de un proceso que se iniciaría desde 1856, cuando la Audiencia Pretorial de La Habana, indicó los inconvenientes de la falta de una regla fija en la aplicación de las penas por haber caído en desuso gran parte de la legislación criminal y con el deseo de uniformar en lo posible la jurisprudencia de las Antillas con las de la Metrópoli[10].

El Código Penal aprobado para Cuba con relación a nuestro tema permaneció incólume con lo aprobado por el Código Penal de España de 1870, solo modificándose el numeral de los artículos por lo que su análisis resulta el mismo del de 1870[11].

La inimputabilidad penal seria a favor del menor de nueve años pues se le tenía como exento de responsabilidad criminal, así como al mayor de nueve años y menor de quince a no ser que haya obrado con discernimiento, estando obligado el tribunal hacer declaración expresa sobre este punto para imponerle pena o declararle irresponsable (artículo: 8.2.3).

Estos menores inimputables quedarían bajo la custodia de una persona que se encargaría de su vigilancia y educación, para aquellos que carecían de ésta persona que pudiese hacerse responsables, los menores serían llevados a un establecimiento de beneficencia, destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrían sino al tiempo y con las condiciones prescritas para los acogidos.

Al respecto, el Código Penal de 1870 acogía en principio lo regulado por el Código Penal de 1828 y del que carecía el texto de 1848, en cuanta alguna medida de precaución para estos menores inimputables; sin embargo, rompía con el criterio correccional[12].

[10] Véase: Informe de la Comisión de redacción del Código Penal para las provincias de Cuba y Puerto Rico y Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal, mandados observar por el Real Decreto de 23 de mayo de 1879, pág. 9

[11] Ramírez Temprana, R: Historiografía jurídica de la atención a los menores de edad trasgresores de la ley en la Cuba Colonial.

[12] Gómez de la Serna y Groizard, A: El Código Penal de 1870 concordado y comentado, p234.

Con relación a las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal y su adecuación se mantiene como circunstancia atenuante la de ser el culpable menor de dieciocho años[13].

Mientras que al menor de quince años y mayor de nueve, que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal que obró con discernimiento, se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo menos a la señalada por la ley al delito que hubiere cometido. Mientras que al mayor de quince años y menor de dieciocho se aplicará siempre en el grado que corresponda la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley.

Pero. ¿Qué se entendía por obrar con discernimiento?. Existía acaso una fórmula o definición que pudiese guiar a quienes administraban justicia. Para tal declaración con trascendencia a la imputabilidad o no del menor con el consiguiente efecto para la imposición de una pena, para uno de los más "ilustrados"; "El discernimiento es el juicio recto por cuyo medio se distinguen las cosas o las acciones que entre si se diferencian. Obrar de este modo es, por consiguiente, no sólo obrar con convencimiento de que se infringe un deber moral general, sino con el juicio suficiente para conocer la índole moral de la acción ejecutada y del daño por ella producido"[14].

Para ello, los jueces analizarán los hechos y las circunstancias del menor, teniendo y apreciando el dictamen facultativo "médico forense"; que, aunque en la realidad se pronunciaban únicamente sobre la base de lo concluido por el mismo, no habría de ser el único para decidir, tal y como dejara expuesto en su considerando el tribunal supremo por su sentencia número 7 de 1876.

Examinando lo regulado en cuanto a la responsabilidad civil del menor inimputable; únicamente se modifica el numeral del artículo 19 (Código de 1870), al artículo 17; considerando al menor como responsable civilmente; haciéndose efectiva esta responsabilidad por los hechos que ejecutaran los menores, sus padres o los que los tenga bajo su potestad, guarda legal o dominio; sólo pudiendo eximirse de responder si hacían constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia que propiciara el actuar ilícito del menor a su cargo. Del menor no estar bajo potestad de persona mayor o siendo esta persona insolvente, respondería civilmente por sus actos con sus bienes[15].

[13] Véase artículo 9.2.
[14] Gómez de la Serna y Groizard, A: El Código Penal de 1870 concordado y comentado, p.240.
[15] Ramírez Temprana, R: Historiografía jurídica de la atención a los menores de edad trasgresores

También, hemos de enunciar normas que se aprobarían para este periodo en España y que posteriormente se harían extensivas para Cuba y que mantuvieron su vigencia durante los primeros años de la República; en algunos casos con modificaciones, que incidían en la atención y tratamiento para con los menores, relacionadas con su protección en determinados casos; como la Ley del 26 de julio de 1878, extensiva a Cuba por el Real Decreto de fecha 30 de mayo de 1879 y por la que se otorgaba protección a los menores de dieciséis años, impidiendo no sólo que sean utilizados en determinadas actividades, sino que también serán objeto de aplicación de pena las personas responsables por ese menor, así como las autoridades que conocieren de la situación a la que se estuviese sometida el menor o que se dedicase a mendicidad[16].

Asimismo las (Leyes de beneficencia); jugarían un papel determinante en la protección de niños y niñas huérfanos o abandonados[17].

El desarrollo del sistema asistencial instrumentado por las leyes de beneficencia implicó además un reforzamiento del control social sobre los menores Ya en Cuba en fecha 8 de diciembre de 1794 se fundaba la Real Casa de Beneficencia de La Habana, institución encargada de velar por la instrucción de los mendigos y niños huérfanos de ambos sexos[18].

Para finales de la época colonial, se aprueba para las islas de Cuba y Puerto Rico la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente en la Península, en virtud del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, con las modificaciones propuestas por la Comisión de Códigos de Ultramar, la que entra en vigor el primero de enero de 1889; articulando toda la administración de justicia y que regiría posteriormente en la República de Cuba. A través del análisis de sus articulados se evidencia el tratamiento indiferenciado para con el menor infractor, en atención a derechos que poseía "deber de no denunciar" y "derecho a la asistencia jurídica"[19].

---

de la ley en la Cuba Colonial.

[16] Idem.

[17] Soto Martínez Pascual, A: "La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)".

[18] Moreno Borrego, R: "Mataperros entre esclavos y libres "de color": delincuencia juvenil y correccionales en Cuba (1860-1940)".

[19] Véase artículo 384: Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictara auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta ley. El procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de letrado, mientras no estuviere incomunicado y valerse de él, bien para instar la pronta terminación del sumario, bien para solicitar la práctica de diligencias que le interesen y para formular pretensiones que afecten a su situación. En el primer

II.1. Código de Defensa Social "Un sistema tutelar".

El Derecho Penal de menores a partir de la creación de los tribunales de menores, se convirtió en un derecho penal de autor, sustituyendo el principio de culpabilidad por el de peligrosidad. Esto llevo a establecer reglas especiales, tanto en el ámbito sustantivo como formal, ejemplo: la conducta predelictiva, la situación irregular y la sentencia indeterminada[20].

En la mayoría de las legislaciones lo que justificaba la intervención jurídico penal lo fue la situación irregular y no necesariamente haber infringido las leyes penales. Esta particular categoría es considerada para todo niño, niña o joven que carece de las necesidades básicas para su desarrollo. Bien pueden ser de carácter material o inmaterial. Por ejemplo si se dedica a la mendicidad, sino tiene vivienda o si no asiste regularmente a la escuela, es claro que carece de lo material necesario para su desarrollo; pero también sino tiene familia o es abandonado se encuentra igualmente en situación irregular. Es por ello que la mayoría de las legislaciones incluyen las categorías de abandono material o moral[21].

En 1909 por el Decreto 78 se aprueba la Ley Orgánica del poder ejecutivo la que ratifica lo dispuesto por orden militar de 1900 y que aumenta la inimputabilidad penal por edad a los diez años.

Con la aprobación del Código de Defensa Social y por el que se deroga el Código Penal español, se aumentaría a la edad de doce años la inimputabilidad penal así como se aprobarían medidas de seguridad sobre la base de la concepción tutelar imperante, no obstante sus avances para el tema que nos ocupa, se mantiene al menor dentro del derecho penal para adultos con atenuantes aplicándosele un derecho penal indiferenciado.

En tal sentido se tendría como circunstancias atenuantes personales y de menor peligrosidad: ser el agente comisor del delito mayor de doce y menor de dieciocho años de edad. Resultando de gran novedad la disposición relacionada con la reclusión del menor declarado responsable en el reformatorio juvenil que determine el tribunal. En cuyo establecimiento permanecerá hasta que cumpla

caso podrá recurrir en queja a la Audiencia y en los otros dos apelar para ante la misma, si el juez instructor no accediese a sus deseos. Para cumplir lo determinado en este artículo, el Juez instructor dispondrá que el procesado menor de edad sea habilitado de Procurador y Abogado, a no ser que él mismo o su representante legal designen personas que merezcan su confianza para dicha representación y defensa.

[20] Díaz Landrove, G: Derecho Penal de Menores.

[21] Tellez López, D: El sistema tutelar y el sistema garantista paradigmas en el derecho penal especializado para niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

la mayor edad u obtenga su liberación de acuerdo con lo que en la sentencia se disponga[22]. Se instrumentaría con ello la separación en el cumplimiento de las sanciones penales impuestas a los menores de los adultos.

El Código de Defensa Social instrumentaría en todo su grado la concepción del estado peligroso al regular en su Libro IV, las medidas de seguridad tanto predelictivas como postdelictivas.

Como índices permanente de peligrosidad y que alcanzaba a los menores encontramos la prostitución, la mendicidad, la narcomanía, el juego y la vagancia. Todo menor que se encontrase en estos índices sería objeto de aplicación de medida; en cuanto aquellos menores que cometiesen delitos y que por la edad resultasen inimputables les serían de aplicación lo regulado para las medidas de seguridad postdelictivas[23].

Las medidas de seguridad se clasifican en personales y patrimoniales a su vez las medidas personales podrían ser detentivas o no. Entre las medidas se encontraban: la asignación a una colonia agrícola; un taller o una casa de trabajo; también la reclusión en un hospital; casa de custodia; manicomio judicial o reformatorio. Para el caso de los menores que habían cometido un delito o se encontrasen en estado peligroso la medida a aplicar seria la reclusión en reformatorio[24].

Del mismo modo se instrumentaron medidas tutelares para aquellos menores que atendiendo a sus condiciones personales, la gravedad del hecho o su peculiar estado peligroso no se disponía su reclusión en reformatorios, encontrándose las siguientes: Reclusión del menor en su domicilio pupilaje escolar; reclusión del menor en hogar honrado; patronato; instituciones privadas de corrección de menores o en establecimiento especiales de educación técnica y hospitalización[25].

Con relación al cumplimiento de las medidas de seguridad, las mismas serían indeterminada hasta la eliminación del estado peligroso, mientras que para aquellos menores que cometían delitos sería de un año en el reformatorio; si dentro del mismo, el menor arriba a la mayoría de edad, queda sujeto a la vigilancia de autoridad o si el juez lo determina pasa a una colonia agrícola, taller o casa de trabajo.

---

[22] Véase artículo 37b. Código de Defensa Social.
[23] Véase los artículos 580a y 582d.
[24] Véase artículo 585.
[25] Véase artículo 586. 11.

Se regula la obligatoriedad de los centros responsables de menores de informar mensualmente sobre el estado del asegurado, además, de la reclusión de los menores de edad del sexo femenino en centros específicos o de no existir. Su total separación de los del sexo masculino[26].

Por la disposición transitoria y complementaria primera, correspondería al consejo superior de Defensa Social hasta tanto se promulgue la legislación especial sobre menores y delincuentes o desvalidos, acordar la reclusión en el reformatorio de los huérfanos en estado peligrosos o por falta de cuidado de sus padres. Son todos los menores hasta los dieciséis años, manteniendo su reclusión hasta la mayoría de edad, salvo que demostrasen su corrección. Con ello una vez más se aplicaría en su mayor grado la concepción tutelar de la doctrina de la situación irregular para el menor.

Como colofón el 23 de junio de 1938 el Congreso aprobó por ley; el Centro de Orientación Infantil, con la finalidad de darle protección, amparo, educación y asistencia a los infantes, mayores de seis años y menores de dieciocho, huérfanos o abandonados, así como a los desamparados, hijos de padres necesitados, cuyos familiares no estaban en condiciones de atenderlos y que necesitaban corrección; pasando bajo su jurisdicción las escuelas Reformatorios y que estaría presidido por el presidente del Consejo Corporativo de Educación, Sanidad y Beneficencia.

Este organismo, según el artículo IX de la Ley tenía a su cargo las siguientes funciones:

-De corrección y docente: Para la atención, corrección, asistencia y reeducación de los niños de ambos sexos que se vienen recluyendo en las escuelas de Guanajay y Aldecoa y que en lo adelante ingresarán en el establecimiento que al efecto se construya u organice.

-De protección y asistencia: Para amparar, educar, asistir y proteger a los niños de ambos sexos mayores de seis y menores de dieciocho años, huérfanos o abandonados, así como a los desamparados, hijos de padres necesitados, cuyos familiares no estén en condiciones de atenderlos, lo que se probará mediante la investigación y trámites que fije el Reglamento.

Es nuestro criterio que en el ámbito normativo desde los primeros años del Estado cubano se inicia la estructuración de un sistema para atender a los

[26] Véase artículo 593a.

menores de edad en conflicto con la ley sobre la base de la concepción imperante para la época relacionada con el tema sobre una única base tutelar. Empero no logra una jurisdicción especial para menores, quedando al vacío el mandato constitucional sobre la creación de tribunales para menores dispuesto en la Constitución de la época[27]. Hecho que nunca cobraría vida.

Asimismo reiteramos el desarrollo logrado resultaría únicamente en el ámbito normativo por cuanto la realidad de la época distaba mucho de lo normado; por la inseguridad y condiciones negativas en que vivía parte de la población menor, en especial aquella en estado peligroso[28].

II.2. El triunfo de la Revolución cubana; cambio de visión sobre el tratamiento a los menores de edad infractores de la ley.

Durante el primer año de la Revolución cubana se dictan las leyes 459 con el pronunciamiento del Estado cubano en favor de proteger la infancia desvalida y erradicar la mendicidad; 546 que regula aspectos relacionados con la reeducación o rehabilitación de los menores, tiempo de reclusión y su destino al arribar a la mayoría de edad y 548 por la que se crea las casas de observación destinadas para que un personal multidisciplinario realice el estudio integral del menor y las causas de su conducta y eleve a la autoridad judicial correspondiente y en donde se custodiaban provisionalmente los menores que cometían delitos y contravenciones.

De igual manera la Ley fundamental de 1959 mantenía el mandato constitucional sobre la creación de tribunales para menores[29]. No obstante nunca se promulgaría la ley de desarrollo por la cual se instrumentaría el mandato constitucional. No manteniéndose la voluntad sobre la creación de los tribunales para menores en las futuras Constituciones (1976 y 2019).

En la década del 70 se continuaría estructurando lo que a posteriori seria el modelo cubano para el tratamiento a los menores en conflicto con la ley. En 1971 se instrumentarían las escuelas del movimiento juvenil las que tenían como misión el combate a la deserción escolar; 1974, se aprueba la Instrucción 44, por la

[27] Véase artículo 193: Se crean los Tribunales para menores de edad. La ley regulará su organización y funcionamiento. Constitución de la República de Cuba aprobada el 10 de octubre de 1940.
[28] Rodríguez Verónica, A: "Posición asumida por el estado hacia los problemas de la niñez en la Cuba neocolonial (1902-1958)".
[29] Véase artículo 171 de la Ley Fundamental de 1959, aprobada el 7 de febrero del mismo año.

que se faculta a los tribunales provinciales y regionales para imponer medidas de internamiento a un menor en un centro de reeducación, exigiéndose practicar la evaluación criminológica del menor atendiendo a sus características psicológicas, este examen lo realizaba el Centro creado para la Evaluación, análisis y orientación de menores; 1975, se aprueba el Código de familia por el que se conceptualiza a la familia como célula fundamental de la sociedad y se regula el deber de los padres de dar alimentos a sus hijos así como asistirlos en la defensa de sus intereses.

En 1976 se aprueba la Constitución, la que entre sus articulados recoge que el estado como poder del pueblo, garantiza que no haya niño que no tenga escuela, alimentación y vestido[30]. De igual manera con la aprobación del Código de la Niñez y la Juventud en 1978, se regularían aspectos esenciales de la vida de la joven generación, sus deberes y derechos y las obligaciones de todos los que intervienen en su educación integral.

En este mismo año se derogaría el Código de defensa social, aprobándose el nuevo Código Penal y con ello aumentando la inimputabilidad penal por edad a los dieciséis años, no obstante se ratificaría toda la regulación del estado peligroso y las medidas de seguridad provenientes del Código de Defensa Social[31].

Si bien el nuevo gobierno de Cuba venía realizando transformaciones en lo económico, político y social; en relación al proceder para con los menores infractores de la ley aún y cuando se gestaba un sistema de prevención, mantenía lo dispuesto por el Código de Defensa Social, con un único cambio, el aumento de la edad penal, regulada por el Código Penal, al disponer transitoriamente que para los menores de catorce años hasta los dieciséis se continúe aplicando lo establecido en el Código de Defensa Social. Hasta que se promulgara una ley relativa a los menores transgresores.

Es a partir de la década del 80 en que se tomaría otro rumbo en la administración de la justicia de menores con la aprobación en 1982 del Decreto Ley 64, por el que se regula el tratamiento a los menores con trastornos de la conducta y manifestaciones antisociales. Teniendo el mérito histórico de separar a los menores de dieciséis años de los tribunales y darle un tratamiento diferenciado y

[30] Véase artículo 9.b. Constitución de la república de Cuba, proclamada el 24 de febrero de 1976.Posteriormente seria reformada en los años 1978, 1992,2002 y 2011 pero ninguna de las reformas introduciría aspectos relacionados con el tema que se investiga.
[31] Ochoa de la Cruz, R: "El delito, la criminología y el derecho penal en Cuba después de 1959".

especializado según sus características regido de conjunto por el Ministerio de Educación y el Ministerio del interior[32].

Asimismo se aprobarían normas que complementarían el modelo que recién surgía. El Decreto Ley 76 de 1984, por el que se crean los Centros de Asistencia Social que instrumentarían el tratamiento a menores de edad sin amparo filial, creándose a estos efectos los hogares de menores y círculos infantiles mixtos. El Decreto ley 95 de 1987 por el que se constituyen las Comisiones de Prevención y atención social, articulándose un sistema de prevención y atención social coordinadamente con los consejos de atención a menores de instancias, los centros de reeducación de menores, escuelas de conducta, centros de evaluación, análisis y orientación de menores, escuelas talleres, escuelas de oficios, centros de diagnóstico y orientación con los que sistemáticamente se relaciona y evalúa.

III. EL MODELO CRIOLLO CUBANO PARA UNA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES

El término "Criollo", data de la época colonial y caracteriza la cultura y la tradición, es por ello que definimos al modelo de administración de la justicia para los menores de dieciséis años como un modelo criollo, dados sus características y naturaleza.

El modelo cubano surgido en 1982 y que se encuentra vigente, no escapa de la doctrina de la situación irregular "Única vigente y conocida para la época", por ende tiene un marcado carácter tutelar aunque con rasgos bien interesantes para la época por cuanto despenaliza la conducta infractora de los menores de dieciséis años.

Por la norma no solo se daría solución a lo dispuesto por el Código Penal en su disposición transitoria para los mayores de catorce y menores de dieciséis años sino que también otorgaría tratamiento a los menores que presenten trastornos de conducta o manifestaciones antisociales que lleguen a constituirse o no en índices significativos de peligrosidad social.

El impacto social con la instrumentación del Decreto-Ley 64, hemos de analizarlo de la mano de una ilustrada criminóloga cubana; "Con el Decreto Ley se logra un exitoso salto en el tratamiento a los menores con trastornos de

[32] Cabrera Cabrera, X: "Protección a los menores en la legislación cubana".

conducta, extendiendo sus beneficios hasta las manifestaciones desviadas incipientes o tempranas que presenten niños y jóvenes. La implantación de un sistema coherente y planificado donde todos los factores que intervienen y se rigen fundamentalmente por los ministerios de Educación y del Interior, en aras de la prevención y la resocialización, significa uno de los más altos logros en materia criminológica y de política criminal en relación con el tratamiento especializado de los menores que presenten trastornos de su conducta social en general y educativa en particular"[33].

En el modelo cubano, se estructura la atención diferenciada a menores según su clasificación en categorías (Tres categorías); para el caso de los menores que incurren en conductas tipificadas como delito no son llevados ante tribunales de justicia sino ante un órgano administrativo-colegiado "Consejo de atención a menores".

El Consejo de atención a menores estará integrado por juristas, psicólogos y pedagogos que deciden de manera colegiada las medidas educativas y correctivas a adoptar para lo cual tienen en cuenta el dictamen previo emitido por los Centros de evaluación y diagnóstico, donde tiene lugar el estudio de la personalidad del menor así como su situación familiar, escolar y social.

Como nos habíamos referido, las categorías son tres:

Primera: Menores que presentan indisciplinas graves o trastornos permanentes en la conducta que dificultan su aprendizaje en las escuelas del sistema nacional de educación.

Segunda: Menores que presentan conductas disociadas o manifestaciones que no llegan a constituir índices significativos de peligrosidad social, que incurran en hechos antisociales que no muestran peligrosidad en la conducta.

Tercera: Menores que incurren en hechos antisociales de elevada peligrosidad social incluidos los que participan en hechos que la ley tipifica como delitos.

Atendiendo a la categoría en que se tipifique al menor una vez evaluado, se le aplica una de las siguientes medidas:

-Tratamiento médico ambulatorio y cuando así lo requieren según el criterio de los facultativos, el internamiento en un establecimiento asistencial de la red de centros bajo la rectoría del Ministerio de Salud Pública.

[33] Hernández Viera, C. M: Criminología.

-Vigilancia reforzada de los padres, tutores o representantes legales que tengan a su cargo al joven o adolescente.

-Atención individualizada en las escuelas del sistema nacional de educación, encaminada a la corrección de la conducta sin necesidad de internamiento en escuelas especializadas.

-Atención por trabajadoras sociales de la federación de mujeres cubanas.

-Ubicación del joven o adolescente como aprendiz de oficio, en una unidad laboral previa coordinación, incluida la organización sindical de base y de acuerdo con lo establecido en la legislación laboral vigente "Esto solo resulta de aplicación para los menores mayores de quince años".

-Vigilancia y atención por el ministerio del Interior, en los que intervienen los oficiales de prevención de menores y jefes de sectores.

-Internamiento o asistencia en una escuela de conducta dirigida por el ministerio de educación o internamiento en una escuela de formación integral del ministerio del interior.

Hemos querido una vez más definir el modelo cubano como criollo, por cuanto coincidimos con otra criminóloga cubana; que resulta difícil encasillar el esquema de menores aplicado en Cuba, en algún modelo de administración jurídica en específico, pues tiene elementos del modelo tutelar y del de responsabilidad penal[34].

De igual manera consideramos que el modelo cubano presenta rasgos del modelo educativo, al partir de la premisa de un fuerte sistema educativo, lo que a nuestro juicio unido al control social informal que ejercer las organizaciones de masas en Cuba, ha traído como consecuencia los bajos índices de delincuencia juvenil en el país, el modelo se sustenta en una concepción psicopedagógica, proyectando su atención en tres direcciones: la prevención, la evaluación y la reeducación.

El trabajo preventivo abarca las áreas de influencia del menor como son; la escuela, la familia y la comunidad, uno de los eslabones base del sistema instrumentado lo constituye el oficial de menores, el que estudia la situación social del territorio que atiende a nivel de las circunscripciones del poder popular, posibilitando con ello dirigir la acción a la creación de condiciones organizativas,

[34] Fonticoba de Armas, T: Criminología.

educativas y técnicas para el enfrentamiento y solución de las problemáticas detectadas y que inciden en la conducta del menor.

Posteriormente, los Centros de Evaluación Análisis y Orientación de menores como parte del sistema, su labor se dirige al estudio multidisciplinario de los adolescentes, en el que intervienen; psicólogos, pedagogos, juristas, psiquiatras y psicometristas, Su objetivo es determinar las causas que originan los trastornos de conducta y hacer las recomendaciones para el tratamiento especializado, así como sugerir al Consejo de atención a menores las medidas a adoptar en cada caso.

Por último, los Consejos Provinciales de atención a menores, serán el órgano administrativo que impondrá las medidas que correspondan a los menores enmarcados en las categorías antes señaladas, vigilan su ejecución y deciden cualquier cambio en las medidas dispuestas.

Estos órganos como hemos señalado tendrán la función no solo de aplicar las medidas, sino de velar por su cumplimiento, así como de la terminación de las mismas, decidiendo incluso sobre la permanencia del niño o niña en la Escuela de Formación Integral, atendidas por el Ministerio del Interior, hasta los dieciocho años si al cumplir los dieciséis la reeducación no se ha completado; el niño que participe en hechos intencionales tipificados en el Código Penal y represente "alta peligrosidad", al llegar a los dieciocho años de edad, el Consejo Provincial podrá decidir internarlo en un Centro de Mayores "prisión", por un término que no exceda de cinco años; el término del internamiento de los menores estará en función de los progresos que el mismo demuestre durante su cumplimiento, lo que será valorado por los especialistas del Centro donde se encuentre, los propios Consejos Provinciales determinarán la cesación o sustitución de las medidas de internamiento.

La decisión de cada uno de estos Consejos conlleva previamente un proceso evaluativo a cargo de los Centros de Diagnóstico y Orientación del Ministerio de Educación y los Centros de Evaluación Análisis y Orientación de Menores del Ministerio del Interior, quienes investigan y analizan las condiciones familiares y sociales de los menores como parte del sistema estructurado.

En otro camino para los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, en 1987 se aprobaría un nuevo Código Penal (Ley 62), por el que se mantendría la edad penal en dieciséis años, así como la posibilidad de reducir los límites mínimos y máximos de las sanciones para aquellos menores entre dieciséis y dieciocho años, se proscribe la aplicación de la pena de muerte para menores de

veinte años, así como que deben cumplir la sanción de privación de libertad en establecimientos especialmente destinados a ellos o en secciones separadas a de los destinados a mayores de edad[35].

IV. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y SU IMPACTO EN EL MODELO CUBANO

El 20 de noviembre de 1989 con la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño, se inicia el camino ya moribundo de la doctrina de la situación irregular dando paso a la de Protección integral y con ello una nueva perspectiva respecto a niños y niñas, al considerarlos plenos sujetos de derechos, lo que represento un cambio en el modelo jerárquico de relaciones entre estos y los adultos.

La Convención entraría en vigor y de aplicación para Cuba el 20 de septiembre de 1991, no arrojando modificaciones trascendentales al sistema de administración de justicia de menores, el que se ha mantenido hasta la actualidad, el modelo estructurado y al que nos hemos referido procrastinando con ello la necesaria adecuación del sistema, cuyas bases aunque "criollas", se encuentran matizadas por los principios de la decadente doctrina de la Situación Irregular[36]; ampliamente ya eliminada por los países signatarios de la Convención.

A partir de la Convención la mayoría de los `países migraron hacia un modelo de responsabilidad del menor con las consiguientes garantías; carentes en el sistema tutelar. Se adoptaría así la doctrina de la protección integral, al menor teniéndolo como sujeto de derechos y no solo como objeto de protección[37].

Por otra parte se ha mantenido la utilización del derecho penal indiferenciado para los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años. Aplicándoseles lo normado en el Código penal de 1987, al que nos referimos, por el que también se regula el estado peligroso imponiéndose medidas de seguridad, continuando con esta regulación que data desde el Código de defensa social[38]. Se incluyen y mantienen la aplicación de medidas predelictivas atendiendo al estado peligroso; el que es apreciado cuando en el sujeto

[35] Véase los artículos: 17.1; 29.2 y 30.9 de la Ley 62 de 1987. Código Penal de Cuba.
[36] Portieles, I. A: El funcionamiento del subsistema para la atención de los menores con trastornos de conducta y sus retos.
[37] Díaz Landrove, G: Introducción al Derecho Penal de Menores.
[38] Véase en el Título XI, los artículos del 72 al 90.

concurre alguno de los índices de peligrosidad tales como la embriaguez; la narcomanía o la conducta antisocial.

Es de nuestro interés el análisis del estado peligroso regulado por el Código penal por ser sujetos del mismo aquellos menores imputables penalmente al mantenerse la edad penal a los dieciséis años. Aquellos menores que fuesen sujetos de conducta antisocial se les aplicarían entre otras medidas las reeducativas; las que serían en algunos supuestos de internamiento en un establecimiento especializado de trabajo o estudio por un periodo de uno a cuatro años.

La definición de conducta antisocial sería regulada por el propio cuerpo legal[39]. Definiéndose que se consideraría en estado peligroso por conducta antisocial; al que quebrante habitualmente las reglas de convivencia social, mediante actos de violencia o por otros actos provocadores, viola los derechos de los demás o por su comportamiento en general daña las reglas de convivencia o perturba el orden de la comunidad o vive como un parasito social, del trabajo ajeno o explota o practica vicios socialmente reprobables.

En este aspecto pudimos a través de nuestra experiencia en el ejercicio de la abogacía en Cuba[40]; representar a menores objeto de medidas por el ejercicio de la prostitución al ser considerada como conducta antisocial y fuertemente combatida en algunos períodos, internándose en campamentos de trabajo a las menores que ejercían esta actividad.

V. LA REFORMA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO Y SU COLISIÓN CON EL MODELO ACTUAL DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES

El 10 de abril de 2019 se proclama la nueva Constitución de la República de Cuba y con ello a nuestro criterio el inicio de una revolución en el sistema jurídico cubano. Por cuanto la nueva ley de leyes traería la aprobación de preceptos e instituciones de las que adolecía la anterior constitución; como el reconocimiento a la propiedad privada; la concentración de riquezas o el debido proceso, por solo citar algunos de estos profundos cambios.

[39] Véase artículo 73.2-

[40] El autor se desempeñó como abogado en la Organización de Bufetes Colectivos desde el 2001 hasta el año 2022, en su práctica en el ejercicio de la abogacía hubo de representar varios menores procesados por estado peligroso fundamentalmente debido al ejercicio de la prostitución.

Con la entrada en vigor de la Constitución el sistema de atención a los menores inimputables penalmente entraría en colisión con la ley fundamental en un primer momento. Por cuanto se refrendaba que todas las personas son iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las autoridades y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones entre otras; de la edad; incluyéndose esta razón, carente en la anterior norma fundamental[41]. De igual manera se consagra como derecho de toda persona; el derecho a la justicia[42].

Se eleva a rango constitucional la especial protección a las niñas, niños y adolescentes por parte del Estado, la sociedad y las familias, debiendo garantizar su desarrollo armónico e integral para lo cual tienen en cuenta su interés superior en las decisiones y actos que les conciernan. Las niñas, niños y adolescentes son considerados plenos sujetos de derechos y gozan de aquellos reconocidos en la Constitución, además de los propios de su especial condición de persona en desarrollo[43].

No bastaría lo dispuesto sobre el derecho de igualdad y la no discriminación por motivo de la edad, sino que se reitera: La consideración a los menores como sujetos plenos de derechos, entre los que está, el derecho a la justicia, el que es garantizado a través del Estado.

Las personas puedan acceder a los órganos judiciales a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos. Las decisiones judiciales son de obligatorio cumplimiento y su irrespeto deriva responsabilidad para quien las incumpla[44].

El Estado reconoce el derecho de las personas a resolver sus controversias utilizando métodos alternos de solución de conflictos, de conformidad con la Constitución y las normas jurídicas que se establezcan a tales efectos elevando con ello al rango constitucional la utilización de los métodos alternativos en la resolución de todo tipo de conflicto incluido el penal[45].

[41] Véase artículo 42.
[42] Véase artículo 46.
[43] Véase artículo 86.
[44] Véase artículo 92.
[45] Véase artículo 93.

Toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso tanto en el ámbito judicial como en el administrativo y en consecuencia, goza de los derechos siguientes:

- Disfrutar de igualdad de oportunidades en todos los procesos en que interviene como parte.

- Recibir asistencia jurídica para ejercer sus derechos en todos los procesos en que interviene.

- Aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hayan sido obtenidos violando lo establecido.

- Acceder a un tribunal competente, independiente e imparcial, en los casos que corresponda.

- No ser privada de sus derechos sino por resolución fundada de autoridad competente o sentencia firme de tribunal.

- Interponer los recursos o procedimientos pertinentes contra las resoluciones judiciales o administrativas que correspondan.

- Tener un proceso sin dilaciones indebidas.

- Obtener reparación por los daños materiales y morales e indemnización por los perjuicios que reciba.

El precepto al que nos hemos acabado de referir[46]; es a nuestro criterio el que produce la colisión en un primer momento de lo regulado por el Decreto Ley 64 en tanto recordemos que las medidas aplicadas a los menores con trastornos de conducta y manifestaciones antisociales son aprobadas en última ratio por el Consejo Nacional de menores; no pudiendo accederse a lo judicial. De igual modo los menores procesados a través del procedimiento administrativo e inimputables penalmente, no gozan de los derechos constitucionalmente reconocidos e instrumentados por el debido proceso.

Hemos reiterado que la colisión fue en un primer momento "Dos años", por cuanto el 19 de abril de 2021, se publicaría en la Gaceta Oficial de la República; la Resolución número 7, dictada por el ministro del Ministerio del Interior y por la que se resolvía poner en vigor el Reglamento de los Consejos de Atención a Menores subordinados al Ministerio del Interior, derogando así las

[46] Véase artículo 94.

disposiciones complementarias al Decreto Ley 64, aprobadas por la Resolución número 9 de 1983.

El nuevo reglamento que entraría en vigor desde el 28 de abril de 2021, trataría de ajustarse a lo dispuesto constitucionalmente, exponiendo en su primer por cuanto, títulos, capítulos y artículos constitucionales (Titulo: V, artículo: 86 y capítulo VI, artículos: 98 y 99), por lo que se hacía necesario la adecuación del procedimiento administrativo por el que se aplican medidas a los menores inimputables penalmente con trastornos de conducta y manifestaciones antisociales.

Con ello se adecuaría alguno de los derechos contenidos en el debido proceso, así como el derecho a reclamar y ser indemnizado, a los que tienen derecho los menores en virtud del derecho de igualdad. A partir de este momento los menores inimputables penalmente que hayan cometidos hechos que la ley tipifica como delitos o con trastornos de conducta antes de imponérsele la medida serán entrevistados y tendrán derecho a ser escuchados, aportar pruebas y asistir a las mismas con sus representantes legales " Padres, tutores o personas que tengan a cargo al menor".

El Consejo de menores estará integrado por un número impar y sus decisiones han de adoptarse por mayoría de los votos emitidos debiéndose instrumentar para su materialización a través de una Resolución administrativa.

Se instrumenta la obligación de los Consejos de resolver el expediente en el término de 30 días naturales a partir de su radicación, asimismo se podrá modificar en cualquier momento la medida impuesta. Lo que se realiza atendiendo a la evolución o no de la conducta del menor consistente en suprimir, adicionar o el cese de las mismas. Dicha modificación se realiza a través del proceso de revisión a partir de las informaciones que con carácter semestral se reciben sobre la evolución de la conducta del menor objeto de medida.

El proceso de revisión es obligatorio para aquellos menores que arriben a los dieciséis años de edad. Recordemos que esta cuestión es uno de los puntos más controvertidos del sistema, ya que tal y como se regula, de persistir la conducta inapropiada del menor no habiéndose logrado su reeducación; el mismo continuaría hasta su mayoría de edad. Incluso pudiendo ser internado en un centro penitenciario por un periodo no mayor de cinco años una vez cumplida la mayoría de edad.

De mostrarse inconformidad con lo resuelto por los Consejos Provinciales de menores se podrá interponer reclamación para ante el Consejo Nacional a través de un proceso de revisión en cualquier momento y contra lo resuelto por el Consejo Nacional no cabra otro recurso por la vía administrativa.

Resulta de gran interés así como un adecuado cambio en el proceder para con los menores inimputables penalmente que a diferencia de lo legislado con anterioridad al nuevo reglamento en cuanto a que las decisiones aprobadas por los Consejos de menores no podían ser revisadas en el ámbito judicial. Se ha modificado con gran trascendencia al disponerse como nos referimos, que no cabra otro recurso en vía administrativa por lo que queda aunque no se exprese por la norma; la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo y con ello el poder reclamar las decisiones del Consejo Nacional logrando una tutela judicial.

No obstante a esta modificación, sin duda de gran importancia; consideramos que la misma tendrá una vida efímera, por cuanto no llega a arropar al menor de las garantías a los derechos constitucionales que como persona y sujeto de derechos tiene, ahondando nuestras consideraciones en el epílogo.

Con respecto a, los menores imputables (dieciséis años), se aprobaría la ley del Proceso Penal (2021) y el Código penal (2022); manteniendo la edad penal a los dieciséis años y con ello se continúa utilizando el derecho penal indiferenciado para los menores de dieciocho y mayores de dieciséis que cometan delitos.

Si bien se mantuvo como indicamos la edad penal sin variación[47]. Si se introdujeron modificaciones con respecto al procesamiento de los menores.

A los menores imputables se le exige responsabilidad penal solamente si se trata de hechos delictivos que afecten bienes jurídicos con especial connotación; se hayan utilizado medios o modos para la ejecución del delito que denoten desprecio por la vida humana o demuestra notorio irrespeto a los derechos de los demás; o el menor sea reiterativo en la comisión de hechos delictivos. Asimismo los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad, predominando el propósito de reinsertar socialmente al menor sancionado, adiestrarlo en una profesión u oficio e inculcarle el respeto al orden legal[48].

[47] Véase artículo 18.1 del Código penal vigente. Ley 151 del primero de septiembre de 2022.
[48] Véase artículo 18.2.3.

Otra de las modificaciones sustanciales en el nuevo Código, es la abrogación del estado peligroso, hecho acontecido en virtud del principio de intervención mínima del derecho penal. Trascendiendo para el tema que nos ocupa al abrogarse la aplicación de las medidas predelictivas, a las que nos referimos en un anterior análisis y que eran de aplicación entre otros supuestos por conductas consideradas como antisocial.

De igual forma la aprobada Ley del Proceso Penal ha introducido modificaciones guardando estrecha relación con el mandato constitucional sobre el debido proceso y por las que las personas en el proceso penal tienen las siguientes garantías:

- No ser privada de libertad sino por autoridad competente y por el tiempo legalmente establecido.

- Disponer de asistencia letrada desde el inicio del proceso.

- Que se le presuma inocente hasta tanto se dicte sentencia firme en su contra.

- Ser tratada con respeto a su dignidad e integridad física, psíquica y moral, y a no ser víctima de violencia y coacción de clase alguna para forzarla a declarar.

- No declarar contra sí misma, su cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

- Ser informada sobre la imputación en su contra;

- Ser juzgada por un tribunal preestablecido legalmente y en virtud de leyes anteriores al delito.

- Comunicarse con sus familiares o personas allegadas, con inmediatez, en caso de ser detenida o arrestada; si se tratara de extranjeros se procede a la notificación consular.

Con relación a los menores imputables además de las garantías y derechos generales son sujetos de los siguientes derechos específicos[49]:

- Ser representado por uno o más defensores de su elección o por uno de oficio, según el caso, desde el momento en que resulte detenido o instruido de cargos cuando se encuentre en libertad.

[49] Véase artículo 130.2 de la Ley 143 del Proceso Penal, publicada el 7 de diciembre de 2021.

- Contar, en las diligencias de investigación en las que participe, con la presencia de su defensor, del fiscal y, si así lo considera, de uno o de ambos padres, o de su representante legal.

- Asistir al juicio oral acompañado de sus padres o de su representante legal.

- Solicitar que el juicio se celebre a puertas cerradas.

Otras de las modificaciones novedosas en el proceso penal, encontramos la aplicación del criterio de oportunidad, amparado también en el reconocimiento a los métodos alternativos de resolución de conflictos en la Constitución.

Coincidimos en que la utilización de las alternativas al proceso penal así como dentro del mismo, desde un punto de vista político-criminal ha de renunciar a intervenir coactivamente en todos aquellos casos en que los niños, niñas y adolescentes cometan actos delictivos. Esta decisión se justifica en atención a su temprana edad y maduración[50].

Aplicándose los criterios de oportunidad a los menores imputables[51]; en cualquier tipo de delitos, sin sujeción a la extensión de la sanción, excepto cuando:

- Se trate de hechos con una elevada lesividad social.

- El delito se cometa contra la seguridad del Estado o constituya actos de terrorismo.

- Para la ejecución del delito, el comisor utilice medios o formas que denoten desprecio por la vida humana o notorio irrespeto a los derechos de los demás.

- Resulte una persona reiterativa en la comisión de hechos delictivos.

Como colofón de nuestro periplo por las reformas al ordenamiento jurídico cubano y que incide en nuestro tema nos referiremos a la ley de fiscalía (2023) y al Código de las familias (2022).

La primera solo en función de que; es la fiscalía la que tendrá entre sus funciones: ejercitar la acción que corresponda, cuando se conozca de violaciones de la legalidad que afecten los derechos e intereses legítimos de las personas menores de edad cuando carezcan de representante legal o aun teniéndolo, éste no pueda o no desee ejercitar la acción o exista un interés contrapuesto entre ellos;

[50] Salmerón Cabezas, J: "Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad) ¿se lo ha creído alguien?".
[51] Véase artículo 17.5.

comprobar y exigir el cumplimiento de la Constitución de la República y demás disposiciones normativas inherentes a la atención y tratamiento a las personas menores de edad y otras en situaciones de vulnerabilidad.

En relación al Código de las Familias, la ley ha impactado en la sociedad cubana con instituciones novedosas no solo para los menores. No obstante a ello nos referiremos únicamente según nuestro criterio a los mayores cambios que a su vez implican una colisión con el sistema que hemos analizado y de atención a los menores.

Se establece un sistema de protección al menor; reconociendo derechos de la infancia y la adolescencia en el ámbito familiar. Siendo la familia responsable de asegurar el disfrute pleno y el ejercicio efectivo de sus derechos entre los que están entre otros: Ser escuchados de acuerdo a su capacidad y autonomía progresiva; la participación en la toma de decisiones; vivir en familia; el libre desarrollo de la personalidad; crecer en un ambiente libre de violencia y a ser protegido contra todo tipo de discriminación, abuso, negligencia, perjuicio o explotación; la identidad; la comunicación familiar; el honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Se regula el derecho de niñas, niños y adolescentes a no ser separados de sus madres, padres y familia; salvo que las autoridades competentes lo determinen en circunstancias especiales, conforme a la ley y los procedimientos establecidos, tomando en cuenta la necesidad, excepcionalidad y temporalidad de la medida y en todo momento, en atención a su interés superior.

Considerándose necesaria esta separación como consecuencia del incumplimiento grave o del imposible ejercicio de las responsabilidades parentales y siempre con la finalidad de protegerles, debiéndose considerar estas medidas como último recurso, las que se revisarán periódicamente.

Se articulan reglas para determinar el interés superior de una niña, niño o adolescente, debiéndose valorar su opinión en correspondencia con su capacidad de comprender, la posibilidad de formarse un juicio propio y su autonomía progresiva; la preservación de las relaciones familiares; su cuidado, protección y seguridad; sus necesidades físicas, educativas y emocionales y el efecto que pueda provocar cualquier cambio de situación en su vida cotidiana.

Se ordena el acogimiento institucional como una medida temporal y de protección, dispuesta por una autoridad competente, la que se produce en entornos colectivos institucionales, teniendo como finalidad brindar a una niña, niño o

adolescente, protección y atención a sus necesidades afectivas y de desarrollo según sus condiciones, cuando se encuentre privado de su medio familiar de origen o ante la imposibilidad de que este garantice adecuadamente su bienestar o como consecuencia del incumplimiento o el inadecuado ejercicio de la responsabilidad parental y siempre con el objetivo preferente de su pronta reintegración al núcleo familiar de origen o si fuera el caso, facilitar su acogimiento familiar o su adopción, de acuerdo con lo que mejor convenga a su interés superior.

De igual manera se articula el procedimiento para los internamientos urgentes; disponiendo la obligación de cualquier persona, funcionario o institución que en el cumplimiento de sus responsabilidades conozca de casos de niñas, niños o adolescentes que se encuentran en estado de desprotección, riesgo o abandono, o que los titulares de la responsabilidad parental, tutores o guardadores de hecho, incumplen gravemente sus deberes, debe proceder a comunicarlo de manera urgente a la instancia que corresponda del Ministerio de Educación o del Ministerio de Salud Pública, para que garanticen de inmediato su acogida en uno de los centros de asistencia social dedicado a estos fines, siempre que no exista algún familiar o persona afectivamente cercana que pueda hacerse cargo y del mismo modo darán cuenta a la fiscalía, mientras se realizan las investigaciones pertinentes o se adopta otra medida de protección.

Como otras de las novedades de la ley; se instituyen las familias solidarias vinculadas a los centros y hogares de asistencia social en la labor de alojar, cuidar y atender a niñas, niños y adolescentes allí acogidos durante los fines de semana, las vacaciones y otros períodos; brindándoles la atención, el cuidado y el afecto que requieren en un espacio familiar.

Se instrumenta la utilización de la mediación familiar como método de solución de conflictos y se crea la defensoría familiar; institución encargada de proteger, garantizar y restablecer el ejercicio de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes, así como cualquier otra persona en situación de vulnerabilidad en el entorno familiar.

El Código de las familias modifica el vigente Código civil; en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica civil, manteniendo la plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos con la mayoría de edad, a los dieciocho años cumplidos; pero consagraría que la persona menor de edad además de ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos a través de sus representantes legales; la que cuente con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Entre ellos los

relativos al ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad; a ser oída en todo proceso o asunto que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona de acuerdo con su autonomía progresiva y a otorgar una vez cumplidos los doce años; testamento o cualquier acto de autoprotección.

VI. CONCLUSIONES

La administración de justicia para menores en Cuba transita por dos caminos atendiendo a la imputabilidad penal del menor; lo que hace que para los menores inimputables, se apliquen medidas administrativas, las que en algunos supuestos atendiendo a la categoría en que se regula al menor, conllevan internamiento, con la consiguiente privación de libertad a través de un sistema con características cubanas; pero cuyas bases parten de la doctrina de la situación irregular, el que aún y cuando recientemente han sido modificadas sus normas complementarias y abierta la vía contenciosa administrativa no logra el completamiento de los derechos a los que tienen las personas menores de edad y que se encuentran fijados en la actual Constitución ni aplica en su totalidad los postulados de la teoría de la protección integral recogidas en la Convención sobre los derechos del niño y que data desde 1989, haciéndose necesario su actualización.

Para los menores imputables penalmente se utiliza el derecho penal indiferenciado, el que ha sido modificado recientemente en el ordenamiento penal cubano, dotando de mayores garantías y derechos a los menores procesados, así como la utilización de alternativas dentro del derecho penal en virtud del criterio de oportunidad; no obstante consideramos no logra identificar al menor como sujeto especial; dado su desarrollo y madurez, debiendo ser objeto de medidas y a través de un proceso penal distinto al de adultos, siendo esta práctica utilizada mayoritariamente a nivel internacional teniéndose en cuenta entre otros aspectos la especialización del juez de menores y por consiguiente un juez distinto al de adultos.

De igual manera se ha de migrar hacia una ley de responsabilidad del menor, la que contendría las garantías para el ejercicio efectivo de los derechos consagrados en la actual Constitución y el debido proceso; haciendo coincidir la edad penal con la plena capacidad jurídica civil y con ello dejar de aplicar el derecho penal indiferenciado.

En la propuesta de ley de responsabilidad del menor la que pudiera integrarse en una modificación del Código de la Niñez y la juventud coexistirían; la

protección del menor tal y como se ha iniciado a través del Código de las Familias, la adecuación del sistema de atención de menores con trastornos de conductas atendiendo a las experiencias positivas en su aplicación y la responsabilidad penal del menor a partir de los dieciséis años logrando un sistema en armonía con lo normado internacionalmente y las modificaciones que han sido introducidas en el ordenamiento jurídico cubano finalizando definitivamente con la procrastinación de tan necesaria modificación en función del principio del interés superior del menor.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Burin Gallego Rojo, M: El pensamiento jurídico y político de Francisco Bermúdez de Pedraza (1576-1655), Marcial Pons, Madrid, 2018.

Cabrera Cabrera, X: "Protección a los menores en la legislación cubana". Revista contribuciones a las Ciencias Sociales, 2012, núm. 16.

Díaz Landrove, G: Derecho Penal de Menores", Tirant lo Blanch tratados, Valencia 2001.

Díaz Landrove, G: Introducción al Derecho Penal de Menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

Fonticoba de Armas, T: Criminología, Félix Varela, La Habana, 2004.

Gómez De La Serna y Groizard, A: El Código Penal de 1870 concordado y comentado, tomo I segunda edición. Madrid, 1902.

Hernández Viera, C. M: Criminología, Pueblo y educación, La Habana, 1989.

Herrero Vidal Sonsoles, M: "Crítica del modelo de responsabilidad penal del menor en la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores hacia un "modelo social de responsabilidad" del menor infractor". Tesis en acceso abierto recuperado de https://eprint.ucm.es.

Llorente Apaolaza, D: Los Bandos de buen gobierno en Cuba: La norma y la práctica (1730-1840). En memoria para optar al grado de doctora. Universidad del País Vasco. Tesis en acceso abierto recuperado de https://www.ehu.eus.

Moreno Borrego, R: "Mataperros entre esclavos y libres "de color": delincuencia juvenil y correccionales en Cuba (1860-1940)". Revista de Historia de las Prisiones, 2017, núm. 40, pp. 7-29.

Ochoa De La Cruz, R: "El delito, la criminología y el derecho penal en Cuba después de 1959". Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2000, núm. 2.

Portieles, I. A: El funcionamiento del subsistema para la atención de los menores con trastornos de conducta y sus retos. En tesis de Doctorado para la obtención del grado de Doctor en Ciencias Jurídicas. Instituto Superior Militar. La Habana, 2008.

Ramírez Temprana, R: "Historiografía jurídica de la atención a los menores de edad trasgresores de la ley en la Cuba Colonial". Revista Aequitas. Estudio sobre Historia,

Derecho e Instituciones, 2024, núm.23, pp. 343-380.

Rodríguez Verónica, A: "Posición asumida por el estado hacia los problemas de la niñez en la Cuba neocolonial (1902-1958)". Revista Manizales, 2012, Vol. 10, núm. 2.

Salmerón Cabezas, J: "Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad) ¿se lo ha creído alguien?". Revista Crítica Penal y Poder, 2011, núm. 1, pp. 158-173.

Soto Martínez Pascual, A: "La protección social en la época liberal: de la beneficencia a la previsión social (1820-1908)". *Revista AREAS. Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 2018, núm. 37, pp.108-126.

Tellez López, D: El sistema tutelar y el sistema garantista paradigmas en el derecho penal especializado para niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal. Recuperado el 14 de junio de 2023 en *https://repository.uaeh.edu.mx*.

FUENTES LEGALES.

Código de Defensa Social de la República de Cuba. (1938). Recuperado el 10 de mayo de 2023 en https://fliphtml5.com>shrgn>Idgg

Código Civil de la República de Cuba. (1987). Recuperado el 6 de febrero de 2023 en http://www.ciegodeavila.gob.cu

Código Penal para las provincias de Cuba y Puerto Rico y ley provisional de enjuiciamiento criminal, mandados observar por el Real Decreto de 23 de mayo de 1879. (1879). Madrid, edición oficial, imprenta naciona.

Constitución de la República de Cuba. (1940). Recuperado el 28 de junio de 2023 en https://fliphtml5.com>shrgn>Idgg

Código de Familia de Cuba. (1975). Recuperado el 14 de enero de 2023 en https://oig.cepal.org>files

Código de la Niñez y la Juventud. (1978). Recuperado el 29 de mayo de 2023 en https://cerlalc.org>2018/09

Decreto Ley 64 del Sistema de atención a menores con trastorno de la conducta y manifestaciones antisociales. (1982). Recuperado el 6 de febrero de 2023 en https://www.mined.gob.cu

Decreto Ley No 76, Creación de Centros de Asistencia Social. (1984). Recuperado el 25 de junio de 2023 en http://juriscuba.com>2015/10

Decreto Ley 95, Comisiones de Prevención y atención social. (1987). Recuperado en https://wwww.eumed.net>cccss>xcc

Decreto ley 242 del Sistema de atención y prevención social. (2007). Recuperado el 28 de junio de 2023 en https://www.gacetaoficial.gob.cu>…PDF

Código Penal de Cuba (1978). Recuperado el 14 de enero de 2023 en http://www.ilo.org>natlex4.detail

Constitución de la República de Cuba. (1976). La Habana: Pontón Caribe, 2005.

Código Penal de la República de Cuba (1987). La Habana: ONBC, 2013.

Resolución No 7 del Ministerio del Interior (2021). Gaceta Oficial Ordinaria No 41 de 19 de

abril de 2021. Recuperado el 22 de julio de 2023 en http://juriscuba.com>ministerio-del...PDF

Ley 105, Código Penal de la República de Cuba. (2022). Recuperado el 12 de febrero de 2023 en http://www.parlamentocubano.gob.cu>...PDF

Constitución de la República de Cuba. (2019). La Habana: Política, 2019.

Ley del Proceso Penal (2021). Recuperado el 18 de febrero de 2022 en https://www.minjus.gob.cu>...PDF

Código de las Familias (2022). Gaceta Oficial No 99 del 27 de septiembre de 2022.Recuperado el 25 de enero de 2023 en https://www.minjus.gob.cu

Ley de la Fiscalía General de la República (2023). Recuperado en https://www.parlamentocubano.gob.cu>...PDF.

Convención sobre los derechos del niño (1989). Recuperado el 10 de enero de 2023 en https://www.un.org>pdf>d...PDF

REINALDO RAMÍREZ TEMPRANA
Universidad de Granada
Profesor por varios cursos en la
Universidad Agraria de La Habana
reinaldo1977@correo.ugr.es.
ORCID:0009-0000-1689-713X

5.- Derecho Internacional

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 325-350
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.325

LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA ALIANZA DEL PACIFICO, UN DERECHO SIN SUSTENTO NORMATIVO COMÚN

FREE MOVEMENT OF PEOPLE IN THE PACIFIC ALLIANCE, A RIGHT WITHOUT COMMON REGULATORY SUPPORT

JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA
Universidad de Chile

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

Este estudio revisa si el objetivo previsto en el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, relativo a lograr una libre circulación de personas, tiene asidero que permita entender que es un derecho efectivo, en una propuesta que ya tiene doce años de funcionamiento.

El informe da cuenta del vacío normativo en la materia. A partir de esa carencia presenta las regulaciones bilaterales existentes entre los Estados Parte. En este escenario, se advierte que para suplir el vacío puede atenderse el Acuerdo de residencia de Mercosur, que se aplica en tres Estados de la Alianza del Pacífico.

Palabras clave: Alianza del Pacífico, libre circulación de personas, Unión Europea, Mercosur.

ABSTRACT

This study reviews whether the objective foreseen in the Framework Agreement of the Pacific Alliance, related to achieving free movement of people, has a normative basis that allows us to understand that it is an effective right, in a proposal that has already been in operation for twelve years.

The report gives an account of the regulatory gap in the matter. Based on this lack, it presents the existing bilateral regulations between the States Parties. In this scenario, it is noted that to fill the gap, the Mercosur Residency Agreement, which applies in three States of the Pacific Alliance, can be addressed.

Keywords: Pacific Alliance, free movement of people, European Union, Mercosur.

Sumario: I. Introducción. II. Circulación de personas en el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. III. ¿Qué se entiende por libre circulación de personas?. IV. Vacío en el Protocolo Adicional del Acuerdo Marco. V. Estructura de los tratados de libre comercio bilaterales entre los Estados Parte de la Alianza del Pacífico. VI. Medidas de cooperación que se relacionan con la materia. VII. Experiencia regulatoria comparada en libre circulación de personas. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Alianza del Pacífico es una iniciativa que congrega a Chile, Colombia, México, y Perú, cuya formación se oficializó en 2012, con el Acuerdo de Paranal. En su momento apareció como una alternativa a Mercosur, a Unasur[1], a la Comunidad Andina y al ALBA, puesto que esta propuesta representaba una mayor apertura hacia el comercio exterior, mediante una nueva apuesta por un regionalismo abierto, en su versión modular, cruzado y/o recargado[2].

[1] RUIZ, Ariela, "La Alianza del Pacífico once años después", *Revista Peruana de Derecho Internacional*, 174, 2023, pp. 82-83.
[2] OYARZÚN, Lorena, "Nuevos desafíos globales y domésticos en la Alianza del Pacífico: ¿Existe espacio para la integración?", en *La Alianza del Pacífico frente a su segunda década* (Coords. Juan Prado, José Briceño y Thomas Legler), KAS-México/ CIALC-UNAM/UNAM/AMEI, Ciudad de México, 2022, p. 24.

Además del referido acuerdo marco, de 2012, que es un texto genérico[3], la regulación específica que supone el soporte normativo de este esquema lo encontramos esencialmente en el Protocolo Adicional al mismo, -el cual fue suscrito el 10 de febrero de 2014, y entró en vigor el 1 de mayo de 2016- que contiene diversos capítulos sobre temas como: Acceso a Mercados; Reglas de Origen; Facilitación del Comercio y Cooperación Aduanera; Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; Obstáculos Técnicos al Comercio; Contratación Pública; Comercio transfronterizo de servicios; Inversión; Servicios Financieros, entre otros, a los cual se añadió, con posterioridad, un Capítulo sobre mejora regulatoria.

Ahora bien, con el tiempo este esquema no ha profundizado mayormente sus lazos, varios de los objetivos no se han cumplido[4] y, por el contrario, ha exhibido falencias, dada su estructura intergubernamental, que sujeta su avance a la voluntad de los jefes de Estado de turno[5], e incluso se ha corrido el riesgo de una ruptura, fundamentalmente por las diferencias entre las autoridades de México y Perú[6].

En efecto, en esa lógica tan repetida, y que tantas frustraciones ha traído aparejado en los distintos ensayos de regionalismo de América Latina, el presidencialismo imperante ha impedido que los proyectos abandonen los modelos intergubernamentales, que requieren de consensos y de las largas y poco fructíferas tramitaciones ante los congresos nacionales, que impide que se genere, realmente, Derecho comunitario[7].

Dicho lo anterior, revisando el acuerdo constitutivo de esta propuesta aparece la libre circulación de personas, como un objetivo a lograr. A partir de ello se revisa si existen normativa común, constatando la ausencia de un régimen colectivo y disímiles estatutos bilaterales.

---

[3] SEATZU, Francesco, "The Alliance of the Pacific: A new instrument of Latin American and Caribbean Economic Integration?", en *Latin American and Caribbean International Institutional Law* (Eds. Marco Odello y Francesco Seatzu), Springer, La Haya, 2015, pp. 202-205.

[4] PRADO, Juan, BRICEÑO, José y LEGLER, Thomas, "La Alianza del Pacífico en su nuevo decenio de vida", en *La Alianza del Pacífico frente a su segunda década* (Coords. Juan Prado, José Briceño y Thomas Legler), KAS-México/ CIALC-UNAM/UNAM/AMEI, Ciudad de México, 2022, pp. 19-20.

[5] GALLEGOS, Jaime, *Reflexiones jurídicas sobre la Alianza del Pacífico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 99-103.

[6] DOTE, Sebastián, *Chile recibe la presidencia de la Alianza del Pacífico tras la negativa del traspaso de México a Perú*. El País. https://elpais.com/chile/2023-06-28/chile-recibe-la-presidencia-de-la-alianza-del-pacifico-tras-la-negativa-del-traspaso-de-mexico-a-peru.html

[7] GALLEGOS, Jaime, "La Alianza del Pacífico, aspectos jurídicos organizacionales y de su sistema de solución de controversias", *Estudios Internacionales*, 194, 2019, pp. 77-84.

Como prevención, vale la pena advertir que esta investigación se construye a partir del Derecho Económico Internacional, efectuando un análisis desde ópticas subregionales, plasmadas en tratados internacionales, que busca dilucidar los avances conjuntos de los cuatro Estados del bloque de modo mancomunado, sin entrar a revisar las exigencias previstas en las normativas domésticas de cada uno de ellos[8].

Frente a este escenario, los países sudamericanos de la Alianza del Pacífico encuentran un régimen común mediante el Acuerdo de residencia de Mercosur, cuestión paradójica teniendo en cuenta el ambicioso objetivo del Acuerdo de Paranal.

II. CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN EL ACUERDO MARCO DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO

En el Preámbulo del Acuerdo de Paranal se expresa que los Estados Parte están convencidos de la importancia de facilitar el libre movimiento de personas en sus territorios, como mecanismo que coadyuve a crear mejores condiciones de competitividad y desarrollo económico.

Luego, en el artículo 3.1 de ese convenio se indica que uno de los objetivos de la Alianza del Pacífico es constituir, "un área de integración profunda para avanzar progresivamente hacia la libre circulación de (…) personas", añadiendo que, para ello se implementarán determinadas acciones, entre ellas, en lo que interesa -en el artículo 3.2 literal d)- "facilitar el movimiento de personas y el tránsito migratorio en el territorio de los Estados Partes".

Precisamente, la libre circulación de personas (en un sentido amplio, no solo de trabajadores) que, según se expresa, se pretende alcanzar, se ha resaltado como un elemento novedoso de la Alianza[9], si se le coteja con la lógica de los tratados de libre comercio, que sólo suelen contemplar regulación sobre entrada temporal de personas de negocios.

---

[8] Un interesante trabajo sobre la forma de medir la prestación de determinados servicios profesionales atendiendo a los marcos internos de Chile, Colombia, México y Perú, y las estadísticas que pueden construirse sobre el particular, puede encontrarse en un reciente estudio de ROMERO-BAQUERO, Carmen, *Las estadísticas de comercio internacional de los servicios empresariales, profesionales y técnicos en los países de la Alianza del Pacífico*, CEPAL, Santiago, 2024. https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/0e8aff31-6787-4033-b546-e980b7e1c6f3/content

[9] REGUEIRO, Lourdes, "La Alianza del Pacífico: un pilar para el apuntalamiento del liderazgo global de Estados Unidos", *Revista de Estudios Estratégicos*, 1, 2014, p. 154.

Esta meta también ha sido planteada por los empresarios del bloque, quienes han manifestado su interés en que se avance en la libre circulación de personas, el reconocimiento mutuo de títulos profesionales, la integración educacional y la simplificación de trámites para obtener permisos de trabajo[10].

III. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS?

Mirando la experiencia de la Unión Europea, la libre circulación de personas es un concepto más amplio que el de libre circulación de trabajadores, conformando una faz política de este derecho, frente al primero que se caracteriza por su componente esencialmente económico. Este término más complejo fue adquiriendo relevancia de la mano con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que puso énfasis en las dimensiones sociales involucradas[11].

En esta materia los Acuerdos Schengen resultan relevantes[12], al eliminar las fronteras interiores y establecer una frontera exterior, armonizando normas sobre entrada y visados, conformando una libre circulación de personas, no sólo aplicable a los ciudadanos de los Estados miembros, sino que también a los residentes legales en dichos territorios.

El Tratado de Maastricht creó el concepto de ciudadanía europea[13], que comprende los derechos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sin que el goce de tal derecho quede condicionado a la realización de una actividad económica, con lo cual la libertad ganó autonomía[14].

Así, la libre circulación de personas supone la dimensión humana de la integración y debe analizarse desde el punto de vista del ciudadano más que solamente del trabajador, sin que el individuo resulte "extranjero" dentro de los

---

[10] ECHEBARRÍA, Luis y ESTEVADEORDAL, Antoni, "Alianza del Pacífico: Un nuevo motor de integración regional", en *Alianza del Pacífico: En el proceso de integración latinoamericana* (Eds. Alejandro Foxley y Patricio Meller), CIEPLAN, Santiago, 2014, p. 35.

[11] SARRIÓN, Joaquín, "La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea", *Panorama Social*, 17, 2013, pp. 33-34.

[12] DE BRUYCKER, Philippe, "The European Union: from freedom of movement in the internal market to the abolition of internal borders in the area of freedom, security and justice", en *Migration, Free Movement and Regional Integration* (Eds. Sonja Nita, *et al*) UNESCO, París, 2017, p. 300.

[13] FERNÁNDEZ, Ana, "Estado de bienestar y contradicciones en la ordenación de los flujos migratorios", en *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez* (Coord. Santiago Torres) Iprolex, Madrid, 2013, p. 808.

[14] MOURA, Dário "Liberdades comunitárias e direito internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 2009.

países del bloque correspondiente, lo que importa un proceso complejo, que debe construirse con políticas integrales[15].

Además, la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios son libertades íntimamente ligadas, y resulta complejo un adecuado desarrollo de la segunda si la primera se encuentra en una fase embrionaria.

El implementar la libre circulación de personas supone un paso profundo en la coordinación y armonización de políticas económicas, pues implica convergencia en salarios, condiciones de trabajo, protección social, aspectos migratorios y otros elementos en los cuales la Alianza del Pacífico no ha avanzado o lo ha hecho de modo muy preliminar, debiendo tenerse en consideración que los marcos internos presentan bastante diferencias[16], lo cual demandaría emprender, cuando menos, procesos de armonización[17].

Se requiere que esta temática sea abordada por autoridades, empresarios, académicos y sindicatos, a fin de alcanzar propuestas integrales y adecuadas[18] a las exigencias del Estado de Derecho en el siglo XXI y los compromisos internacionales referentes a la protección de los derechos humanos, que demandan de un abordaje multidisciplinario.

IV. VACÍO EN EL PROTOCOLO ADICIONAL DEL ACUERDO MARCO

Como se adelantó, en 2014, se suscribió en Cartagena de Indias, Colombia, el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, el cual cuenta con 20 Capítulos y 3 anexos generales que desarrollan los postulados generales del Acuerdo de Paranal, pero no posee un Capítulo que materialice las disposiciones relativas a libre circulación de personas, y muy por el contrario, en aquel atingente a servicios (artículo 9.2.5) se prevé que aquella regulación no impone obligación

[15] GUARDATTI, Georgina y ALBERT, María, "El MERCOSUR como bloque de integración regional: avances y desafíos. Libre circulación de personas y migraciones laborales", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 27, 2011, pp. 235-249.
[16] RUIZ, Ruth, ORTÍZ, Emma y FERNÁNDEZ, Aida, "El marco jurídico de la movilidad laboral juvenil en la Alianza del Pacífico", *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*,12, 2021, pp. 51-98.
[17] AGUILÓ, Javier *et al*, "Insumos para una política migratoria laboral", en *Alianza del Pacífico. Condiciones migratorias laborales y de seguridad social* (Coords. Katerine Bermúdez y Gabriela Mendizábal), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 297-321.
[18] MUÑOZ, Tomás, "La libre movilidad de personas en la Alianza del Pacífico: expectativas y realidades", en *Retos y oportunidades de la Alianza del Pacífico en el actual contexto internacional convulso* (Coords. Mariana Aparicio y Tomás Muñoz), UNAM, Ciudad de México, 2019, pp. 51-66.

alguna a un Estado Parte respecto a un nacional de otro que pretenda ingresar a su mercado laboral o que tenga empleo permanente en su territorio, ni confiere derecho alguno a ese nacional con respecto a dicho acceso o empleo. Añadiendo que, nada en ese Capítulo debe interpretarse en el sentido de imponer cualquier obligación a un Estado Parte con respecto a sus medidas migratorias.

De este modo, la Alianza del Pacífico, no obstante las disposiciones enunciadas y las grandilocuentes declaraciones que se repiten en las cumbres presidenciales no presenta medidas concretas[19] conducentes a la libre circulación de mano de obra eficaz[20], ni menos de personas en sentido amplio, como tampoco, disposiciones que aborden la temática laboral[21].

Así, no se cuenta con una dimensión sociolaboral del proyecto y aquella educativa se limita a un programa de intercambio estudiantil y de docentes e investigadores. Mientras que los asuntos migratorios sólo han sido abordados de una manera muy incipiente[22].

No pueden obviarse los problemas de tráfico de droga, lavados de activos y crimen transfronterizo, que afectan, en mayor o menos medida, a los Estados Parte de la Alianza del Pacífico, lo cual supone un problema de seguridad, que tiene evidente incidencia a la hora de no liberalizar la circulación de personas al interior del bloque, y que se ha postulado debe ser abordado mediante actuaciones conjuntas a nivel subregional[23].

Luego, si revisamos los textos jurídicos del bloque, sólo hay referencias generales acerca de cooperación entre autoridades migratorias que faciliten el movimiento de personas, a diferencia de lo que ocurre, a través de normas positivas, en lo que toca a la circulación de bienes y servicios (que cuentan con diferentes capítulos en el Protocolo Adicional), a partir de lo cual puede afirmarse que

---

[19] LLAIRÓ, María, "Los nuevos desafíos y ejes de poder de la integración latinoamericana: la dualidad Mercosur-Alianza del Pacífico (2010–2017)", *Anuario Latinoamericano Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 7, 2019, p. 120.

[20] SALTALAMACCHIA, Natalia, "The Mexican Agenda in Latin America: the Pacific Alliance", *Anuario de Integración*, 10, 2014, p. 427.

[21] PUCHETA, Mauro, "La política laboral en los procesos regionales sudamericanos: el rol protagónico de los actores nacionales", en *Políticas públicas regionales: un abordaje sectorial de la integración latinoamericana* (Coomps. Nicolás Comini e Iván Stola), Editorial UTREF, Buenos Aires, 2016, p. 167.

[22] PENNETTA, Piero, "Ancora un'esperienza associativa in America Latina: I´Alleanza del Pacífico. Considerazioni compárate con I´Unione europea", en *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica* (Ed. Eric Tremolada) Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 307-342.

[23] TARAPUÉS, Diego, "El narcotráfico y el lavado de activos dentro de la agenda de la Alianza del Pacífico", en *Alianza del Pacífico: mitos y realidades* (Eds. Eduardo Pastrana y Hubert Gehring) Editorial Universidad Santiago de Cali, Cali, 2014, pp. 579-612.

resulta ser una temática pendiente en este proceso[24], que queda sujeta a la buena fe de las partes, basada, en algunos casos, a acuerdos interinstitucionales de menor jerarquía o bien en los instrumentos bilaterales o multilaterales que se verán, sin establecer derechos claros y uniformes a los ciudadanos[25].

Avanzar en esta materia se avizora difícil, atendidas las asimetrías en los sistemas de seguridad social, la informalidad, y otros factores, que hacen urgente emprender procesos de armonización de los mercados laborales de los Estados Parte[26].

V. ESTRUCTURA DE LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO BILATERALES ENTRE LOS ESTADOS PARTE DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO

La suscripción y entrada en vigor del Acuerdo Marco, como de su Protocolo Adicional no implicaron una derogación de los acuerdos de libre comercio bilaterales previamente suscritos por los Estados Parte, según dispone el artículo 8º del primer convenio aludido.

Así, ante el vacío de reglas en el plano de la Alianza del Pacífico, la preceptiva contenida en los acuerdos bilaterales previamente en vigor resultan de especial relevancia.

Los cinco tratados bilaterales (Chile/Colombia, de 2006; Chile/México, de 1998; Chile/Perú, de 2006; Colombia/México, de 1994, y México/Perú, de 2011, teniendo presente que las relaciones entre Colombia y Perú son regladas por las normas de la Comunidad Andina, que cuenta con el Estatuto Migratorio Andino, aprobado mediante Decisión nº 878, de 2021, cuyo análisis pormenorizado excede los objetivos de este estudio) obedecen a una misma estructura, pero presentan diferencias, que impiden sostener que, dentro del bloque subregional, se cuenta con una preceptiva común.

---

[24] BARBOSA, María y BUITRAGO, Ricardo, "La razón de ser de la Alianza del Pacífico: ¿integración profunda o integración estratégica?", en *Nuevas propuestas de integración regional. Tendencias y retos de transformación* (Eds. Catherine Morales y Edgar Vieira) Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá. 2020, p. 104.

[25] CASTAÑO, Jairo, "La Alianza del Pacífico: hacia la construcción de un Mercado común", en *Constitucionalizando la globalización*, vol. I (Dirs. José García y María Martínez) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 493-494.

[26] LADINES, Juan y VIDARTE, Oscar, "Integración vía Alianza del Pacífico: ¿Realidad ecónomica y utopía política?", en *La Alianza del Pacífico. Nuevo mecanismo de cooperación e integración latinoamericano* (Eds. Juan Prado et al), Asociación Mexicana de Estudios Internacionales-KAS, Ciudad de México, 2017, p. 94.

El régimen más liberal es el del tratado entre Chile y Colombia, y el más restrictivo es el acuerdo entre Colombia y México, en lo que toca a los sujetos que pueden solicitar la entrada temporal en análisis, la necesidad o no de contar con una vinculación con una empresa que forme parte de una nómina previamente notificada, como también respecto a las atribuciones que mantiene el Estado Parte al que se le presenta la petición, entre otros aspectos.

5.1. Principios generales

El objetivo[27] de la normativa contemplada en los diferentes acuerdos bilaterales antedichos es facilitar la entrada temporal (sin intención de establecer residencia permanente[28]) de las personas de negocios (nacional de algún Estado Parte que participa en el comercio de mercancías, prestación de servicios o en actividades de inversión en otro[29]), con arreglo al principio de reciprocidad y la necesidad de establecer criterios y procedimientos transparentes, seguros, eficaces y comprensibles para ello.

Con la prevención de que esa preceptiva no se aplica[30] a las medidas contempladas en la legislación de cada Estado Parte, relativas a la adquisición de nacionalidad, ciudadanía, el acceso a residencia o empleo, en forma permanente.

5.2. Obligaciones generales

Los Estados Parte se comprometen a aplicar[31] sus medidas de manera expedita, para evitar demoras o menoscabos indebidos en el comercio de mercancías o servicios, o a la realización de actividades de inversión.

Aclarando que[32], ninguna disposición debe interpretarse en el sentido de impedir a los Estados Parte que apliquen medidas migratorias, necesarias para proteger la integridad de sus fronteras y garantizar el movimiento ordenado de

---

[27] Artículo 11.1.1 del tratado Chile/Colombia; artículo 13-02 Chile/México; artículo 13.1 Chile/Perú; artículo 13-02 Colombia/, y artículo 13.2 México/Perú.
[28] Artículo 11.9 del tratado Chile/Colombia; artículo 13-01 Chile/; artículo 13.9 Chile/Perú; artículo 13-01 Colombia/México, y artículo 13.1 México/Perú.
[29] Artículo 11.9 del tratado entre Chile/Colombia; artículo 13-01 Chile/México; artículo 13.9 Chile/Perú; artículo Colombia/México, y artículo 13.1 México/Perú.
[30] Artículo 11.1.2 del tratado Chile/Colombia; artículo 13.1.2 Chile/Perú; artículo 13.3.2 México/Perú.
[31] Artículo 11.2.1 del tratado Chile/Colombia; artículo 13-03.1 Chile/México; artículo 13.2.1 Chile/Perú; artículo 13-03.1 Colombia/México, y artículo 13.2.2 México/Perú.
[32] Artículo 11.2.2 del tratado Chile/Colombia; artículo 13.2.2 Chile/Perú; artículo 13.3.3 México/Perú.

personas a través de las mismas, siempre que aquellas no se apliquen de manera que demoren o menoscaben indebidamente el comercio de mercancías o servicios o la realización de actividades de inversión.

5.3. Autorización de entrada temporal

Cada Estado Parte debe[33] autorizar la entrada temporal a personas de negocios que estén calificadas para ingresar, de conformidad con sus medidas de salud, seguridad pública y seguridad nacional.

En algunos tratados los Estados Parte retuvieron atribuciones para rechazar una autorización de entrada temporal, al establecer que se puede negar la autorización migratoria de empleo[34] a una persona de negocios, cuando su entrada temporal afecte desfavorablemente:

a) la solución de cualquier conflicto laboral que exista en el lugar donde esté empleada o vaya a emplearse; o

b) el empleo de cualquier persona que intervenga en ese conflicto.

5.3.1. Visitantes de negocios

Cada Estado Parte debe autorizar la entrada temporal a una persona de negocios[35] que pretenda llevar a cabo actividades como: reuniones y consultorías; investigación y diseño; cultivo, manufactura y producción; comercialización; ventas; distribución; servicios posteriores a la venta y servicios generales, sin exigirle la obtención de una autorización de empleo, a condición de que dicha persona, además de cumplir con las medidas migratorias vigentes, exhiba:

[33] Artículo 11.3.1 del tratado Chile/Colombia; artículo 13-04-1 Chile/México; artículo 13.3.1 Chile/Perú; artículo 13-04-1 Colombia/México.
[34] Artículo 13-04.2 de los tratados Colombia/México, y Chile/México.
[35] Anexo 11.3, Sección A del tratado Chile/Colombia; Anexo 13-04, Sección A; Anexo 13.3-A, Sección A Chile/Perú; Anexo 13.4.1 México/Perú.

a) pruebas que acrediten la nacionalidad[36] de un Estado Parte;

b) documentación que demuestre que emprenderá tales actividades y señale el propósito de su entrada; y

c) pruebas del carácter internacional de la actividad de negocios que se propone realizar[37] y de que la persona no pretende ingresar al mercado local de trabajo.

Asimismo, se previene que, ningún Estado Parte puede[38]:

a) exigir, como condición para autorizar la entrada, procedimientos previos de aprobación, peticiones, pruebas de certificación laboral u otras medidas similares; ni

b) imponer o mantener ninguna restricción numérica a la entrada temporal de que se trata.

Una diferencia que se aprecia con la regulación del tratado entre Colombia y México[39] es que en ese instrumento la unidad habilitada para solicitar la entrada temporal de visitantes de negocios no son las personas naturales que esperan beneficiarse de aquella autorización, sino que las empresas previamente inscritas en las nóminas que mantienen los Estados Parte.

5.3.2. Comerciantes e inversionistas

Cada Estado Parte debe[40] autorizar la entrada temporal a la persona de negocios que tenga intenciones de:

---

[36] Según el artículo 11.9 del tratado Chile/Colombia, "nacional" comprende sólo a las personas naturales que tienen nacionalidad de un Estado Parte de acuerdo con su Constitución, y no incluye a los residentes permanente en el mismo. Disposición equivalente al artículo 13-01 del tratado Colombia/México.

[37] Cada Estado Parte debe disponer que una persona de negocios cumple con estos requisitos, cuando demuestre que: a) la fuente principal de remuneración correspondiente a esa actividad de negocios se encuentra fuera del territorio del Estado Parte que autoriza la entrada temporal; y b) el lugar principal de sus negocios y donde efectivamente se devengan la mayor parte de las ganancias se encuentra fuera de territorio del Estado Parte que autoriza la entrada temporal.
Añadiendo que, normalmente, un Estado Parte debe aceptar una declaración verbal en cuanto al lugar principal del negocio y al lugar donde efectivamente se devengan las ganancias. En caso de que el Estado Parte requiera de alguna comprobación adicional, debe considerarse suficiente una carta del empleador o de la organización a la que presta sus servicios o representa, donde consten tales circunstancias, conforme a lo indicado en los tratados entre Chile/Colombia; Chile/México; Chile/Perú, y México/Perú.

[38] Anexo 13-04, Sección A.4 del tratado Chile/México.

[39] Anexo 13-04, Sección A del tratado Colombia/México.

[40] Anexo 11.3, Sección B del tratado Chile/Colombia; Anexo 13-04, Sección B Chile/México; Anexo 13.3-A, Sección B Chile/Perú, y Anexo 13.4. Parte I, Sección B México/Perú.

a) llevar a cabo un "intercambio comercial significativo" de mercancías o servicios, principalmente entre el territorio del Estado Parte del cual es nacional y el territorio del Estado Parte al cual se solicita la entrada; o

b) establecer, desarrollar, o administrar una inversión en la cual la persona o su empresa hayan comprometido o estén en vías de comprometer, un "monto importante de capital", que ejerza funciones de supervisión, ejecutivas o que conlleve habilidades esenciales, siempre que la persona de negocios cumpla, además, con las medidas migratorias vigentes aplicables a la entrada temporal.

En cumplimiento con lo anterior, los Estados Parte no pueden:

a) exigir pruebas de certificación laboral u otros procedimientos de efecto similar, como condición para autorizar la entrada temporal de tales sujetos; ni

b) imponer o mantener restricciones numéricas en relación con dicha entrada temporal.

Sobre este punto, es conveniente precisar que el tratado entre Colombia y México[41] no comprende a comerciantes y se limita inversionistas. Además, tanto en ese acuerdo de Colombia con México, como en aquél entre México y Perú[42], se prevé que el Estado al cual se le presenta la solicitud puede examinar, la propuesta de inversión para evaluar si aquella cumple con las disposiciones legales aplicables, y también puede requerir que el peticionario, obtenga, previamente a la entrada, autorización migratoria o visa.

5.3.3. Transferencias de personal dentro de una empresa

Cada Estado Parte debe[43] autorizar la entrada temporal a la persona de negocios empleada por una empresa[44] (legalmente constituida y en operación en su territorio[45]), que pretenda desempeñar funciones gerenciales o ejecutivas o que conlleven conocimientos especializados en esa compañía misma, en una de las subsidiarias, filiales o matriz, siempre que cumpla con las medidas migratorias aplicables.

[41] Anexo 13-04, Sección B del tratado Colombia/México.
[42] Anexo 13.4. Parte I, Sección B.3 y 4 del tratado México/Perú.
[43] Anexo 11.3. Sección C del tratado Chile/Colombia; Anexo 13.3-A, Sección B Chile/Perú.
[44] Dentro del Anexo 13.3-A, Sección B del tratado Chile/Perú se precisa que la persona de negocios transferida debe prestar los servicios bajo relación de subordinación en la empresa de destino.
[45] En el caso del Anexo 13.4. Parte I, Sección C.1 del tratado México/Perú.

El Estado requerido puede exigir[46] que la persona de negocios haya sido empleada de la empresa de manera continua durante un año dentro de los tres inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de admisión.

Mientras que el tratado entre Colombia y México establece que el Estado Parte requerido puede solicitar a la persona de negocios haya sido empleada de la empresa, de manera continua, durante seis meses dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud.

A su vez, el tratado entre Chile y Perú[47], y aquél entre México y Perú[48] contempla que el Estado Parte requerido puede exigir la aprobación del contrato de trabajo por la autoridad competente como requisito previo para la autorización de la entrada temporal.

En el acuerdo entre Chile y Perú, además, se consigna[49] que nada de lo dispuesto en esa sección se puede interpretar en un sentido que afecte la legislación laboral de cada Estado Parte.

La diferencia central con el tratado entre Colombia y México[50] estriba, como en el caso de los visitantes de negocios, que para poder presentar la solicitud de entrada temporal es necesario que la transferencia de personal de que se trate se verifique respecto de una empresa que se encuentre inscrita en la nómina establecida.

[46] Anexo 13-04, Sección C.1 del tratado Chile/México.
[47] Anexo 13.3-A, Sección C.3 del tratado Chile/Perú.
[48] Anexo 13.4. Parte I, Sección C.2 del tratado México/Perú.
[49] Anexo 13.3-A, Sección C.4 del tratado Chile/Perú.
[50] Anexo 13-04, Sección C del tratado Colombia/México. Otras diferencias con el tratado Chile/Colombia apuntan a que, en el acuerdo con México, el Estado Parte requerido puede solicitar a la persona de negocios haya sido empleada de la empresa, de manera continua, durante 6 meses dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud.

5.3.4. Profesionales[51] y técnicos[52]

Cada Estado Parte debe[53] autorizar la entrada temporal a la persona de negocios que pretenda llevar a cabo actividades como profesional o técnico[54], bajo relación de subordinación o de manera independiente, o desempeñar funciones de capacitación relacionadas a una profesión u ocupación técnica en particular, incluyendo la conducción de seminarios, cuando la persona de negocios, además de cumplir con los requisitos migratorios vigentes aplicables a la entrada temporal, exhiba:

a) prueba de nacionalidad de un Estado Parte;

b) documentación que demuestre que la persona emprenderá tales actividades y señale el propósito de su entrada; y

c) documentación que acredite que esa persona posee los requisitos académicos mínimos pertinentes o títulos alternativos[55].

El tratado entre México y Perú no señala que el sujeto debe encontrarse bajo una relación de subordinación o de manera independiente, sino que indica que su vínculo opera "sobre la base de un contrato personal"[56]. Mientras que aquel entre Chile y Perú[57], condiciona que la persona solicitante deba exhibir un contrato de trabajo aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, cuando lleve a cabo actividades como profesional o técnico bajo relación de subordinación.

Además, en ese último convenio[58] se previene que los Estados Parte deben intercambiar listas ilustrativas de profesiones que se ajusten a la definición de

[51] Según el artículo 11.9 del tratado Chile/Colombia; al artículo 13.9 Chile/Perú, "profesional" significa el nacional de un Estado Parte que lleva a cabo una ocupación especializada que requiere: a) la aplicación teórica y práctica de un cuerpo de conocimientos especializados; y b) la obtención de un grado post secundario, que requiera cuatro años o más de estudios (o el equivalente de dicho grado) como mínimo para el ejercicio de la ocupación.

[52] Conforme al artículo 11.9 del tratado Chile/Colombia; al artículo 13.9 Chile/Perú, "técnico" significa el nacional de un Estado Parte que lleva a cabo una ocupación especializada que requiere: a) la aplicación teórica y práctica de un cuerpo de conocimientos especializados; y b) la obtención de un grado post secundario o técnico que requiera dos años o más de estudios (o el equivalente de dicho grado), como mínimo para el ejercicio de la ocupación.

[53] Anexo 11.3. Sección D del tratado Chile/Colombia; Anexo 13.3-A, Sección D Chile/Perú.

[54] En el caso del tratado México/Perú, en el Anexo 13.4. Parte II se singularizan los períodos de tiempo por el cual se autoriza la entrada temporal para esta categoría.

[55] Exigencia que no se contempla en el Anexo 13-04, Sección D del tratado Chile/México.

[56] Precisando en nota al pie del Anexo 13.4. Parte I, Sección D.1, que debe entenderse por "contrato personal" para Perú un contrato de locación de servicios y para México un contrato de prestación de servicios, de conformidad con la legislación correspondiente de cada Estado Parte.

[57] Anexo 13.3-A, Sección D.1 literal d) del tratado Chile/Perú.

[58] Anexo 13.3-A, Sección D.2 del tratado Chile/Perú.

"profesional" para facilitar la implementación de la preceptiva en análisis, y también intercambiar información sobre educación postsecundaria, con el objeto de facilitar la evaluación de las solicitudes.

Ahora bien, se previene que un Estado Parte puede requerir a la persona que pretende una entrada temporal como profesional, que cumpla con los requisitos exigidos por la legislación interna para el ejercicio de esa profesión[59].

A su vez, en el tratado entre Chile y Perú se indica[60] que nada de lo dispuesto en esa sección se puede interpretar en un sentido que afecte la legislación laboral de cada Estado Parte.

De lo expuesto podemos afirmar que en esta subcategoría de personas de negocios se presentan diferencias con las normativa del tratado entre Colombia y México[61], que es más restrictivo, pues, la disposición equivalente se ciñe a profesionales[62], sin que dé cabida a los técnicos[63], y sujeta la posibilidad de pedir ese permiso -en favor de un profesional- por parte de una empresa inscrita en uno de los padrones bilaterales de empresas aludidos, dentro de una nómina de profesiones establecidas[64], de conformidad con una lista de instituciones educativas predeterminados.

Con miras a la ejecución de las obligaciones relacionadas con esta categoría, el tratado entre México y Perú establece[65] que los Estados Parte deben intercambiar información sobre los programas de estudios de las profesiones

---

[59] Anexo 13.3-A, Sección D.4 del tratado Chile/Perú. El acuerdo Colombia/México previene en su Anexo 13-04, Sección D.2 que la entrada temporal de un profesional no implica el reconocimiento de títulos o certificados, ni el otorgamiento de licencias para el ejercicio profesional.
[60] Anexo 13.3-A, Sección D.5 del tratado Chile/Perú.
[61] Anexo 13-04, Sección D del tratado Colombia/México.
[62] Limitación excluyente de los técnicos que también está presente en el Anexo 13-04, Sección D del tratado Chile/México.
[63] En el tratado México/Perú, si bien se admite dentro de esta categoría a los técnicos, se circunscribe a los individuos que ostenten el carácter de: a) profesional técnico en publicidad, comunicación y diseño; b) profesional técnico en arquitectura y diseño de interiores; c) profesional técnico en administración y contabilidad; d) profesional técnico en turismo y gastronomía; e) profesional técnico en sistemas, computación e informática; f) profesional técnico en ingeniería; g) profesional técnico en salud (incluye técnicos en enfermería, farmacia y fisioterapia); h) profesional técnico en construcción; i) profesional técnico en electricidad; j) profesional técnico en procesos de producción industrial, y k) profesional técnico en mantenimiento y reparación de maquinaria y equipo (incluye mantenimiento y reparación de todo tipo de vehículos, naves y aeronaves), siempre y cuando no forme parte del personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana, según el Anexo 13.4. Parte I, Sección D.5 y al apéndice 13.4-D de ese instrumento.
[64] El Grupo de Trabajo sobre Entrada Temporal debió establecer, dentro de los seis meses de entrada en vigor de ese instrumento, una lista de actividades profesionales a las que se le aplique ese anexo, que debió integrarse con los padrones de instituciones educativas previamente intercambiadas.
[65] Anexo 13.4. Parte I, Sección D.4 del tratado México/Perú.

impartidas en cada uno de ellos, con el objeto de facilitar la evaluación de las solicitudes de entrada temporal.

5.4. Entrega de información

Además de las obligaciones sobre publicidad generales del tratado correspondiente, cada Estado parte debe[66]:

a) proporcionar al otro material informativo que le permita conocer las medidas relativas a entrada temporal de personas de negocios; y

b) a más tardar un año[67] (dentro 3 meses[68] o 6 meses[69]) de la fecha de entrada en vigor del acuerdo, preparar, publicar y poner a disposición de los interesados, tanto en su propio territorio como en el otro Estado, un documento consolidado con material que explique los requisitos para la entrada temporal, con referencias a las leyes y regulaciones.

Asimismo, cada Estado Parte debe[70] recopilar, mantener y poner a disposición del otro, previa solicitud, de conformidad con su legislación interna, información relativa al otorgamiento de autorizaciones de entrada temporal a personas de negocios del otro Estado.

Dentro de las obligaciones recíprocas destaca el tratado entre Colombia y México[71] que previene que, dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor, los Estados Parte debían intercambiar padrones de empresas (que tengan filiales, subsidiarias o sucursales en territorio del otro y las empresas trasnacionales con sucursales filiales o subsidiarias en territorio en más de un Estado Parte), que deben actualizarse permanentemente a través de comunicaciones oficiales de los órganos gubernamentales competentes.

---

[66] Artículo 11.4.1 del tratado Chile/Colombia; artículo 13-05.1 Chile/México; artículo 13.4.1 Chile/Perú; artículo 13.05.1 Colombia/México, y artículo 13.5.1 México/Perú.
[67] Artículo 11.4.1 literal b) del tratado Chile/Colombia; artículo 13-05.1 literal b) Chile/México, y artículo 13.5.1 literal b) México/Perú.
[68] Artículo 13.4.1 literal a) (sic), debiese ser b), del tratado Chile/Perú.
[69] Artículo 13.05.1 literal b) del tratado Colombia/México.
[70] Artículo 11.4.2 del tratado Chile/Colombia; artículo 13-05.2 Chile/México; artículo 13.4.2 Chile/Perú; artículo 13-05.2 Colombia/México, y artículo 13.5.2 México/Perú.
[71] Artículo 13-04.5 del tratado Colombia/México.

5.5. Comité de entrada temporal de personas de negocios

Se establecieron[72] Comités de entrada temporal de personas de negocios, integrados por representantes de cada Estado Parte, compuesto por funcionarios de migración y demás autoridades competentes.

Debe destacarse que además de estas medidas que se ciñen a las personas de negocios en sí, los tratados entre Chile y México, y entre Colombia y México, establecen[73] como función del Grupo de Trabajo la labor de examinar la exención de pruebas de certificación laboral o de procedimientos de efecto similar, para el cónyuge de la persona a la que se haya autorizado la entrada temporal conforme a inversionistas, transferencia de personal y profesionales, cuando soliciten autorización de trabajo.

5.6. Solución de Controversias

Los Estados Parte no pueden[74] iniciar procedimientos de solicitud de intervención de la Comisión de Libre Comercio (ente encargado general de velar por la implementación de las distintas partes del acuerdo) respecto de una negativa de autorización de entrada temporal en conformidad con la regulación en análisis, ni respecto de un caso en particular, con arreglo a las obligaciones asumidas, a menos que:

a) el asunto se refiera a una práctica recurrente[75]; y

b) la persona de negocios afectada haya agotado los recursos administrativos a su alcance respecto de ese asunto en particular.

[72] Artículo 11.5.1 del tratado Chile/Colombia; artículo 13-06.1 Chile/México; artículo 13.5.1 Chile/Perú; artículo 13-06.1 Colombia/México, y artículo 13.6.1 México/Perú.
[73] Artículo 13-06.2 literal c) de los tratados Chile/México, y Colombia/México.
[74] Artículo 11.6.1 del tratado Chile/Colombia; artículo 13-07.1 Chile/México; artículo 13.6.1 Chile/Perú; artículo 13-07.1 Colombia/México, y artículo 13.7.1 México/Perú.
[75] Según el artículo 11.9 del tratado Chile/Colombia, "práctica recurrente" significa una práctica ejecutada por las autoridades migratorias de un Estado Parte en forma repetitiva durante un período representativo anterior e inmediato a la ejecución de la misma.

Los recursos se consideran agotados cuando la autoridad competente no haya emitido una resolución definitiva dentro de seis meses[76] (o un año[77]) desde el inicio de un procedimiento administrativo, y la resolución se haya demorado por causas que no son imputables a la persona de negocios afectada.

5.7. Transparencia en el desarrollo y aplicación de la normativa

Adicionalmente a la normativa del Capítulo sobre Transparencia, cada Estado Parte debe[78] mantener o establecer mecanismos adecuados para responder a las consultas de los individuos interesados en entrada temporal de personas de negocios.

A su vez, cada Estado Parte debe, dentro de un plazo razonable, no superior a treinta y cinco[79] (treinta[80], cuarenta y cinco[81]) días, después de considerar que la solicitud de entrada temporal está completa conforme a las leyes y regulaciones internas, informar al requirente sobre la decisión adoptada. A solicitud del peticionario, el Estado Parte debe suministrar, sin demora indebida, la información referente al estado de la tramitación de que se trata.

Analizados los preceptos de los diferentes tratados revisados en conjunto, destacan algunos elementos, como que los beneficios reconocidos se establecen en favor de los nacionales de los Estados Parte, excluyendo a los residentes permanentes en esos territorios. Por otro lado, no parece aconsejable la subsistencia de cinco comités bilaterales, más las instancias pertinentes en la Comunidad Andina, puesto que ello puede generar soluciones contradictorias, además de resultar ineficiente desde un punto de vista operativo.

---

[76] Artículo 11.6.2 del tratado Chile/Colombia; artículo 13-07.2 Colombia/México.
[77] Artículo 13.6.2 del tratado Chile/Perú; artículo 13-07.2 Chile/México, y artículo 13.7.2 México/Perú.
[78] Artículo 11.8.1 del tratado Chile/Colombia; artículo 13.8.1 Chile/Perú, y artículo 13.9.1 México/Perú. Disposición que no figura en los tratados Chile/México, ni en Colombia/México.
[79] Artículo 11.8.2 del tratado Chile/Colombia.
[80] Artículo 13.9.2 del tratado México/Perú.
[81] Artículo 13.8.2 del tratado Chile/Perú.

VI. MEDIDAS DE COOPERACIÓN ADOPTADAS QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA

6.1. Eliminación de visa de turista y ampliaciones en visas de negocios

México exigía visa para ingresar a ese país a los ciudadanos colombianos y peruanos, pero con motivo de la participación en la Alianza del Pacífico comunicó su intención de eliminar esa exigencia en la II reunión del Consejo de Ministros, de noviembre de 2012, permitiéndoles la estadía por 180 días en el carácter de turistas, sin que tal autorización les permita desarrollar actividades remuneradas.

Como consecuencia de esta medida el ingreso de turistas colombianos se incrementó en un 100% en 2014 con respecto a 2012, mientras que la entrada de visitantes peruanos creció en un 50% en ese mismo periodo[82].

Luego, Perú -mediante Decreto nº 24, de 2013, del Ministerio de Relaciones Exteriores- eliminó la visa para las personas de negocios a los nacionales de Chile, Colombia y México, por un período no renovable de 183 días calendario improrrogables, ante lo cual, Colombia otorgó un tratamiento recíproco a los peruanos en relación con esa misma clase de visado[83].

Ahora bien, no debe pasarse por alto que ambos países integran también la Comunidad Andina de Naciones, en cuyo seno ya se habían logrado avances en temas migratorios, motivo por el cual, no creemos del todo justificado atribuir este "logro" solo a la participación en la Alianza del Pacífico.

Además, cabe puntualizar que la eliminación de visas para turistas no supone un avance sustantivo a nivel latinoamericano, pues la ausencia de este requisito es la regla general para los ciudadanos nacionales de esta área geográfica. En efecto, dentro de los países sudamericanos, México, antes de la formación de la Alianza del Pacífico, no exigía visa a los ciudadanos chilenos, y a noviembre de 2019, dentro de los países del área meridional del continente sólo le exigía visa a los nacionales de Bolivia, Guyana y Surinam[84], por lo que ni argentinos, brasileros, ecuatorianos, paraguayos, uruguayos ni venezolanos, no obstante no

---

[82] PRADO, Juan y RODRÍGUEZ, Yuliana, "La Alianza del Pacífico: proceso de integración latinoamericana en construcción", en *La cooperación sur-sur en América Latina y el Caribe. Balance de una década (2008-2018)* (Coomps. Tahina Ojeda y Enara Echart), CLACSO, Buenos Aires, 2019, p. 193.
[83] PALACIO, Ana, "The Pacific Alliance: Building a Pathway to the High-Hanging Fruits of Deep Integration", en *The Pacific Alliance in a World of Preferential Trade Agreements. Lessons in Comparative Regionalism* (Eds. Pierre Sauvé *et al*), Springer, Cham, 2018, p. 15.
[84] https://www.inm.gob.mx/gobmx/word/index.php/paises-requieren-visa-para-mexico/

ser Estados Parte de ese bloque se encontraban afectos a esa exigencia, y en lo que toca a visas de personas de negocios ya existía norma especial, de modo bilateral, de modo tal que el avance efectivo conseguido como consecuencia de la participación en la Alianza, es modesta.

Asimismo, a marzo de 2024[85], según la información publicada por el Gobierno mexicano, los ciudadanos de Perú nuevamente requieren visa para ingresar a ese país[86], como también aquellos sudamericanos provenientes de Brasil, Ecuador, Guyana, Surinam y Venezuela, con lo cual el "magro avance" alcanzado en su oportunidad ya fue revertido.

VII. EXPERIENCIA REGULATORIA COMPARADA EN LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

A nivel sudamericano, los avances en la materia de este estudio han sido limitados y dispares, sin que quepa sostener que existe en la región una libre circulación de personas, siendo una temática altamente sensible en las instancias políticas, las cuales no han querido desprenderse de atribuciones y entregarlas a los órganos subregionales pertinentes.

7.1. Acuerdo de residencia de Mercosur

El acuerdo sobre residencia para los nacionales de los Estados Parte de Mercosur, Bolivia y Chile, de 2002 (aprobado mediante Decisión CMC 28/02), en vigor desde 2009, brinda el derecho a residir temporalmente, por dos años, en el Estado anfitrión (autorización susceptible de transformarse en residencia permanente) y a desarrollar cualquier actividad económica, por cuenta propia o ajena, en las mismas condiciones, que los nacionales del país de recepción, de acuerdo con las normas legales de este último[87].

Este Acuerdo supone el instrumento más importante en la materia en análisis[88], puesto que facilita los trámites para obtener la residencia en los países

[85] https://www.inm.gob.mx/gobmx/word/index.php/paises-requieren-visa-para-mexico/
[86] https://embamex.sre.gob.mx/peru/index.php/sconsulares/visas
[87] Artículo 8.2 del Acuerdo de residencia de Mercosur.
[88] KLEIN, Luciane y VOLCATO, Vitória, "A opinião consultiva como ferramenta para a uniformização da interpretação e aplicação do direito do Mercosul, na temática migratoria", *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, 14, 2019, p. 181.

signatarios, en aras a implementar una libre circulación de personas, no sólo de trabajadores[89], brindándole a los beneficiarios igualdad de derechos civiles, sociales (de agrupación familiar y de educación para los hijos), culturales, laborales y económicos, con el solo hecho de acreditar la nacionalidad involucrada y no poseer antecedentes penales, sin que sea procedente la exigencia de otros requisitos como contrato de trabajo o la acreditación de medios económicos, que sí pueden ordinariamente requerirse a ciudadanos de terceros Estados ajenos a ese convenio[90].

El acuerdo reconoce la necesidad de armonizar las legislaciones para reforzar el proceso de inmigración, y así homologar los procedimientos procedentes y los derechos que se generan para los residentes, por lo cual ha ido de la mano con una serie de medidas internas en los signatarios[91].

Este instrumento fue aprobado por Chile, Colombia y Perú (en calidad de Estados asociados a Mercosur), tres de los Estados Parte de la Alianza del Pacífico, motivo por el cual nos parece interesante detenernos en analizar su situación particular, teniendo, además, en cuenta que el primero de los países citados recibe cifras no menores de inmigrantes colombianos y peruanos[92], y de ahí que la incidencia de este acuerdo aperturista podría tener efectos relevantes para ese país meridional.

En Chile, sin perjuicio de algunos reparos administrativos, el acuerdo se ha implementado respecto de ciudadanos de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, pero no así para aquellos de Colombia y Perú[93], originarios de Estados con los cuales, año tras año, en el contexto de la Alianza del Pacífico, se emiten grandilocuentes declaraciones sobre la libre circulación de personas, situación que resulta paradójica.

Colombia, lo aplica a ciudadanos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela[94]. Perú, a su vez, en la actualidad lo

---

[89] KLEIN, Luciane y VOLCATO, Vitória, "A livre circulação de pessoas no Mercosul e na União Europeia: perspectivas e desafios para o future", *Revista Brasileira de Direito Internacional,* 4, 2018, p. 11.

[90] GUARDATTI y ALBERT, op. cit., pp. 239-240.

[91] ACOSTA, Diego y FELINE, Luisa, "Turning the Immigration Policy Paradox Upside down: Populist Liberalism and Discursive Gaps in South America", *International Migration Review*, 49, 2015, pp. 659-696.

[92] https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/estimaciones-de-extranjeros/

[93] KAUL, Divesh, "Eliminating Trade Barriers through Preferential Trade Agreements: Perspectives from South Asia", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 25, 2017, p. 400.

[94] OIM/UN, *Evaluación del Acuerdo de Residencia del MERCOSUR y su incidencia en el acceso a derechos de los migrantes*, OIM, Buenos Aires, 2018.

aplica[95] a ciudadanos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay y Uruguay.

Desde la academia[96], atendida la concurrencia de los países que conforman Mercosur y de tres de los Estados Parte de la Alianza del Pacífico, se ha sostenido que este instrumento debiese ser especialmente tomado en cuenta a la hora de buscar un acercamiento entre ambos bloques, pues es un texto que reconoce una amplia gama de derechos para los nacionales de los Estados signatarios, como también porque supone un camino que no implique comenzar desde cero a negociar la referida convergencia.

VIII. CONCLUSIONES

La Alianza del Pacífico, aun cuando contempla como objetivo en su Acuerdo Marco el avanzar hacia una libre circulación de personas ha hecho muy poco para alcanzar esta aspiración, y no existen normas comunes de la iniciativa que permitan entender que los nacionales de sus Estados Parte cuentan con este derecho dentro de ese espacio geográfico, teniendo además en cuenta que los escasos preceptos en el capítulo de comercio de servicios de su Protocolo Adicional no avanzan mayormente en este plano.

A su vez, si bien, en su minuto, se facilitó el flujo de turistas de Colombia y Perú hacia México con la eliminación de visas, falta avanzar, de manera conjunta, en la movilidad de empresarios y del personal de las compañías -que cuentan con un régimen bilateral dispar plasmados en acuerdos de libre comercio celebrados antes del nacimiento de esta apuesta conjunta- y no se exhiben progresos para facilitar que personas, que sin contar con estudios formales, o que no se ubiquen dentro de las categorías o subcategorías de tales convenios busquen mejores expectativas de vida en los restantes Estados del bloque.

Como ha tenido oportunidad de demostrarse, los avances conjuntos y con sustento normativo en materia de circulación de personas no son realmente significativos. Por el contrario, si se quiere emplear una regulación multilateral de

---

95 https://www.gob.pe/12927-cambiar-calidad-migratoria-residente-cambiar-a-calidad-migratoria-por-acuerdos-mercosur

96 PUCHETA, Mauro y ÁLVAREZ, César, "Mercosur and the Pacific Alliance Convergence: Building a Level Labor Playing Field Across Latin America", en *Latin American Geopolitics Migration, Cities and Globalization* (Eds. César Álvarez y José Hernández), Springer, Cham, 2019, pp. 30-35.

manera más efectiva, resulta más eficiente atender a un instrumento gestado en Mercosur, su Acuerdo de Residencia, cuyas disposiciones vinculan a tres de los cuatro Estados Parte de la Alianza del Pacífico, dándose la paradoja de que en cumplimiento de sus preceptos puede darse (como lo hace Chile) un tratamiento más beneficioso hacia los ciudadanos de los países miembros Mercosur, que el que se entrega a los ciudadanos de los Estados Parte de la Alianza del Pacífico, como resultan ser aquellos de Colombia y Perú.

Queda mucho por construir en esta materia, y un primer esfuerzo que podría impulsarse sería instar a que los Estados Parte de la Alianza del Pacífico empleen el instrumento de Mercosur, o al menos sus criterios centrales, pues así podrían darse pasos más firmes encaminados a lograr la concretización de la libertad enunciada, que hoy resulta carente de contenido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acosta, Diego y Feline, Luisa, "Turning the Immigration Policy Paradox Upside down: Populist Liberalism and Discursive Gaps in South America", *International Migration Review*, 49, 2015, pp. 659-696.

Aguiló, Javier *et al*, "Insumos para una política migratoria laboral", en *Alianza del Pacífico. Condiciones migratorias laborales y de seguridad social* (Coords. Katerine Bermúdez y Gabriela Mendizábal), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pp. 297-321.

Barbosa, María y Buitrago, Ricardo, "La razón de ser de la Alianza del Pacífico: ¿integración profunda o integración estratégica?", en *Nuevas propuestas de integración regional. Tendencias y retos de transformación* (Eds. Catherine Morales y Edgar Vieira) Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá. 2020, pp. 95-117.

Castaño, Jairo, "La Alianza del Pacífico: hacia la construcción de un Mercado común", en *Constitucionalizando la globalización*, vol. I (Dirs. José García y María Martínez) Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 461-498.

De Bruycker, Philippe, "The European Union: from freedom of movement in the internal market to the abolition of internal borders in the area of freedom, security and justice", en *Migration, Free Movement and Regional Integration* (Eds. Sonja Nita, *et al*) UNESCO, París, 2017, pp. 287-311.

Dote, Sebastián, *Chile recibe la presidencia de la Alianza del Pacífico tras la negativa del traspaso de México a Perú*. El País. https://elpais.com/chile/2023-06-28/chile-recibe-la-presidencia-de-la-alianza-del-pacifico-tras-la-negativa-del-traspaso-de-mexico-a-peru.html

Echebarría, Luis y Estevadeordal, Antoni, "Alianza del Pacífico: Un nuevo motor de

integración regional", en *Alianza del Pacífico: En el proceso de integración latinoamericana* (Eds. Alejandro Foxley y Patricio Meller), CIEPLAN, Santiago, 2014, pp. 27-42.

Fernández, Ana, "Estado de bienestar y contradicciones en la ordenación de los flujos migratorios", en *El derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI: obra homenaje al profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez* (Coord. Santiago Torres), Iprolex, Madrid, 2013, pp. 791-823.

Gallegos, Jaime, *Reflexiones jurídicas sobre la Alianza del Pacífico*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.

Gallegos, Jaime, "La Alianza del Pacífico, aspectos jurídicos organizacionales y de su sistema de solución de controversias", *Estudios Internacionales*, 194, 2019, pp. 75-94.

Guardatti, Georgina y Albert, María, "El MERCOSUR como bloque de integración regional: avances y desafíos. Libre circulación de personas y migraciones laborales", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 27, 2011, pp. 235-249.

Kaul, Divesh, "Eliminating Trade Barriers through Preferential Trade Agreements: Perspectives from South Asia", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 25, 2017, pp. 355-402.

Klein, Luciane y Volcato, Vitória, "A opinião consultiva como ferramenta para a uniformização da interpretação e aplicação do direito do Mercosul, na temática migratoria", *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, 14, 2019, pp. 172-197.

Klein, Luciane y Volcato, Vitória, "A livre circulação de pessoas no Mercosul e na União Europeia: perspectivas e desafios para o future", *Revista Brasileira de Direito Internacional,* 4, 2018, pp. 1-21.

Ladines, Juan y Vidarte, Oscar, "Integración vía Alianza del Pacífico: ¿Realidad ecónomica y utopía política?", en *La Alianza del Pacífico. Nuevo mecanismo de cooperación e integración latinoamericano* (Eds. Juan Prado *et al*), Asociación Mexicana de Estudios Internacionales-KAS, Ciudad de México, 2017, pp. 87-105.

Llairó, María, "Los nuevos desafíos y ejes de poder de la integración latinoamericana: la dualidad Mercosur-Alianza del Pacífico (2010–2017)", *Anuario Latinoamericano Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales*, 7, 2019, pp. 111-129.

Moura, Dário "Liberdades comunitárias e direito internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 2009, pp. 179-220.

Muñoz, Tomás, "La libre movilidad de personas en la Alianza del Pacífico: expectativas y realidades", en *Retos y oportunidades de la Alianza del Pacífico en el actual contexto internacional convulso* (Coords. Mariana Aparicio y Tomás Muñoz), UNAM, Ciudad de México, 2019, pp. 51-66.

OIM/UN, *Evaluación del Acuerdo de Residencia del MERCOSUR y su incidencia en el acceso a derechos de los migrantes*, OIM, Buenos Aires, 2018. https://publications.iom.int/es/system/files/pdf/estudio_sobre_la_evaluacion_y_el_impacto_del_acuerdo_de_residencia_del_mercosur.pdf

Oyarzún, Lorena, "Nuevos desafíos globales y domésticos en la Alianza del Pacífico: ¿Existe

espacio para la integración?", en *La Alianza del Pacífico frente a su segunda década* (Coords. Juan Prado, José Briceño y Thomas Legler), KAS-México/ CIALC-UNAM/UNAM/AMEI, Ciudad de México, 2022, pp. 23-44.

Palacio, Ana, "The Pacific Alliance: Building a Pathway to the High-Hanging Fruits of Deep Integration", en *The Pacific Alliance in a World of Preferential Trade Agreements. Lessons in Comparative Regionalism* (Eds. Pierre Sauvé *et al*), Springer, Cham, 2018, pp. 3-28.

Pennetta, Piero, "Ancora un'esperienza associativa in America Latina: I´Alleanza del Pacífico. Considerazioni compárate con I´Unione europea", en *La arquitectura del ordenamiento internacional y su desarrollo en materia económica* (Ed. Eric Tremolada) Ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 307-342.

Prado, Juan, Briceño, José y Legler, Thomas, "La Alianza del Pacífico en su nuevo decenio de vida", en *La Alianza del Pacífico frente a su segunda década* (Coords. Juan Prado, José Briceño y Thomas Legler), KAS-México/ CIALC-UNAM/UNAM/AMEI, Ciudad de México, 2022, pp. 17-22.

Prado, Juan y Rodríguez, Yuliana, "La Alianza del Pacífico: proceso de integración latinoamericana en construcción", en *La cooperación sur-sur en América Latina y el Caribe. Balance de una década (2008-2018)* (Coomps. Tahina Ojeda y Enara Echart), CLACSO, Buenos Aires, 2019, pp. 189-204.

Pucheta, Mauro y Álvarez, César, "Mercosur and the Pacific Alliance Convergence: Building a Level Labor Playing Field Across Latin America", en *Latin American Geopolitics Migration, Cities and Globalization* (Eds. César Álvarez y José Hernández), Springer, Cham, 2019, pp. 13-55.

Pucheta, Mauro, "La política laboral en los procesos regionales sudamericanos: el rol protagónico de los actores nacionales", en *Políticas públicas regionales: un abordaje sectorial de la integración latinoamericana* (Coomps. Nicolás Comini e Iván Stola), Editorial UTREF, Buenos Aires, 2016, pp. 149-170.

Regueiro, Lourdes, "La Alianza del Pacífico: un pilar para el apuntalamiento del liderazgo global de Estados Unidos", *Revista de Estudios Estratégicos*, 1, 2014, pp. 149-175.

Romero-Baquero, Carmen, *Las estadísticas de comercio internacional de los servicios empresariales, profesionales y técnicos en los países de la Alianza del Pacífico*, CEPAL, Santiago, 2024.
https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/0e8aff31-6787-4033-b546-e980b7e1c6f3/content

Ruiz, Ariela, "La Alianza del Pacífico once años después", *Revista Peruana de Derecho Internacional*, 174, 2023, pp. 79-102.

Ruiz, Ruth, Ortíz, Emma y Fernández, Aida, "El marco jurídico de la movilidad laboral juvenil en la Alianza del Pacífico", *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 12, 2021, pp. 51-98.

Saltalamacchia, Natalia, "The Mexican Agenda in Latin America: the Pacific Alliance", *Anuario de Integración*, 10, 2014, pp. 421-436.

Sarrión, Joaquín, "La libre circulación de personas como derecho fundamental de los ciudadanos en la Unión Europea", *Panorama Social*, 17, 2013, pp. 33-40.

Seatzu, Francesco, "The Alliance of the Pacific: A new instrument of Latin American and Caribbean Economic Integration?", en *Latin American and Caribbean International Institutional Law* (Eds. Marco Odello y Francesco Seatzu), Springer, La Haya, 2015, pp. 193-218.

Tarapués, Diego, "El narcotráfico y el lavado de activos dentro de la agenda de la Alianza del Pacífico", en *Alianza del Pacífico: mitos y realidades* (Eds. Eduardo Pastrana y Hubert Gehring) Editorial Universidad Santiago de Cali, Cali, 2014, pp. 579-612.

Jaime Gallegos Zúñiga. Universidad de Chile. Profesor asociado y Director de su Departamento de Derecho Económico. jgallegos@derecho.uchile.cl
https://orcid.org/0000-0002-4112-2229*

JAIME GALLEGOS ZÚÑIGA
Universidad de Chile
Derecho Económico/ Derecho Internacional
Profesor asociado de la Universidad de Chile
jgallegos@derecho.uchile.cl
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4112-2229

* Universidad de Chile. Profesor asociado y Director de su Departamento de Derecho Económico. Doctor en Derecho, máster en estudios avanzados en estudios financieros y tributarios, y magíster en derecho de los negocios internacionales, por la Universidad Complutense de Madrid. https://orcid.org/0000-0002-4112-2229

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 351-394
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.351

GIBRALTAR Y SU ENCAJE EN LA UNIÓN EUROPEA

GIBRALTAR AND ITS FIT IN THE EUROPEAN UNION

PASCUAL MARTÍN GALLARDO[**]
MANUEL JESÚS MORÁN ROSADO[**]
Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

Gibraltar es un enclave estratégico situado en el extremo sur de la Península Ibérica, colindante con el Reino de España. Cedido a Reino Unido en el año 1713, el territorio ha sido y sigue siendo objeto de disputa territorial entre Reino Unido y España y un punto de tensión en sus relaciones diplomáticas por los conflictos de diversa índole que genera la zona, además del difícil contexto del territorio dentro de la Unión Europea.

Sin olvidarnos que a lo largo del presente trabajo trataremos cuestiones tales como la transformación de la economía gibraltareña y su impacto sobre la zona, así como el encaje jurídico-económico que Gibraltar tiene dentro de la Unión Europea y la particularidad a la hora de la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

Palabras clave: Gibraltar, UE, Reino Unido, Reino de España, ONU, IVA, TUE, TFUE.

[**] Doctorando del primer año del Programa de Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social de la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: pascualmg@usal.es. Doi: https://orcid.org/0009-0003-9608-7293
[**] Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, en la Universidad de Extremadura. Correo electrónico: mmorros@unex.es. Se encarga del Prólogo, así como la Introducción del presente artículo de investigación.

ABSTRACT

Gibraltar is a strategic enclave located at the southernmost end of the Iberian Peninsula, adjacent to the Kingdom of Spain. Ceded to the United Kingdom in 1713, the territory has been and continues being the subject of a territorial dispute between the United Kingdom and Spain and a major conflict for diplomatic relations due to a variety of conflicts generated by the area, in addition to the difficult context of the Territory within the European Union.

Without forgetting that throughout this work we will deal with issues such as the transformation of the Gibraltarian economy and its impact on the area as well as the legal-economic fit that Gibraltar has within the European Union and the particularity at the time of the application of the Law of the European Union.

Keywords: Gibraltar, EU, United Kingdom, Kingdom of Spain, UN, VAT, TUE, TFUE.

Sumario: I. Prólogo; II. Introducción; III. Encaje de Gibraltar en la Unión Europea: III.1. Aplicabilidad de los tratados internaciones a Gibraltar, III.2. Adhesión de Gibraltar a las antiguas comunidades europeas, III.3. Régimen jurídico aplicable a Gibraltar: III.3.1. Unión Aduanera; III.3.2. La libre circulación de mercancías y su aplicabilidad a Gibraltar; III.3.3. Normativa del mercado interior con respecto a Gibraltar; III.3.4. Libre circulación de personas y los controles en la verja; IV. La fiscalidad en Gibraltar: IV.1. La política agraria común; V. Aspectos económicos-financieros de Gibraltar: V.1. La construcción de un centro financiero en la Roca; V.2. La situación de la frontera y su incidencia al régimen jurídico de Gibraltar; VI.. El Brexit y sus efectos en Gibraltar; VII.. Perspectivas de futuro acerca del enclave colonial: VII.1. Principio de acuerdo entre España y Reino Unido sobre Gibraltar y el Brexit, VII.2. Perspectivas en las negociaciones para un acuerdo concreto sobre Gibraltar; VIII. Conclusiones; IX. Bibliografía.

I. PRÓLOGO

Las cuestiones de política exterior son esenciales para cualquier Estado. Siempre es complejo desarrollar y analizar los diferentes ejes de la política exterior de un Estado, de cualquier Estado; también, en cuanto a España. Dentro de los asuntos de ámbito internacional, los hay más relevantes que otros, que afectan a los intereses nacionales de un país, de manera más directamente, o de

forma más indirecta; y los hay con efectos específicos para los ciudadanos, en el ámbito socio-económico, etc…

Pero, en cada Estado, hay cuestiones que, aunque pertenecientes al ámbito de la política exterior, afectan, no sólo al campo de los intereses nacionales, en sentido general, sino, de manera especial, están vinculadas a esa esfera singular de los "sentimientos nacionales". Y eso es, justamente, lo que sucede, para los españoles, con la cuestión de Gibraltar. Hemos querido referirnos, en concreto, a esa asignatura pendiente, a esa reivindicación irrenunciable, a todo lo que rodea a ese sentimiento, expresado tantas veces, y en tan diferentes contextos, formulado en la expresión "Gibraltar español".

La aspiración de la recuperación de Gibraltar se ha mantenido en el tiempo como una constante de las posiciones exteriores de España[1], como un elemento enormemente sensible para los sentimientos nacionales, y no solamente, en aquellos períodos íntimamente ligados a la exacerbación de un "sentimiento nacionalista español". Eso sí, la mencionada expresión "Gibraltar español" apela de manera directa a una de las tradicionales señas de identidad del nacionalismo patrio.

En diversas ocasiones, muchos se preguntan si nuestro Estado atiende de manera adecuada su política exterior, si no desaprovecha algunos de "nuestros fuertes"; y si habrían de replantearse algunas de las prioridades, y en todo caso, reforzar la proyección exterior de España. Dichas dudas se han expresado, también, acerca de la intensidad en la firmeza de nuestra posición de reivindicación de la devolución de Gibraltar. Pero las cuestiones territoriales no son sencillas de resolver, pueden llevar a una elevación de tensiones entre los países en grado extremo, y generar situaciones de riesgos diversos, incluso, en el contexto de amenazas militares; y –no hace falta recordarlo- la otra parte es el Reino Unido, con todo lo que ello significa.

En todo caso, es preciso reiterar que en la política exterior de un Estado es esencial mostrar permanentemente las fortalezas propias, no evidenciar debilidades, puesto que eso perjudica los posicionamientos exteriores, y –como en este caso- las aspiraciones o reivindicaciones que se consideren de trascendencia. Es menester sostener que hay reivindicaciones cuya resolución no dependen solamente del acuerdo entre las partes interesadas, sino que se precisa el

[1] Consultar, entre otros, a ROCAFORT PÉREZ, Guillermo. Claves para que España recupere Gibraltar. Fajardo el Bravo S.L, Granada 2015

concurso, el respaldo, y complicidades diversas que puedan coadyuvar a una salida favorable a unos u otros intereses.

No es preciso explicar que, cuando en las relaciones entre dos Estados subyace una reivindicación territorial, esto puede condicionar cualesquiera de los aspectos de aquellas relaciones, puesto que así es de fuerte el perfil de las cuestiones territoriales, como componente fundamental de los elementos constitutivos de un Estado. Como nos enseña la teoría del elemento territorial del sujeto internacional Estado, la importancia de la configuración del territorio estatal es el principal objetivo de todo pueblo que constituye un Estado, y por eso, es premisa para la propia conformación del sujeto primario del Derecho Internacional.

De otro lado, es bien sabido que, en la sociedad internacional contemporánea, los conflictos sobre controversias territoriales son cada vez menos numerosos, habida cuenta que en los últimos siglos se han ido resolviendo, de una u otra manera los asuntos pendientes. A ello, ha contribuido decisivamente, la labor de impulso de Naciones Unidas, en el marco del proceso de descolonización, durante la segunda mitad del siglo XX. Aun así, algunas controversias se mantienen vivas, y siguen generando discusiones en el ámbito jurídico-político, siendo un factor que distorsiona, en supuestos diversos, las relaciones internacionales.

Sin perjuicio del desarrollo de la materia que se realiza en el grueso del presente trabajo de investigación, consideramos oportuno anticipar algunas claves al respecto:

- en cuanto al origen de la controversia, es claro que la apropiación inglesa del Peñón de Gibraltar fue fruto de un engaño, del aprovechamiento ilegítimo de una circunstancia histórica concreta, en el marco de la guerra de sucesión a la Corona de España, en los inicios del siglo XVIII; e incluida en la redacción de los Tratados de Utrecht, donde aparece la cesión, dentro de un conjunto de factores de conclusión de una guerra entre potencias europeas, que se había concretado, entre otros ámbitos, en esa guerra en la península ibérica, aunque con la presencia de ejércitos de diversos reinos europeos.

- en relación con el proceso histórico vivido, en los tres siglos transcurridos, España no ha renunciado a la reintegración territorial; al contrario, siendo algunos de los hitos principales, el intento militar de recuperación de la plaza, en la segunda mitad del mismo siglo XVIII, la controversia en torno a la Verja fronteriza, y por supuesto, la reivindicación territorial planteada en el seno de Naciones Unidas, en concreto, en la década de los años sesenta del siglo pasado, y

su inmediata consecuencia, que fue el respaldo en los comités de descolonización de la ONU, en favor de la posición española, instando al diálogo entre los dos Estados, para la resolución de la controversia, pero insistiendo en que la conclusión razonable es la culminación de la integridad territorial española[2].

- en cuanto a la coyuntura actual, es manifiesta la oportunidad para España de incrementar la influencia española al respecto, teniendo en cuenta la circunstancia de que somos un Estado miembro de la Unión Europea, frente a otro Estado que ya no es miembro, el Reino Unido, pero que está profundamente interesado en unas condiciones favorables para el mantenimiento de Gibraltar en algunos de los marcos propios de la Unión, y que, de conformidad con la posición y resoluciones de las instituciones europeas, ya desde 2017, España tiene que participar en la adopción de los Acuerdos correspondientes entre UE y Reino Unido, en todo lo que afecte a Gibraltar, y en su status *post-Brexit*, en relación con la UE.

De todo ello, va a versar el contenido del trabajo que sucede a esta parte introductoria, y que se ha elaborado, de manera principal, con el esfuerzo y dedicación de mi estimado Pascual Martín Gallardo.

En todo caso, y antes del desarrollo específico del estudio realizado, queremos dejar sentadas las siguientes consideraciones analíticas sobre la materia:

Quedará de manifiesto en el presente trabajo la relevancia de la cuestión de Gibraltar en el marco de la política española, como un elemento constantemente presente en las estrategias internacionales de España, en su apuesta por la defensa de nuestra integridad territorial, pero también, en que el controvertido asunto no interfiriera de manera grave en nuestras relaciones con un Estado que, a pesar de muchas vicisitudes vividas en el tiempo[3] , no deja de ser un aliado en el bloque político y geoestratégico, del que los dos países formamos parte.

---

[2] De referencia imprescindible son las resoluciones en la materia, de 1965, de 1967 y de 1968, que serán analizadas en el presente trabajo: la primera, en 1965, Resolución 2070 de la XX AGNU, en la que se invita a ambos gobiernos a mantener conversaciones; la segunda, en 1967, Resolución 2353, de la XXII AGNU "establece que toda situación colonial que destruya parcial o totalmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas", en relación con la Resolución 1514 XV AGNU sobre descolonización en general; en la tercera, en 1968, se pedía al Reino Unido que pusiese fin a la situación colonial en Gibraltar, Resolución 2429 de la XXIII AGNU.

[3] Indudablemente, no estamos en los tiempos de Emilio Castelar –el gran orador español del siglo XIX, y uno de los presidentes de la I República española-, cuando afirmaba que "Inglaterra no puede ser nuestra aliada mientras posea Gibraltar".

Por otra parte, es ineludible tener presente que ese socio OTAN (y hasta hace muy poco tiempo, socio UE) sigue siendo una potencia política, económica, y militar relevante en el mundo[4], y por eso, mantiene una capacidad de influencia, también en este tiempo de cuestiones en el ámbito de controversias territoriales.

Como es sabido, el asunto de Gibraltar, en la España contemporánea, está conectado a una serie de elementos que van más allá de la exigencia de la reintegración territorial, como la situación de los miles de españoles de la zona que trabajan en la colonia británica, la situación socio-económica de la zona del "campo de Gibraltar", la cuestión de la permanencia o no de la Verja fronteriza, la extensión y uso del aeropuerto, a los pies del Peñón, o la expansión del dominio británico sobre el espacio marítimo adyacente, que es considerado, desde instancias españolas, como "apropiación de aguas territoriales españolas". Son, pues, múltiples los elementos presentes; entre otros, también, los que se refieren a la interferencia de esta controversia en las relaciones hispano-británicas, la incidencia del asunto en el marco del *Brexit*, la decisión del Reino Unido de salir de la Unión Europea, y las negociaciones, no agotadas en la fecha presente, acerca del status que ha de tener el enclave gibraltareño, en cuanto a sus relaciones con el espacio económico-financiero europeo, y en relación a la frontera con España, que es lo mismo que decir la frontera con la UE.

En todo caso, cualquier aproximación al asunto de Gibraltar, ha de partir de que se trata de un territorio situado en la Península Ibérica, que a nivel terrestre solo tiene conexión con territorio español, que fue arrebatada por la fuerza, y mediante una actuación traicionera (aunque luego elevada a un tratado), que presenta peculiaridades en cuanto a su situación jurídica dentro del contexto internacional, que ha sido objeto de permanente reivindicación

[4] No cabe duda de que hay también razones para argumentar que la posición británica ya no es tan preponderante en el escenario internacional, como sí lo era en otros momentos históricos; incluso, se ha hablado de una cierta decadencia de británica en el mundo; y seguramente, lo aparatoso del hecho mismo del *Brexit*, la división y dudas existentes al respecto en la misma sociedad británica, y los efectos económicos y comerciales que todo ello ha provocado en el crecimiento y la prosperidad socio-económicas en el seno del Reino Unido, están dando la impresión, bastante generalizada en el escenario internacional, coincidente en los términos que estamos reseñando. A ello, ha contribuido, de manera destacada, los problemas, y "flecos", en el Acuerdo sobre Irlanda del Norte, la frustración extendida en Escocia, respecto a la salida de la Unión Europea, la sensación (surgida de numerosos estudios sociológicos) de un sentimiento mayoritario entre la juventud británica de aspirar a regresar a las instituciones europeas, y por qué no decirlo, a la sorpresa de que un asunto, aparentemente menor como Gibraltar (eso, mirado desde una perspectiva global; aunque para España, sí que es muy relevante) no se haya podido resolver con un acuerdo temprano, sencillo, y asumible perfectamente por todas las partes.

española, y con respaldo histórico de Naciones Unidas, y con singular tratamiento en el seno de la Unión Europea. Catalogado por las Naciones Unidas como un territorio no autónomo pendiente de descolonizar, aunque con las peculiaridades tales que se presentan en la doctrina consolidada de la ONU, y, en concreto, en su Resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960[5], Gibraltar supone hoy en día un territorio muy característico desde el punto de vista jurídico-político, y desde el punto de vista económico.

A lo largo del presente estudio se van a ir tratando numerosos aspectos, sobre todo de índole económica, que conforman la situación de Gibraltar. En primer lugar, veremos la posible aplicabilidad, y en qué circunstancias, de los tratados internacionales al territorio de Gibraltar, y de la llamada "cláusula colonial"[6] , así cómo pueden afectar las consecuencias derivadas del *Brexit* al propio status de Gibraltar en el campo internacional, y en el campo de la Unión.

Por otra parte, sobre el encaje jurídico y, sobre todo, económico de Gibraltar en la Unión Europea, en la que se van a tratar temas tales como el régimen jurídico especial que ostenta Gibraltar, la Unión Aduanera, libre circulación de personas y los controles de la Verja, el tema de la fiscalidad o la política agraria común (PAC), todos estos temas tratados, desde el punto de vista de la aplicación de los preceptos comunitarios que lo regulan al territorio gibraltareño. Por último, en relación a lo anterior, trataremos el tema de la economía gibraltareña donde nos centraremos en dos ejes fundamentales: el primero, la construcción del centro financiero en Gibraltar[7] , y la situación de la frontera con el Reino de España.

En consecuencia, a lo largo del trabajo de investigación lo que se busca es plantear el problema de Gibraltar y sus antecedentes e ir desgranando su encaje

---

[5] La postura de las Organización de las Naciones Unidas en este aspecto es clara: considera a Gibraltar como un Territorio No Autónomo tal y como se establece en el Comité de los 24, y cuya fórmula para encauzar el conflicto no pasa por el reconocimiento a sus habitantes del derecho de libre autodeterminación de los pueblos reconocidos en normas internacionales, sino en una reintegración del territorio (Gibraltar) en el Reino España, potencia que vio mermada su integridad territorial, mediante la negociación de ambos países, España y Reino Unido. Si bien es cierto que el criterio general seguido por la Organización de las Naciones Unidas ha sido la de complementar o aunar los conceptos de descolonización y autodeterminación de los pueblos, en el caso de Gibraltar su postura es distinta, vinculando la solución a las negociaciones bilaterales entre los dos Estados implicados y entrando en juego el principio de integridad territorial.

[6] Va a tener importancia el artículo 29 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.

[7] En dicho apartado veremos la clara transformación que ha sufrido el territorio de Gibraltar desde su entrada en las antiguas Comunidades Europeas, pero sobre todo desde la apertura de la Verja, haciendo especial hincapié en el tema de su laxa fiscalidad, y cómo afecta a la defensa de la competencia o el sistema de ayudas de Estado, y su prohibición por la normativa de la UE.

jurídico-económico dentro de la Unión Europea, además de destacar qué consecuencias puede tener el *Brexit* en todo ello.

II. INTRODUCCIÓN

En cuanto a las negociaciones entre la UE y el Reino Unido, en la parcela concerniente con Gibraltar (que incluye la participación de España, como dejó fijado en su día el propio Consejo Europeo), no está siendo fácil; la mejor prueba es la realidad de los últimos años que han transcurrido, sin que el acuerdo final al respecto se haya podido producir: sea el uso del aeropuerto, la presencia de agentes de FRONTEX en los controles de frontera, el estatus final de los trabajadores, el libre acceso al espacio Schengen, algunos detalles que afectan a las operaciones financieras en Gibraltar... Son, pues, muchos detalles los que han sido abordados en las múltiples reuniones celebradas, a varias bandas[8] .

Ciertamente, en algún momento, ha estado contemplada la posibilidad de haber configurado, siquiera aplicando una cierta "ficción jurídica", una determinada soberanía compartida, siendo esta idea sostenida por España en los primeros pasos del Brexit, y no mal vista en algunas instancias europeas. No obstante, también son comprensibles las reservas británicas, puesto que siempre las autoridades británicas, las gibraltareñas, y una parte importante de la Cámara de los Comunes, han insistido regularmente en que el aspecto de la soberanía era una "línea roja" para ellos[9].

De otro lado, se ha mantenido en el tiempo la idea de la "prosperidad compartida", en el conjunto del campo de Gibraltar, en el sentido de conseguir un aprovechamiento mutuo de las oportunidades, a un lado y otro del paso fronterizo. En efecto, como no puede hablarse de soberanía compartida, se ha quedado solamente en usar un término como el de conformar una Zona de prosperidad compartida, para referirse a la generación de beneficios tanto en la ciudad de Gibraltar, como en la comarca española colindante, en cuanto a los efectos

[8] Recordemos que además de los representantes británicos, y de la Comisión Europea, está la representación española, y el añadido de representantes del gobierno gibraltareño, que también han aparecido en las mesas de negociaciones, y en encuentros bilaterales y multilaterales celebrados.
[9] Seguramente, dos momentos de cierta duda en la parte británica fueron a primeros de siglo XXI, en algunas conversaciones entre los dos gobiernos, en una etapa de íntimas relaciones entabladas por los dos jefes de gobierno; y en los primeros momentos del Brexit, cuando, tras la sorpresa inicial por el resultado del referéndum –y al comprobar la rotunda opción de la población gibraltareña por la permanencia en la UE-, se buscaban soluciones ingeniosas para mantener a Gibraltar conectada con la Unión, aunque el Reino Unido dejara de ser Estado miembro.

positivos de una normalización de los lazos económicos, tanto en lo referente al empleo, como en otras derivas socio-económicas.

De otra parte, como quedará también evidenciado en el desarrollo del presente trabajo, la posición española ha estado condicionada por los intereses de la zona del campo de Gibraltar, la realidad de los miles de trabajadores que acuden a diario a desarrollar su tarea, y la conveniencia, por tanto, de facilitar el tránsito fronterizo.

Sea como fuere, en momento alguno, no puede olvidarse, a nuestro juicio, la defensa de los intereses de España, en relación con el contencioso de Gibraltar, en sus planos políticos y territoriales, en la firmeza de la reivindicación, de conformidad con los criterios establecidos en Naciones Unidas; en la radical preservación de las aguas territoriales españolas, y en todo lo que suponga no menoscabar la posición española, no ya ante las autoridades británicas (incluyendo al gobierno local gibraltareño); sino también, para poder condicionar, y -en la medida de lo posible- determinar los posicionamientos en el seno de las instituciones europeas, y generar e influir en las perspectivas correspondientes, ante la atención de terceros países, y demás organizaciones internacionales.

En este contexto, cabe sostener que los efectos del *Brexit*, a la hora de su articulación jurídica, distan de estar desplegados en su totalidad, y por tanto, como queda evidenciado, el proceso de implantación de ese hecho histórico está siendo marcadamente lento, y, seguramente, se irá prolongando en estos próximos años.

La primera aplicación del artículo 50 del *Tratado de la Unión Europea*, activada por el Reino Unido, es decir, su salida de la UE, materializada en 2020, ha tenido tres efectos principales:

- la ausencia de un socio muy relevante para la Unión (de manera indudable, en los campos económico, financiero, de fortaleza exterior, de seguridad –aunque, este último, matizado por la alianza dentro de la OTAN-), aunque siempre socio incómodo, desde su incorporación al proceso comunitario europeo en 1973.

- en el ámbito específicamente británico, unos efectos de carácter social y económico, que poco a poco van adquiriendo unas dimensiones más aproximadas, con perfiles positivos, pero también negativos (lo que está llevando a que hoy un resultado en un eventual referéndum, podría tener como resultado, un sentido contrario).

- y en tercer lugar, unas consecuencias específicas, en una serie de

territorios sonde el Reino Unido se está jugando intereses de amplio alcance para el propio ser del conjunto del Estado: la situación histórico-política de Escocia, el difícil encaje de Irlanda del Norte en relación con el *Brexit,* y las implicaciones de las fronteras y las relaciones con la República de Irlanda; y , por supuesto, la peculiar situación de Gibraltar, que, aunque sigue manteniéndose como plaza de soberanía británica, no deja de ser un enclave anómalo en el conjunto del territorio europeo, un asunto pendiente en la carpeta de las descolonizaciones de Naciones Unidas, y finalmente, tras el *Brexit*, una cuestión a resolver, puesto que la retirada del RU de las estructuras de la Unión, deja a Gibraltar fuera del espacio económico común, y perjudica seriamente a su situación económico-financiera.

Como es sabido, son muchos los aspectos que afectan a la realidad de Gibraltar, de toda la zona española que rodea al viejo Enclave bajo soberanía británica. Y el acuerdo de relaciones UE_RU para ejecutar el *Brexit*, en lo que afecta a Gibraltar, tiene, desde el principio, una referencia a España[10].

La cuestión es que han sido ya diferentes documentos los que se han intercambiado los representantes de la UE, y los del RU presentes en la negociación, y donde, como queda dicho, está siendo determinante la posición de España, pues es la directamente interesada por las consecuencias del Acuerdo.

A lo largo del presente Análisis, donde mi estimado Pascual Martín Gallardo ha profundizado en los distintos aspectos objeto de negociación y discusión, podemos observar los puntos más sencillos de resolver, y algunos otros de más trascendencia, y delicados, para las partes, y por tanto, que está siendo centro de resistencias para alcanzar consensos en las materias sobre la mesa. Uno de ellos es la posible presencia de policías españoles en el marco del control de fronteras, factor que es rechazado por las autoridades británicas, por su relación con la cuestión de la soberanía. Y ahí es nuestro empeño en recordar la propuesta –frustrada- de usar aquella ficción jurídica" de una especie de Soberanía compartida entre Reino Unido y España para que Gibraltar se hubiera mantenido dentro de la UE, con todos los derechos [11], como, además fue la voluntad

[10] Desde 2018, en el sentido de que, en la concreción de acuerdos específicos, ha de participar España; no podría ser de otra manera: la frontera con Gibraltar es española, el uso o no uso de la Verja de separación en la frontera, el empleo de miles de ciudadanos españoles en la ciudad gibraltareña, la cuestión del control de la frontera, y la presencia de policías europeos (y españoles, pues), los regímenes aplicables en relación con el Mercado Único, con la libre circulación, y otros asuntos…

[11] Aquella propuesta, ya sugerida a partir de 2016, por el Ministro García Margallo, que representaba una cierta cosoberanía hispano-británica, lo que permitiría un estatus de Gibraltar dentro de la UE, la cooperación intensa entre Reino Unido y España en relación con el enclave gibraltareño, y, de

mayoritaria de los gibraltareños, en los resultados concretos del resultado del referéndum del Brexit.

En cualquier caso, son ya 4 años de negociaciones y casi una veintena de rondas de contactos entre las partes (esencialmente, el gobierno británico, y la representación de la UE, para concretar los aspectos de esa nueva relación respecto al territorio gibraltareño. Como he indicado, hay algunos aspectos que pueden estar retrasando los acuerdos: el estatus acerca del espacio Schengen, puesto que el Reino Unido no lo comparte, como es manifiesto; (y en este sentido, no es solamente, lo referente a la libre circulación, sino lo que queda afectado por el sistema de información Schengen, fundamental, en el intercambio de datos entre las autoridades, y fuerzas policiales europeas. La participación de agentes de la Frontex (Agencia Europea de Fronteras) es esencial en este capítulo, y la presencia de policías españoles en puerto y aeropuerto de Gibraltar, un factor tremendamente delicado para las autoridades gibraltareñas.

La cuestión de la fiscalidad tiene también aristas singulares, pues no afecta solamente al perímetro gibraltareño, sino a la zona fronteriza española, con las numerosas implicaciones que pudieran derivarse de cualquier régimen que quede concretado al respecto.

En cualquier caso, a la altura de octubre de 2024, se extiende la espera para

---

manera indudable, para España, la aparición, por primera vez en la historia de estos siglos, de una consideración de soberanía compartida, de tanta trascendencia histórica para la posición histórica española sobre el Peñón. Sin pretender apurar el asunto en este Prólogo introductorio, el contenido de la Propuesta planteada por el entonces Ministro de Exteriores se puede resumir en tres coordenadas: la cosoberanía hispano-británica, que permitiría que Gibraltar se incorporase al mercado interior, una desmantelación de la Verja, y tratar de garantizar una equiparación que los derechos de los españoles en el Peñón a los de los gibraltareños.
Se hablaba, incluso, una implicación interesante en la esfera de la defensa, abriendo la posibilidad de establecer una base conjunta entre Gibraltar y Rota, (impensable+ en la situación actual, por las implicaciones políticas, de extensión territorial de afectación de espacios marítimos y aéreos…).
La segunda coordenada ha de situarse en la aplicación del concepto jurídico de una "doble nacionalidad", la española y la británica (no hace falta destacar la relevancia jurídico-política de la cuestión, y sus repercusiones en el devenir histórico).
La tercera, se enmarcaba en el objetivo de configurar una zona económica especial que abarcase al Peñón, el Campo de Gibraltar y a Ceuta y Melilla con lo que no hubiera habido régimen discriminatorio para los pueblos de al lado, para toda la zona de influencia.
Dentro de esa consideración, y en relación con el artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, esta disposición establece que las disposiciones de los Tratados se aplicarán a los territorios cuya representación asuma un Estado miembro. Eso significa que, cualquier territorio bajo la responsabilidad exterior de un Estado miembro de la UE queda sujeto a las disposiciones de los Tratados de la misma. Es claro que cuando el Reino Unido formaba parte de la UE, Gibraltar estaba sujeto a las ventajas y compromisos de la UE; pero cuando el Reino Unido se va, Gibraltar sale de la Unión, está fuera de la misma, y la única forma de reingresar (o de quedarse dentro de alguna manera), era aceptar que España fuera "quien gestionase" sus relaciones exteriores.

llegar a un acuerdo[12], y, de paso, se suceden situaciones de cierto desconcierto, y de presión entre las partes[13].

III. ENCAJE DE GIBRALTAR EN LA UNIÓN EUROPEA

Dejando a un lado el encaje internacional y la posición de Gibraltar a la luz del Derecho Internacional Contemporáneo, debemos de centrarnos en el presente epígrafe en la posición que ocupa Gibraltar dentro de la Unión Europea.

III.1 Aplicabilidad de los Tratados Internacionales a Gibraltar

En primer lugar, el status colonial que ostenta Gibraltar hace necesario saber la aplicabilidad o no de ciertos tratados internacionales, sobre todo aquellos de índole internacional que se enmarquen dentro de los adoptados en las Instituciones de la Unión. El Convenio de Viena sobre Derechos de los Tratados del año 1969[14], en su artículo 29, establece el ámbito de aplicación territorial: "*Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo*"[15].

El citado precepto demuestra la primacía de aquellas cláusulas que las partes estipulen en los acuerdos internacionales sobre lo dispuesto en el Convenio de Viena, aplicándose de forma supletoria en el caso de que no se diga nada sobre el campo de aplicación territorial del tratado en cuestión. Esto último era una práctica frecuente utilizada en el pasado, y que se conocía con el nombre de

[12] El lunes 7 de octubre de 2024, aprovechando una comparecencia ante el Comité de Descolonización de Naciones Unidas, en Nueva York, e, ministro Principal de Gibraltar ha vuelto a apremiar a la necesidad de culminar las bases del consenso entre las partes, para firmar el Acuerdo final entre UE y el Reino Unido respecto a Gibraltar; eso sí, partiendo de la premisa de que no afecte, en ningún caso, a la cuestión de la soberanía: en ese sentido, ha insistido de la bondad del objetivo de crear, tanto en Gibraltar como en la zona de España próxima, conocida como el Campo de Gibraltar, una zona de 'prosperidad compartida' que aporte beneficios económicos mutuos. Y ha destacado los beneficios que cabe esperar para "ayudar a resolver los problemas cotidianos que tienen los habitantes de Gibraltar y la región circundante cuando quieren ver a miembros de sus familias, practicar deporte o asistir a escuelas en una u otra jurisdicción".

[13] En la semana de la Fiesta Nacional española, se han aplicado estrictos controles fronterizos en la Verja, ejercidos tanto por la Policía de Gibraltar, como por la Policía española, como claras maniobras de presión hacia a la otra parte, de cara a la posible consecución de los acuerdos que se reclaman.

[14] Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante CVDT), *https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-11884* (Consultado el 12 de julio de 2024).

[15] CVDT.

"*cláusula colonial*". Dicha cláusula permitía la aplicación de los tratados internacionales por extensión a los territorios que estuvieran bajo el dominio de la Metrópoli, argumentándose que, al carecer los mismos de personalidad jurídica para actuar en el campo internacional, debía de llevarse a cabo una asimilación. Sin embargo, ello genera una absoluta actitud facultativa del Estado colonizador, en virtud de la cual la aplicabilidad o no de determinados acuerdos internacionales, quedaría a su arbitrio y en función de los intereses de la propia Metrópoli.

Esta corriente defendida por un sector de la doctrina internacional, ha sido desechada por completo. Vale la pena mencionar la opinión de Antonio Remiro al respecto: "*como regla general, ha de entenderse que los tratados concluidos por un Estado no se extienden de pleno derecho a los territorios que, bajo su administración, no pertenecen a su soberanía y cuya condición jurídica está perfectamente diferenciada. Al elaborarse el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, la CDI se acogió conscientemente a una terminología que no pudiera asociarse con la interpretación contraria. De ahí que el artículo, refiriéndose a las partes, hable de su territorio y no del que sean internacionalmente responsables, aun no siéndoles propio*"[16].

Todo ello puede generar conflictos, pues las cláusulas coloniales se seguirán aplicando, en cierta medida, dentro del seno de la Unión Europea. También debemos de resaltar que las potencias coloniales tienen que respetar y cumplir las obligaciones derivadas del artículo 73 de la Carta de San Francisco[17], siendo

[16] REMIRO BROTONS, Antonio, et. ál. *Derecho Internacional*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

[17] "Los Miembros de las Naciones Unidas que tengan o asuman la responsabilidad de administrar territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio, reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios están por encima de todo, aceptan como un encargo sagrado la obligación de promover en todo lo posible, dentro del sistema de paz y de seguridad internacionales establecido por esta Carta, el bienestar de los habitantes de esos territorios, y asimismo se obligan: a. a asegurar, con el debido respeto a la cultura de los pueblos respectivos, su adelanto político, económico, social y educativo, el justo tratamiento de dichos pueblos y su protección contra todo abuso; b. a desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas, de acuerdo con las circunstancias especiales de cada territorio, de sus pueblos y de sus distintos grados de adelanto; c. a promover la paz y la seguridad internacionales; d. a promover medidas constructivas de desarrollo, estimular la investigación, y cooperar unos con otros y, cuando y donde fuere del caso, con organismos internacionales especializados, para conseguir la realización práctica de los propósitos de carácter social, económico y científico expresados en este Artículo; e. y a transmitir regularmente al Secretario General, a título informativo y dentro de los límites que la seguridad y consideraciones de orden constitucional requieran, la información estadística y de cualquier otra naturaleza técnica que verse sobre las condiciones económicas, sociales y educativas de los territorios por los cuales son respectivamente responsables, que no sean de los territorios a que se refieren los Capítulos XII y XIII de esta Carta". Carta de San Francisco. (en adelante CSF), *https://www.un.org/es/about-us/un-charter* (Consultado 15 de julio de 2024).

contrario la aplicación automática de cualquier tratado internacional en virtud de una cláusula colonial, pues dicha aplicación supondría un incumplimiento de algunas de las obligaciones derivadas del propio precepto.

Por último, conviene añadir que la maduración de esta tesis, que establecía que el territorio del Estado no incluye a aquellos bajo su administración, trajo el resurgimiento de nuevas formas de aplicación de la ya citada cláusula colonial, como puede ser la exclusión opcional a territorios no que estén bajo dominio de la Metrópoli o, la aplicación automática, siempre de común acuerdo con las otras partes de los tratados concernidos[18]. Estas nuevas formas de interpretación de la cláusula colonial permitirían, a la potencia colonial, la aplicación o exclusión de los tratados internacionales que dicho Estado se ha adherido, mediante la prestación de su consentimiento al territorio no autónomo, generando este acto unilateral efectos instantáneos, pues las demás partes del acuerdo internacional habrían prestado su conformidad con dicha disposición. Precisamente, este sería el mecanismo jurídico utilizado por el Reino Unido para la aplicación o no de tratados, acuerdos o convenios, suscrito por la UE, a Gibraltar.

III.2 Adhesión de Gibraltar a las antiguas Comunidades Europeas

Cada uno de los Estados que pertenecen a la actual Unión Europea tienen bajo su soberanía territorios que se encuentran fuera del área continental como es el caso de Portugal o España, que poseen archipiélagos o ciudades que se encuadran fuera de su geografía peninsular. Ello genera la necesidad de dotar a determinados países, como es el caso de España, de regímenes especiales, debido a la situación económica o geográfica. Un claro ejemplo lo encontramos en las Islas Canarias, en el que se tiene en cuenta su insularidad. Por tanto, se hace necesario una adaptación a estos territorios de la normativa de la Unión Europea, que tendrá en cuenta las peculiaridades de cada territorio insular o distante de la Península[19].

Sin embargo, las circunstancias destacadas en el anterior párrafo nada tienen que ver con la situación de otros Estados miembros que poseen territorios extraeuropeos o extracontinentales, cuya relación proviene de unión colonial previa. Ese fue el caso de algunos Estados miembros como Francia, que poseía territorio como Argelia, Departamentos de ultramar; Bélgica el Congo y Ruanda

[18] IZQUIERDO SANS, Cristina. *Gibraltar en la Unión Europea*, edit. Tecnos, Madrid, 1996, p. 118.
[19] Otro ejemplo lo encontramos en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

Burundi. Lo que muestra que, durante la década de los años 50[20], muchos países europeos tenían territorios fuera de las fronteras europeas. Aquí el problema que se planteaba era si los antiguos Tratados comunitarios (Tratado de París de 1951 y los Tratados de Roma de 1957) podrían aplicarse a esos territorios. La respuesta es que no, pues ampliar la aplicación de la normativa originaria de los tratados a los territorios extraeuropeos, supondría claras interferencias en los mismos, lo que hubiera supuesto un alejamiento de los objetivos que tenían marcado los países firmantes y reflejados en los tratados originarios. A ello se debe añadir el contexto de la propia descolonización de dichos territorios, donde las propias potencias preferían dirigir su política colonial de manera ajena al proceso de integración europeo.

Por otro lado, existen situaciones con otro tipo de territorios en el que las relaciones exteriores están en manos de alguno de los Estados miembros como sucede con Gibraltar.

En primer lugar, la adhesión de Gibraltar a las antiguas de las Comunidades Europeas se produce en 1973, año en el que entró en vigor el Acta de Adhesión de Dinamarca, Gran Bretaña e Irlanda de Norte a las Comunidades Europeas, que llevó a la integración de Gibraltar, *de facto*, al territorio comunitario y la aplicación de su ordenamiento jurídico.

Siguiendo la estela de lo dispuesto en el apartado anterior, la incorporación de este territorio no autónomo se produjo por la introducción de una cláusula colonial a través del artículo 227.4 del antiguo Tratado de Roma sobre la CEE, además de los artículos 79 del antiguo Tratado CECA y el artículo 198 TCEEA (actualmente el artículo 355 TFUE)[21], en virtud de los cuales se había previsto, con idéntica redacción, la posibilidad de incorporar a las Comunidades Europeas de aquellos "territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro", pudiendo reconocer una versión actualizada de la cláusula colonial[22]. El actual artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece la posibilidad de extender la aplicación de los Tratados de la Unión Europea a aquellos territorios que dependen de un Estado de la UE. Ello

[20] Durante esta década comienza el proceso de integración de las antiguas Comunidades Europeas, con proyectos iniciales como el Plan Schuman.
[21] Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/treaty-on-the-functioning-of-the-european-union.html (Consultado el 20 de julio de 2024).
[22] ANTÓN GUARDIOLA, Carmen, *Gibraltar: un desafío para la Unión Europea*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p.116.

conlleva a la existencia de un estatuto jurídico especial para Gibraltar dentro de la Unión y la aceptación, por parte de los Estados miembros, de lo dispuesto en el artículo 29 del Convenio de Viena en su inciso final: "*...salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo*"[23].

Merece la pena mencionar que durante las negociaciones para la adhesión de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a las Comunidades Europeas se debatió punto por punto la inclusión o no de los distintos territorios bajo soberanía británica donde, por ejemplo, las zonas bajo soberanía inglesa en Chipre quedaron excluidas de la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

En las negociaciones sobre Gibraltar estuvieron presente las condiciones del enclave, y su situación socio-económica; de ahí que se aplicase un régimen especial. El artículo 28 del Acta de Adhesión[24] establecía que no era de aplicación a Gibraltar aquellas normas relativas a la PAC, materia fiscal y de armonización de tributos, entre otros. Asimismo, Gibraltar quedaba excluida de la integración en la Unión Aduanera. A esto último. cabe añadir la modulación de ciertos aspectos normativas comunitarios al Reino Unido que, en cierto modo, va a incidir sobre Gibraltar. Un ejemplo claro es la no participación y adhesión a la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, no adoptando el Reino Unido el euro como moneda, cosa que incidió en Gibraltar, pues seguía utilizando la libra como moneda de curso legal. Esta flexibilización de la normativa europea va a tener consecuencias negativas para los municipios alrededor de Gibraltar.

En consecuencia, los problemas que nacen con la dotación de un régimen especial a Gibraltar tienen una importante magnitud y una serie de interrogantes: ¿Qué implicaciones tiene el régimen especial para Gibraltar? ¿Qué adecuación jurídica puede tener para la Unión Europea un territorio catalogado como enclave colonial?

III.3 Régimen jurídico especial aplicable a Gibraltar

Como ya hemos puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, Gibraltar se integró en la Unión Europa mediante el artículo 355.3 del TFUE[25], por el cual

[23] CVDT.
[24] Acta de Adhesión de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido (1972), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:11972B/TXT (Consultado 21 de julio de 2024).
[25] TFUE.

los tratados de la UE se aplicarán a aquellos territorios cuyas relaciones exteriores estén dirigidas por algún Estado miembro. En ningún momento, la actual Unión Europea hizo mención alguna al enclave, dedicándose únicamente a introducir esta cláusula en su ordenamiento jurídico. Esta situación hizo que se considerara a la población gibraltareña como ciudadanos británicos, lo que les permitía gozar de los beneficios de ser ciudadanos comunitarios. A tales efectos, se hacía una dicotomía, en virtud de la cual se producía la adhesión de Gibraltar, en su categoría de territorio no autónomo, y cuyas relaciones exteriores dependían de Reino Unido, y, a su vez, se asimilaba a los ciudadanos gibraltareños como británicos, lo que permitía la aplicación del Derecho Comunitario. En la opinión manifestada por Antón Guardiola: "*De esta manera, se llevó a cabo una aplicación de la distinción entre la soberanía territorial y la soberanía personal…*"[26], lo que permitió tal distinción.

La integración de Gibraltar al entorno europeo se fraguaba como una posibilidad, es decir, la actual Unión Europea, desde sus inicios, habilitó la posibilidad, no solo para Gibraltar, de la adhesión de territorios extracontinentales que estuvieran bajo la guardia de un Estado miembro. Siempre se mantuvo como una opción y no como imposición, aunque las características de determinados territorios hacían necesaria su adhesión a la UE y la dotación de un ordenamiento jurídico especial mediante el artículo 355.3 del TFUE[27]. Precisamente, las condiciones de Gibraltar hicieron necesario este régimen jurídico, fundamentándose en la llamada *discriminación negativa*. Esta última se basa en un tratamiento diferenciado de un territorio. Este argumento fue una constante tanto del Reino Unido como del Gobierno de Gibraltar, para que la Unión Europea tuviera en cuenta las peculiaridades del enclave para su inclusión dentro de esta organización internacional.

Es cierto que las circunstancias económicas y sociales del Gibraltar suponían una dificultad a la hora de la aplicar el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Por regla general, el Derecho de la Unión se integra en los ordenamientos jurídicos nacionales, adaptándose este último al primero en aplicación del principio de primacía del ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, como ya hemos destacado, Gibraltar instó de manera constante una adecuación del Derecho Comunitario a sus situaciones particulares. La modificación de las

[26] ANTÓN GUARDIOLA, Carmen. *Gibraltar: un desafío para la Unión Europea*, p. 132, op. cit.
[27] Este precepto, como ya se ha venido mencionando, permite dotar de un régimen jurídico a determinados territorios, teniendo en cuenta las circunstancias económicas, sociales, geográficas que estos territorios poseen.

reglas comunitarias tiene como objetivo el cumplimiento de las obligaciones marcadas en el artículo 73 de la Carta de San Francisco.

Para el análisis del régimen especial que ostenta el Peñón de Gibraltar debemos partir del Acta de Adhesión del Reino Unido e Irlanda de Norte a las antiguas Comunidades Europeas, en concreto los artículos 28 y siguientes. El contenido del Acta en relación a este régimen dispone la exclusión de Gibraltar: en primer lugar, de la normativa referente a la Política Agraria Común, de las armonizaciones existentes en materia de tributación indirecta (IVA).

En segundo lugar, y en la misma línea, Gibraltar no forma parte del territorio aduanero común, por cuanto se modifica el ámbito de aplicación del Reglamento CEE número 1496/68 del Consejo, de 27 de septiembre de 1968[28], que definía el territorio aduanero común[29].

III.3.1 La Unión Aduanera

En primer lugar, se entiende por *Unión Aduanera* un área de libre comercio que impone una tarifa común a las mercancías exteriores que entran dentro del territorio de la Unión Europea. Para ello, la Unión Europea negocia, como una sola entidad, con terceros países, con los que llega a acuerdos[30].

Por otro lado, una vez definido lo que es la Unión Aduanera, debemos de hablar sobre el campo de actuación en el que opera[31], donde el mismo viene

---

[28] El Reglamento mencionado fue derogado, siendo en la actualidad el Reglamento (UE) N.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de octubre de 2013 por el que se establece el código aduanero de la Unión. Reglamento (UE) N.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece el código aduanero de la Unión Europea (en adelante RCAUE), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32013R0952 (Consultado el 25 de julio de 2024).

[29] IZQUIERDO SANS, Cristina. *Gibraltar en la Unión Europea*, p. 141, op. cit.

[30] Así por ejemplo encontramos algunos acuerdos internacionales de la Unión Europea, en esta materia, con Turquía, el Estado de Mónaco o Andorra.

[31] En primer lugar, la Unión Aduanera en la propia Unión Europea constituye uno de los cimientos principales de la misma. Entró en vigor en el año 1968 (etapa de la Comunidad Económica Europea), y supuso la eliminación de fronteras interiores al comercio para las mercancías que se intercambian entre los Estados miembros. Su regulación, en la actualidad, se encuentra en el artículo 28 del Tratado de Funcionamiento UE en el que se fija los criterios de esa Unión Aduanera: "1. La Unión comprenderá una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países".

2. "Las disposiciones del artículo 30 y las del capítulo 3 del presente título se aplicarán a los productos originarios de los Estados miembros y a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en libre práctica en los Estados miembros". Primeramente, se establece la eliminación

fijado por el artículo 4 del Reglamento (UE) N.º 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de octubre de 2013[32].

Las consecuencias directas de la exclusión de Gibraltar del territorio aduanero europeo es el mantenimiento de los derechos de aduanas que el Gobierno de Gibraltar establezca, lo que se traduce en que cualquier mercancía o producto que proceda de la Unión Europea (importación) será gravada con un impuesto de aduanas determinado y, por el contrario, aquellas mercancías que procedan de Gibraltar, que entren en el territorio de la Unión Europea, tendrán el mismo trato jurídico que las mercancías procedentes de terceros Estados (exportaciones), gravándose con derechos de aduana, por lo que excluye a estos productos del régimen de libre circulación. Por otra parte, la no aplicación del actual arancel aduanero común, que se aplica a los intercambios de mercancías con terceros países[33].

III.3.2 La libre circulación de mercancías y su aplicabilidad a Gibraltar

Sin duda, la Unión Aduanera va mucho más allá del solo objetivo de la libre circulación de mercancías, es decir, la eliminación de barreras internas, y de fronteras entre los Estados miembros, que impidan el correcto tránsito de mercancías dentro del propio mercado interior. El TFUE hace referencia a la prohibición de restricciones cuantitativas entre los Estados miembros, que regulan

---

o prohibición de aduanas a la importación y exportación de productos dentro de los intercambios de mercancías entre los Estados miembros, además de la implementación del denominado Arancel Integrado de las Comunidades Europeas (TARIC) aplicado a terceros países. En cuanto a las mercancías circulan libremente dentro del mercado de la Unión, a las mismas se garantiza la aplicación uniforme de la normativa sobre el mercado europeo interior y sin la imposición de aranceles de ningún tipo.

[32] "1. El territorio aduanero de la Unión comprenderá los territorios siguientes, incluidos su mar territorial, sus aguas interiores y su espacio aéreo… el territorio del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de las Islas Anglonormandas y de la Isla de Man". Del propio precepto se desprende claramente la exclusión implícita del Peñón de Gibraltar del territorio aduanero, y, por tanto, de la aplicación de su normativa, lo cual tiene importantes consecuencias prácticas para la Roca y su situación dentro de la Unión. En definitiva, Gibraltar no forma parte del territorio aduanero común, tal y como se dispuso en el Anexo I del Acta de Adhesión, por la cual se alteró el ámbito de aplicación territorial del antiguo Reglamento CEE núm. 1496/68 del Consejo, de 27 de septiembre de 1968, así como la aplicación de las restricciones a las importaciones y exportaciones considerándose a Gibraltar, a efectos de política comercial, como tercer Estado. RCAUE.

[33] De dichas disposiciones se desprende que la situación de Gibraltar, por lo que respecta a los intercambios de mercancías, tanto con los Estados miembros como con países terceros, sigue siendo la misma que antes de la adhesión, es decir análoga a la de un país tercero. Por tanto, los productos procedentes de terceros países que entren en Gibraltar, pese a entrar en territorio comunitario, no serán gravados con el Arancel Aduanero Común, sino con los derechos arancelarios propios de Gibraltar.

todas aquellas actuaciones o medidas que los Estados miembros tienen prohibidas aplicar a las exportaciones e importaciones, y que puedan suponer una clara restricción dentro del mercado comunitario.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si tales prohibiciones, expresadas en el Tratado de Funcionamiento, son o no de aplicación sobre el territorio gibraltareño, puesto que, dentro del ámbito de aplicación de la Unión Aduanera, Gibraltar ha quedado excluido. La respuesta que debemos de plantear es algo compleja, donde hay que tener en cuenta una serie de consideraciones iniciales antes de saber si son aplicables tales preceptos mencionados a Gibraltar[34].

Por otra parte, en la medida en que el territorio aduanero de la Unión y su territorio político no coinciden, a un territorio comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 355, pero que no forme parte del territorio aduanero de la Unión, aunque no se le apliquen las disposiciones sobre la Unión Aduanera, se le podrían aplicar las disposiciones de los artículos 34 al 37 TFUE[35].

Pero lo cierto es que tampoco son de aplicación tales preceptos citados con anterioridad, habida cuenta de que no cumplen con los criterios establecidos en el concepto de "*mercancía comunitaria*" recogido en el artículo 4.7 del TFUE[36].

En consecuencia, todos los productos, mercancías o bienes que se reciban, o que entren desde Gibraltar al territorio aduanero-comunitario, deben ser gravados con el impuesto aduanero comunitario existente, lo que se materializa en que todos los intercambios comerciales, entre la Unión Europa y Gibraltar, se consideran extracomunitarios. Además, debemos de citar, que Gibraltar se considera, a efectos comerciales, como un tercer Estado, lo que viene a reafirmar la no aplicabilidad de los artículos 34 al 37 del TFUE.

Por ende, la exclusión de este enclave de la zona aduanera lleva consigo la no aplicación de los preceptos relativos a la libre circulación de mercancías.

---

[34] La propia aplicabilidad de la libre circulación de mercancías al Peñón requiere del cumplimiento de determinadas condiciones o requisitos: de un lado, la eliminación de los derechos de aduana y la aplicación del arancel aduanero comunitario, y, por otro lado, la aplicación de los preceptos recogidos en el citado Capítulo III.

[35] ANTÓN GUARDIOLA, Carmen. *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, p. 148, op. cit.

[36] Se considera "mercancías comunitarias" aquellos productos que se reciban dentro del territorio de la Unión Aduanera bajo los términos establecidos en los artículos 28 y 29 del TFUE, por lo que llegamos a la conclusión que las mercancías procedentes en Gibraltar no se pueden considerar como "mercancías comunitarias" puesto que el Peñón se encuentra fuera del territorio de la Unión Aduanera.

III.3.3 Normativa del mercado interior con respecto a Gibraltar

Un tercer aspecto que debemos de tratar es el de la normativa europea armonizada aplicable al mercado interior[37], donde debemos de destacar las cuatro libertades comunitarias que rigen ese mercado comunitario. En el territorio gibraltareño son de aplicación la libre circulación de personas, servicios y capitales. Por lo que hace a la libre circulación de mercancías, su no aplicación a Gibraltar hace que nos preguntemos sobre la posible extensión o no de las Directivas sobre el mercado interior, y el levantamiento de cualquier tipo de restricción a la libre circulación de mercancías[38].

En efecto, casi siempre el origen de los obstáculos a la libre circulación de mercancías se encuentra en la disparidad de las disposiciones legales adoptadas por los Estados miembros, reguladoras de las condiciones de producción y comercialización de los productos. Cada una de ellas establece sus propios requisitos de forma, peso, etiquetado, duración, etc., con un claro carácter proteccionista de la producción nacional frente a las importaciones. Estas reglamentaciones comerciales entran dentro del concepto de "*medida de efecto equivalente*" proporcionado por el TJCE en el asunto *Dassonville*[39], de manera que hay que considerar que las normas adoptadas sobre la base de los artículos 114 y 115, para armonizar las legislaciones comerciales de los Estados miembros, en la medida en que tengan como objetivo la prevención de medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas en los intercambios intracomunitarios tienen como finalidad contribuir al cumplimiento de los artículos 34 a 37 TFUE relativos a la libre circulación de mercancías[40]. Por ello, aunque Gibraltar no está excluido, de manera explícita, de la aplicación de los artículos 114 y 115 TFUE, la finalidad de estos preceptos es la de lograr la plena eficacia de la libertad de mercancías.

III.3.4 Libre circulación de personas y los controles en la verja

Existen dos tipos de controles fronterizos sobre el tránsito de personas por

[37] Cuyo objetivo principal es evitar normativas nacionales divergentes sobre materias que versan sobre el mercado interior.
[38] Artículos 114 y 115 TFUE.
[39] STJCE de 11 de julio de 1974 (ECLI:EU:C: 1974:82). El contenido de esta sentencia tiene que ver unos comerciantes que adquirieron unos lotes de Scoth whisky que se encontraba en libre práctica en Francia, y que lo importaron a Bélgica, sin tener el correspondiente certificado de denominación de origen expedido por la autoridad aduanera correspondiente.
[40] ANTÓN GUARDIOLA, Carmen. *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, p. 151, op. cit.

la Roca: por un lado, la identificación de las personas que transitas por la Verja y, por otro lado, los controles fiscales.

En primer lugar, en los controles sobre el tránsito de personas identificamos dos aspectos: la propia persona y los objetos que transporta. En relación a los objetos que porta la persona, se realizan los controles oportunos pues, como ya se ha analizado en los apartados anteriores, Gibraltar queda fuera de la Unión Aduanera, y por tanto, no se aplica la normativa comunitaria en lo que concierne al libre tránsito de mercancías. En segundo lugar, en lo que respecta al libre tránsito de personas y su identificación decir que Gibraltar no forma parte del Espacio Schengen. Por ello, la integración en este acuerdo internacional del Reino Unido no afectó a la permanencia de la frontera entre España y Gibraltar, al no formar parte este último de dicho espacio[41].

En definitiva, se realizan los controles fronterizos rutinarios por las autoridades españolas y gibraltareñas sobre el tránsito constante de personas, sobre todo trabajadores, que cruzan diariamente a Gibraltar.

IV. LA FISCALIDAD EN GIBRALTAR[42]

El fundamento jurídico utilizado para actuar sobre la imposición directa es el artículo 115 TFUE[43] (antes 94 TCE), que tiene un carácter mucho más general, al referirse a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que incidan en el mercado común[44]. Sin embargo, las disposiciones sobre imposición societaria aparecen dispersas, inconexas y carecen de una estrategia de conjunto que permita dar coherencia al Derecho fiscal de la Unión[45]. Ello nos lleva

[41] Dicha cuestión se está poniendo de manifiesto en la actualidad con los acuerdos que se deben alcanzar al respecto de Gibraltar por la salida del Reino Unido de la UE, y la necesidad de buscar un encaje jurídico a la Roca que no suponga la aplicabilidad de un Brexit duro.

[42] La fiscalidad directa el Derecho comunitario no ha hecho grandes avances, pues los Estados miembros tienen plenas competencias para proceder a la regulación y establecimiento de su sistema fiscal, por lo que, en el ámbito de la imposición directa, la Unión Europea no han llevado a cabo grandes procedimientos de armonización. Ahora bien, eso no quiere decir que la normativa fiscal no tenga que adecuarse a las exigencias del Derecho comunitario, sobre todo en lo que concierne a la libertad de establecimiento de la empresa y la libre circulación de capitales.

[43] "Sin perjuicio del artículo 114, el Consejo adoptará, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior". TFUE.

[44] ANTÓN GUARDIOLA, Carmen, *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, p. 167, op. cit.

[45] HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel. "Derecho fiscal comunitario", en *Derecho Comunitario Material*, (Coords.

a la conclusión de que las competencias siguen siendo al cien por cien de los Estados miembros, y, por tanto, dichos Estados siguen siendo soberanos para legislar sobre esta materia.

En materia de fiscalidad directa, a Gibraltar si le es aplicable este tipo de normativa europea, pero con matices, pues en el ámbito de la fiscalidad sobre las empresas la legislación comunitaria lo excluye expresamente. Así lo establece tanto la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, como la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades (fusiones)[46]. Ambas normas sobre constitución de sociedades establecen, según su propia redacción, que la propia constitución de las empresas gibraltareñas será acorde a su propia legislación, y no bajo la normativa del Reino Unido. En consecuencia, el territorio gibraltareño tiene su propia normativa societaria y su propia fiscalidad sobre empresas. Así, la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, por ejemplo, si ha sido adoptada en Gibraltar, aunque a juicio de la doctrina, a través de la adopción de la legislación sobre *holding* de 1992[47].

Otra cuestión son los distintos regímenes impositivos existentes en los Estados miembros, sobre todo, al tipo de gravamen aplicable en el Impuesto de Sociedades. En este impuesto, cada Estado dispone de libertad para establecer los tipos que estimen conveniente. Esta situación ha hecho de Gibraltar un verdadero paraíso fiscal, pues su baja fiscalidad, ocasiona que numerosas empresas extranjeras se hayan instalado en el Peñón.

Tales circunstancias hacen que la Unión Europea trabaje constantemente para la erradicación de los paraísos fiscales intracomunitarios, mediante varios mecanismos jurídicos, como el Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, y otro, el régimen de ayudas públicas de Estado[48].

Manuel López Escudero y José Martín y Pérez de Nanclares), edit. McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2000, p. 254.

[46] Artículos 2 a) y c) y artículo 3 a) y c) respectivamente.

[47] ANTÓN GUARDIOLA, Carmen, *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, p. 168, op. cit.

[48] La Comisión Europea es la encargada de vigilar el correcto funcionamiento del mercado, y es por ello que posee potestades para ejercer un control sobre el régimen de ayudas públicas a través de la apertura de numerosos procedimientos de vigilancia y fiscalización, cuestión que trataremos con posterioridad.

En lo que concerniente al *holding* de empresas gibraltareñas la Comisión ha procedido al análisis de su situación, y la actuación del Reino Unido ha quedado reducida a una mera presentación de una

Por las razones antes mencionadas, podemos afirmar que Gibraltar posee un verdadero poder tributario, donde las sociedades que están instaladas en Gibraltar, no están sujetas al Impuesto de Sociedades británico, sino al gibraltareño, aplicando unos tipos mucho más bajo, convirtiendo a Gibraltar en un verdadero centro financiero, cuestión que también se tratará con posterioridad.

IV.1 La Política Agraria Común

La PAC[49] se centra en el establecimiento de medidas para una política de regulación de precios y mercados, donde las mismas han ido dando sus frutos[50].

Además, la PAC también pretende defender los intereses de los consumidores y productores del sector dentro de la UE. Los primeros se benefician de la regulación de la oferta y la demanda, que permite estabilizar los precios mediante medidas como la compra de excesos de producción. En cuanto a los productores, la PAC ofrece ayudas directas y financiación para proyectos de desarrollo de economía rural. Por último, la PAC también tiene como objetivo la protección del medio ambiente fomentando una producción sostenible en la que se utilicen los recursos naturales de forma prudente y se proteja la biodiversidad, prohibiendo la utilización de productos químicos que puedan perjudicar el medio ambiente.

En cuanto a su regulación, la PAC viene establecida en los artículos 38 al 44 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[51]. El primer precepto, el artículo 38 viene a establecernos el campo de aplicación que va a tener en el mercado interior, dando una descripción de los sectores que van a formar parte de dicho mercado. El artículo 39 del TFUE establece los objetivos de la política

propuesta de reforma fiscal ante la Comisión Europea. Aunque dicho proyecto establece una incierta compatibilidad con el régimen de ayudas de Estado regulado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

[49] La Política Agraria Común es la política de la Unión Europea para el sector agrícola, que tiene por objeto la coordinación de las políticas agrícolas de todos los Estados miembros dentro de un mercado común, y proteger a un sector vulnerable de factores externos como las temporadas de cosecha o el clima, en el que una de las principales líneas de trabajo es fomentar la productividad, mediante mejoras técnicas para asegurar la producción y abastecimiento de todos los países europeos. Véase el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación-PAC; *https://www.mapa.gob.es/es/pac/default.aspx-*

[50] La Política Agraria Común nace en un entorno de escasez alimentaria derivada de la Segunda Guerra Mundial, lo que justificó el establecimiento de una política intervencionista y productiva, con el objetivo de procurar el abastecimiento a la sociedad de alimentos a unos precios asequibles, y garantizar así un nivel digno y equitativo a la población agrícola. Véase el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación-PAC; *https://www.mapa.gob.es/es/pac/default.aspx-*

[51] TFUE.

agraria común: incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico y asegurando el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola; estabilizar los mercados; garantizar la seguridad de los abastecimientos; asegurar precios razonables a los consumidores[52].

Los beneficios económicos para los Estados miembros son considerables, a pesar de elevado coste que pueda suponer para ellos. Sin embargo, debemos de analizar el ámbito de aplicación de la PAC, pues la misma no se aplica al conjunto del territorio político de la UE. Su aplicación depende de las condiciones de las correspondientes Actas de Adhesión de los Estados, pues en las mismas se han podido introducir alteraciones a la hora de aplicar el llamado acervo comunitario.

Por ello, el ámbito de aplicación de la Política Agraria Común se corresponde con el de la zona aduanera, tal y como establece el antiguo *Reglamento CEE nº 2151/84 del Consejo* de 23 de julio de 1984[53]. Por consiguiente, la exclusión de Gibraltar de la Unión Aduanera también supone la no aplicabilidad de la Política Agraria Común.

El régimen comercial derivado de la especial situación de Gibraltar, no está expresamente regulado ni en el Acta de Adhesión del Reino Unido, ni posteriormente en el Derecho Derivado, por lo que la Unión debería aplicar, en sus intercambios de productos agrícolas con el territorio de Gibraltar, el régimen general que aplica a sus intercambios exteriores, ya que tiene la consideración de país tercero en esos intercambios comerciales[54].

La falta de regulación para los intercambios de productos agrícolas, a ambos lados de la verja, es debido a la falta de un sector agrícola en Gibraltar, siendo inexistente en Gibraltar dicho sector[55].

---

[52] Todos ellos son objetivos de aspecto económico y social, en el que se pretende proteger los intereses de los productores y consumidores. No obstante, la consecución de estos fines no se podrá alcanzar en su totalidad simultáneamente, lo que conlleva un amplio margen para el alcance de las reformas, dependiendo de circunstancias externas como puedan ser la evolución de los mercados o las prioridades marcadas por instituciones europeas en cada momento. TFUE.

[53] Derogado por el actual Reglamento (UE) no 1307/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 por el que se establecen normas aplicables a los pagos directos a los agricultores en virtud de los regímenes de ayuda incluidos en el marco de la Política Agrícola Común y por el que se derogan los Reglamentos (CE) no 637/2008 y (CE) no 73/2009 del Consejo.

[54] IZQUIERDO SANS, Cristina, *Gibraltar en la Unión Europea*, p. 199, op. cit.

[55] Por tal motivo, se explica la exclusión en el Acta de Adhesión de Gran Bretaña de 1972 de la implementación de la PAC, sin ningún tipo de regulación concreta, ya que el sector agrícola insignificante, por lo que la exclusión no está motivada por la exclusión de Gibraltar de la Unión Aduanera

V. ASPECTOS ECONÓMICOS-FINANCIEROS DE GIBRALTAR

Antes de proceder a una valoración sobre los efectos que el Brexit puede generar sobre Gibraltar, a falta de un futuro acuerdo del Reino Unido y la UE, debemos de destacar todos aquellos aspectos, de índole económica, que posee la zona. Los más de 7km que posee Gibraltar muestran una economía distinta, y muy alejada, desde que se produjera la apertura de la verja en los años 80.

Así pues, la economía gibraltareña ha sufrido una metamorfosis que la ha llevado a una situación de "privilegio" que ha llegado hasta nuestros días. La integración, con ciertos matices, dentro de las Comunidades Europeas, favoreció bastante. Aquí lo relevante no es la fecha de su entrada en la actual UE, sino del país con el que comparte frontera: España. El ingreso del Reino de España en las antiguas Comunidades Europeas, supuso un cambio relevante en cuanto a la economía de Gibraltar, pues para la adhesión de España, esta última necesitaba adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo que comúnmente denominados *acervo comunitario*[56].

Por otro lado, Gibraltar se constituye como un territorio dirigido a vivir del comercio, y que se caracteriza por una reducida imposición indirecta. El comercio, en su acepción más amplia de compra venta de bienes y servicios, es el sector terciario, lo que hace que este sector sea la principal fuente de renta privada en Gibraltar[57].

---

en esta ocasión.

[56] Ello conllevó a la apertura de la Verja con el Peñón de Gibraltar, cerrada por la Dictadura en el década de los 60, no solo por el compromiso de la Declaración de Lisboa o de Bruselas, sino como una exigencia propia del Derecho Comunitario[56], pues uno de los objetivos de la propia UE siempre fue el no establecimiento de barreras interiores, garantizando la libertades de circulación en sus cuatro campos de actuación: mercancías, personas, servicios y capitales, donde las cuatro se engloban en las llamadas "Libertades Comunitarias". Este hecho favoreció sin lugar a dudas un desarrollo rápido de la Roca y una transformación de la economía, pero siempre teniendo en cuenta la dependencia que tiene con España, pues los recursos de los que dispone Gibraltar no son muchos, sustentándose en la actualidad su peso económico en el sector terciario (servicios) y en el sector público. Otro de los sectores claves y que son un tanto oscuros, es el sector de la banca y seguros, creciente desde la década de los años 90 hasta la actualidad, habida cuenta de que las facilidades fiscales han conllevado a la domiciliación de numerosas empresas o personas jurídicas donde su actividad se desarrolla fuera del territorio. Esto ha constituido la habitual actividad delictiva que se perpetra en la zona mediante el agujero fiscal que genera la conversión del Peñón en un claro paraíso fiscal, debido entre otras cosas, a la falta de control de posibles cambios de los residentes en Gibraltar que permite la evasión del capital extranjero en la Roca. MARTÍN MARTINEZ, Magdalena y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *El Brexit y Gibraltar*: *Un reto de oportunidades conjuntas*, edit. Colección de Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Madrid, 2017.

[57] IZQUIERDO SANS, Cristina, *Gibraltar en la Unión Europea*, p. 137, op. cit.

V.1 La construcción de un centro financiero en la Roca

Gibraltar ha buscado ser un centro financiero de primer orden, y abandonar un pasado de base colonial y naval, así como la de una economía deprimida dependiente del Reino Unido, mediante la concertación de ayudas públicas para su subsistencia. Esta situación cambia radicalmente con su entrada en las Comunidades Europeas, y sobre todo, por la apertura de la frontera con España. No obstante, conviene aclarar que el centro financiero creado en Gibraltar no tiene su origen en el régimen especial comunitario, si no en los beneficios que le reporta disfrutar de las libertades comunitarias e, igualmente, en lo inacabado del proyecto europeo, que no ha procedido a una armonización de la fiscalidad directa ni hay previsiones legislativas al respecto[58].

Pero, además de la influencia de la normativa comunitaria, lo cierto es que los propios Gobiernos de Gibraltar han llevado a cabo numerosas reformas con el objetivo de adecuar su normativa interna a ese objetivo último de crear un centro financiero sobre Gibraltar. Por ello, Gibraltar, durante la década los años 80, configuró un sistema fiscal particular mediante las llamadas compañías exentas y compañías cualificadas, en virtud del cual a las empresas que se adherían a esos estatutos les permitía, sino la exoneración o exención del pago de tributos, sí la reducción a un mínimo porcentaje de pago.

Tales compañías se catalogaron, por la propia Comisión Europea, como auténticas ayudas de Estado, que suponen una alteración en el mercado de una competencia real y efectiva. Por regla general, la Unión Europea tiene prohibido, en virtud del artículo 107.1 del TFUE[59], el establecimiento de régimen de ayudas públicas que suponga subvertir o falsear la existencia efectiva una competencia dentro del mercado, sin perjuicio de las excepciones que marca los apartados segundo y tercero del artículo 107, en cuyo caso, la propia Comisión podría considerar ciertas ayudas compatibles con el mercado único, siempre que el Consejo lo apruebe previamente. En cambio, al respecto de estas "ayudas", la Comisión Europea inició procedimientos de investigación, en base al actual artículo 108 TFUE[60], con el objetivo de determinar si determinadas normas societarias

[58] MARTÍN MARTINEZ, Magdalena, y PÉREZ DE NANCLARES, José, *El Brexit y Gibraltar: Un reto de Oportunidades Conjuntas*, p. 142, op. cit.
[59] TFUE
[60] "1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el

gibraltareñas (las compañías exentas y cualificadas) eran o se podían considerar como ayudas de Estado[61].

Las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión provocaron la necesidad de la reforma del sistema, cuyo régimen fiscal se articuló en el llamado Income Tax Act 2010 (ITA 2010), que vino a establecer una nueva regulación sobre aquellas empresas *off shore*[62], que no realicen actividades económicas dentro de

---

desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado interior.
2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine. Si el Estado de que se trate no cumpliere esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante, lo dispuesto en los artículos 258 y 259.
A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 107 o en los reglamentos previstos en el artículo 109, que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado interior, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión hubiere iniciado el procedimiento previsto en el párrafo primero del presente apartado, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión. Sin embargo, si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto.
3. La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al artículo 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.
4. La Comisión podrá adoptar reglamentos relativos a las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado, con arreglo al artículo 109, que pueden quedar exentas del procedimiento establecido en el apartado 3 del presente artículo". TFUE.

[61] Los argumentos esgrimidos por el propio Ejecutivo Comunitario: "1. En primer lugar, su adopción se atribuye al Estado, entendido este en un sentido amplio; 2. Suponían una clara ventaja económica con respecto al resto de empresas que operan en el mercado, pues suponía una clara reducción de costes por la realización de su actividad; 3. Sólo eran beneficiarios aquellos que no residiese en Gibraltar, dándose un trato discriminatorio; 4. Por último, suponían un falseamiento o restricción de la competencia dentro del mercado europeo". La decisión tomada por la Comisión provocó la presentación de un recurso ante el antiguo Tribunal de Primera Instancia de la CE, argumentando que dicho régimen se había calificado como ayudas nuevas, es decir, posteriores a la adhesión, aunque en realidad, se trataba de ayudas ya existentes, pues la medida fiscal data del año 1967. El antiguo Tribunal admitió parcialmente el recurso, procediendo a la anulación del procedimiento abierto contra las llamadas sociedades exentas, aunque en cuanto a las sociedades cualificadas no fue estimado, considerando que como la aprobación de las mismas se produjo durante la década de los años 80, es decir, ya dentro de la Comunidad Europea, no había lugar a su anulación, procediendo con la continuidad del procedimiento por la Comisión, donde la misma notificó al Reino Unido la necesidad de modificar el régimen fiscal de Gibraltar pues el mismo era contrario a las normas comunitarias. Además, se produjo la apertura del procedimiento nuevamente contra el régimen fiscal de las sociedades exentas, instando al Reino Unido a posicionarse al respecto y planteando propuestas sobre la necesaria reforma de dicho régimen. MARTÍN MARTINEZ, Magdalena y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *El Brexit y Gibraltar: Un reto de Oportunidades Conjuntas*, p. 145, op. cit.

[62] Se entiende por empresa o sociedad *off shore* aquella que se registra u ostenta su domicilio en un país en el que no lleva a cabo ninguna actividad de índole económica. En estos casos, hablamos de

Gibraltar, sino simplemente establecieran su domicilio fiscal y realizasen el conjunto de su actividad económica fuera de dicho territorio.

En la nueva regulación, la fiscalidad societaria se basa en un bajo nivel impositivo de base territorial---es decir, de las actividades realizadas en Gibraltar---, y la no tributación de las rentas pasivas, tales como dividendos, intereses, cánones y ganancias de capital, sin disposiciones antiabuso que permitan evitar la doble exención de dichas rentas pasivas[63]. Ello supone el establecimiento de un tratamiento impositivo que se aplica por igual al conjunto de sociedades inscritas o domiciliadas en Gibraltar, aunque este régimen fiscal va encaminado a aquellas sociedades *off shore* que tienen una minoración fiscal frente al resto de empresas que están en el Peñón.

Los controles y apertura de procedimientos por parte de la Comisión Europea no cesaron en los años posteriores a la aprobación del nuevo régimen fiscal, pues la Comisión Europea siguió con las investigaciones, al considerar que este sistema impositivo podría suponer una ayuda de Estado por las ventajas fiscales que ofrecía a determinados operadores económicos frente a otros, además de otras medidas fiscales como las denominadas *Tax Rulling*[64].

En consecuencia, el asentamiento de un régimen fiscal de estas características en Gibraltar ha beneficiado el nacimiento y consolidación de un sistema financiero sólido, beneficiado en gran medida por los efectos de la aplicación de las libertades comunitarias, que han logrado la apertura de este territorio al mercado común, además del fin de su aislamiento por la apertura de la frontera con España. El dinamismo del sector bancario, del seguro, los negocios online, etc...., ha permitido también estructurar este modelo financiero sobre la Roca[65].

---

los llamados paraísos fiscales.

[63] MARTÍN MARTINEZ, Magdalena y MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, José. *El Brexit y Gibraltar: Un reto de Oportunidades Conjuntas*, p. 145, op. cit.

[64] Se tratan de decisiones fiscales, es decir, de acuerdos sobre Impuesto de Sociedades que se conciertan entre el Gobierno de Gibraltar y las empresas, en virtud de las cuales, se proceden a las rebajas fiscales para las empresas que ha concertado con las autoridades.

[65] En lo que respecta al sector de los negocios online, en Gibraltar hay domiciliadas una treintena de empresas que se dedican a este campo y que representa más del 60% del mercado mundial, generando miles de puestos de trabajo (unos tres mil) y unos beneficios brutos cercanos a los 30.000 millones de euros. Ahora bien, este sistema financiero también posee sus sombras, pues la flexibilización fiscal en cuanto a las empresas domiciliadas y no prestadoras de actividades dentro de la Roca ha llevado a la Roca a ser un punto clave de defraudación fiscal y evasión de impuestos, catalogándose a Gibraltar en numerosas ocasiones como un verdadero paraíso fiscal, con las consecuencias que eso tiene para la economía europea, y en especial para España, pues las grandes diferencias en términos de renta per cápita, salarios, etc.., entre ambos lados de la Verja son abismales. MARTÍN MARTINEZ, Magdalena y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *El Brexit y Gibraltar: Un reto*

Tanto el sistema tributario como otros aspectos contenidos en el régimen fiscal, ya tratados en el apartado anterior, quedaron en el aire el día que se invocó el *artículo 50 del TUE*, por el cual Reino Unido iniciaba su salida de la Unión Europea, lo que hacía peligrar el status de Gibraltar, pues al materializarse, como así ha sido, la salida definitiva de Gran Bretaña, el Peñón queda en una situación de vulnerabilidad. Todo ello quedará reflejado muy pronto una vez finalicen las negociaciones entre Reino Unido y UE sobre Gibraltar, teniendo como base el principio de acuerdo entre las autoridades españolas e inglesas sobre el Peñón de diciembre de 2020[66].

V.2 La situación de la frontera y su incidencia al régimen jurídico de Gibraltar

La existencia de una frontera flexible acarrea una serie de problemas como el tema del contrabando, como consecuencia de la no aplicabilidad de las normas relativas a la imposición indirecta. Por tanto, además de la no inclusión dentro de la zona aduanera, a Gibraltar no le es aplicable la normativa sobre armonización europea en materia de fiscalidad indirecta.

El propio alcance de la exclusión de Gibraltar de la Unión Aduanera, implícitamente realizada en el Acta de adhesión del Reino Unido, era mucho mayor de lo que a primera vista podía parecer, pues acarreaba inevitablemente otras exclusiones que iban a determinar la imposibilidad de desmantelar la frontera entre Gibraltar y España[67]. Por ello, una de las materias no aplicables al Peñón es aquella referida a la imposición indirecta y la no implementación del Impuesto del Valor Añadido[68] al territorio de la Roca[69].

---

de Oportunidades Conjuntas, op. cit.

[66] Hablamos de un principio de acuerdo que marca las directrices y los temas sobre los que tiene que discurrir la negociación, pero que en nada vincula a las autoridades comunitarias, pues hablamos de un derecho programático, de mera recomendación como este caso.

[67] MARTÍN MARTINEZ, Magdalena y MARTÍN Y PERÉZ DE NANCLARES, José. *El Brexit y Gibraltar: Un reto de Oportunidades Conjuntas*, p. 148, op. cit.

[68] El IVA o impuesto sobre el valor añadido se trata de una figura tributaria relativa al consumo en el que se aplica a todos los bienes y servicios que se compran y venden. La Unión Europea tiene normas generales sobre el IVA, pero la aplicación varía en función del país en el que nos encontremos.

En la mayoría de los casos, se paga el IVA sobre todos los bienes y servicios en todas las fases de la cadena de suministro, incluida la venta al consumidor final. Esto incluye desde el principio hasta el final del proceso de producción, como la compra de componentes, el transporte, el montaje, el suministro, el embalaje, el seguro y el envío al consumidor final. Véase la web oficial de la Unión Europea *https://europa.eu/youreurope/business/taxation/vat/vat-rules-rates/index_es.htm-*

[69] Así pues, la exclusión del IVA al territorio de Gibraltar, no es más que una mera muestra de la no entrada del Peñón en la zona aduanera europea. Pero no solo no se aplica el IVA a los bienes y

No obstante, a pesar de tal situación impositiva, la Unión Europea no tiene ni puede inmiscuirse en el régimen fiscal de Gibraltar, pues es considerado, a efectos comerciales, como un tercer Estado. Ello es lo que hace inviable la eliminación de la verja[70].

La existencia de una frontera voluble provoca un problema grave como es el contrabando, cuyos niveles ha crecido sobremanera durante los últimos años. Ello ha generado una pérdida considerable para los municipios limítrofes a Gibraltar. Los motivos que han llevado a esa situación son, entre otros, la existencia de esa frontera voluble, que no deja de ser una consecuencia, en parte, de un régimen fiscal flexible en el territorio gibraltareño; bajos precios del tabaco y carburantes frente a los precios en España, así como el tránsito constante de personas por la verja[71].

Sin embargo, el endurecimiento de las medidas en el intercambio de mercancías y tránsito de personas no lograría una solución del problema principal, que radica en la permisividad de las autoridades gibraltareñas que, a pesar de una apariencia correcta en su actuación, los beneficios económicos generados por este sector ilícito pesan más que cualquier tipo de colaboración amistosa.

VI. EL BREXIT Y SUS EFECTOS EN GIBRALTAR

El 23 de junio de 2016 tuvo lugar el referéndum, convocado por el entonces

---

servicios que se prestan en la Roca, sino que también se excluye de la aplicación sobre Gibraltar la normativa de Derecho Derivado relativa a los impuestos especiales.
Ello conlleva indudablemente a que, a raíz del régimen especial que ostenta Gibraltar, el intercambio comercial de bienes y servicios es más asequible y barato, habida cuenta de que están exentos de aplicar el gravamen que supone IVA así como la fiscalidad de los impuestos especiales, implantándose solamente aquellos tributos indirectos que el Gobierno de Gibraltar contemple, aunque, en la práctica, vemos que la carga fiscal indirecta establecida por el Ejecutivo del Peñón es mucho más liviana, más baja, sobre todo, en lo que concierne al gravamen sobre el tabaco y los carburantes.

[70] Ello hace que sean las autoridades españolas las que deban controlar el paso fronterizo en cuanto al paso de productos y mercancías, gravando aquellos bienes que procedan de Gibraltar, y entren a España, con el pago del Arancel Aduanero Común, debiéndose hacer con rigor y con un férreo el control al paso de dichas mercancías. La realidad práctica, que, debido a diversos factores, los niveles de contrabando entre Gibraltar y España son altísimos, llegando a unos niveles exorbitantes en estos últimos años.

[71] Se estima que Gibraltar recibe en concepto de impuestos especiales el 27% de su recaudación total y, en sentido opuesto, se calcula que España tiene una pérdida de 325 millones de euros al año. Ello es debido a la situación del comercio ilegal del tabaco, que se realiza por tierra y mar, además de suponer unas pérdidas millonarias para España, supone un medio de subsistencia para muchos habitantes del Campo de Gibraltar, constituyéndose como una actividad organizada, que genera un grave problema de seguridad para la zona. MARTÍN MARTINEZ, Magdalena y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *El Brexit y Gibraltar: Un reto de Oportunidades Conjuntas*, op. cit.

primer ministro David Cameron, sobre la permanencia o no de Reino Unido dentro de la Unión Europea[72]. Precisamente, ello provocó que, en junio de 2016, tras el refrendo positivo a la salida de Reino Unido (RU) de la Unión Europea (UE), Gibraltar se encontrara en una delicada situación de tener que alterar obligatoriamente su estatuto europeo, y el marco jurídico y económico, que operaba desde 1973 en el territorio, con la entrada de RU en la UE[73].

El procedimiento de salida de la Unión Europea, en virtud del *artículo 50 del TFUE*, no puede presuponer que todas las cuestiones relativas a Reino Unido se traten vía UE-Gran Bretaña, puesto que habrá que estar a la competencia que, en determinadas materias, tengan atribuidas las Instituciones Comunitarias[74]. De un lado, el propio Derecho Originario establece el respeto de la Unión Europea a las funciones esenciales del Estado, su identidad nacional y constitucional[75], en especial, aquellas que versan sobre la integridad territorial del país, principio básico del Estado al igual que la soberanía, siendo excluida de ser

[72] Tras un recuento muy ajustado salió el NO a la permanencia por el 51% de los votos frente a la casi la otra mitad de los votantes y ciudadanos ingleses que votaron por la permanencia dentro de la Unión. Ello desembocó en la dimisión del entonces primer ministro y la llegada de Theresa May al N.º 10 de Downing Street. La situación que se encontró la entonces primera ministra de su antecesor no fue nada sencilla, pues debía pilotar la salida del Reino Unido de las Instituciones Comunitarias invocado el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, mediante el cual cualquier Estado miembro puede retirarse de la Unión si lo decide. Por tal motivo ocho meses después del referéndum, la primer ministra Theresa May remitió la correspondiente carta al entonces presidente del Consejo Europeo Donald Tusk, de la intención de Reino Unido de abandonar la Unión, invocando para ello el precepto normativo que hemos citado antes. Este hecho fue el comienzo de un periodo jurídico-político complicado y tedioso, a la par de completamente nuevo para la Unión Europea, pues nunca habría sufrido un proceso similar antes. A ello cabe añadir las consecuencias que sin duda tendría para el Peñón y sus habitantes, pues ponía en peligro el status y régimen jurídico que ostentaban y tal razón nos lleva a poner de relieve la conexión existente entre el Peñón y el proceso del Brexit. Tales acontecimientos llevaron al entonces Ministerio de Asuntos Exteriores José Manuel García-Margallo a enviar una carta a su homologo inglés en la que instaba a retomar las negociaciones del Proceso de Bruselas. Asimismo, también lo hizo con el resto de ministro de Exteriores de la Unión, los presidentes del Consejo y de la Comisión Europea. MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena y MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, José. *El Brexit y Gibraltar: Un reto de Oportunidades Conjuntas*, op. cit.

[73] DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro, "Gibraltar "año cero": cosoberanía y nuevas oportunidades de España", en *Análisis del Real Instituto Elcano ARI 75/2016*, 2016, N.º 75.

[74] Aquellas cuestiones relativas a soberanía sobre el Peñón deben quedar totalmente al margen de dichas negociaciones, y cualquier tipo de acuerdo o pacto con la Unión Europea deberá contar con el beneplácito del Reino de España, al tratarse de cuestiones sobre soberanía y jurisdicción. De hecho, el propio ordenamiento jurídico comunitario es el que reafirmar la postura de mantener al margen a Gibraltar de las negociaciones sobre el Brexit. MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *El Brexit y Gibraltar: un reto de oportunidades conjuntas*, op. cit.

[75] Artículo 4.2 del TUE: 2. La 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. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.

tratada por la Unión Europea en las negociaciones[76]. Por otro lado, la Unión Europea debe de respetar los cauces jurídicos internacionales que ha dispuesto la Organización de las Naciones Unidas acorde al propio Derecho Internacional.

No obstante, el Brexit no implica *per se* una modificación del marco jurídico interno del Derecho Británico, ya que Gibraltar no forma parte del "Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte". Tampoco el Brexit altera la naturaleza internacional diferenciada de un territorio que, acorde al Derecho Internacional y según dispone Naciones Unidas, se encuentra en la lista de *territorios no autónomos pendientes de descolonización*[77]. En cambio, su status jurídico-económico europeo se va a reconfigurar como consecuencia de la salida del Reino Unido de la UE, y, por tanto, la situación de Gibraltar puede verse afectada[78].

Debemos de partir de la propuesta planteada en 2016, por el ministro de Asuntos Exteriores español, acerca de la llamada *cosoberanía* entre España y Reino Unido sobre Gibraltar[79]. El punto de partida fue la elevación de dicha propuesta española a la Naciones Unidas, y la intervención del Representante Permanente ante dicha Organización Internacional, el 4 de octubre de 2016, donde se desgranó el proyecto de "soberanía compartida" [80], siendo el comienzo que

---

[76] Además, la propia jurisprudencia comunitaria ha manifestado en varias ocasiones la situación colonial del Peñón y los incumplimientos del Reino Unido para con el Derecho Comunitario en lo concerniente a Gibraltar.

[77] DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro, "La incidencia del "Brexit" en la cooperación transfronteriza entre Gibraltar-Campo de Gibraltar y Andalucía" en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2021, N.º 10, p. 3.

[78] Cabe recordar la situación particular del territorio gibraltareño con respecto a la aplicación de la legislación comunitaria desde 1973 con varias excepciones en los siguientes ámbitos materiales: Unión aduanera; libre circulación de mercancías; políticas comercial, agrícola y pesquera comunes; IVA; estando Gibraltar además fuera del Área Schengen por la no participación del RU en los Pactos de Schengen, siendo en consecuencia, de aplicación los controles de fronteras exteriores europeas con Gibraltar. ANTÓN GUARDIOLA, Carmen. *Gibraltar: un desafío en la Unión Europea*, op. cit.

[79] Con ella, buscaba aprovechar el momento propicio para poner fin a un contencioso que llevaba más de trescientos años enquistado, y que los acontecimientos marcados por la situación del Brexit daban la oportunidad propicia para lograr por fin a dicho litigio internacional.

[80] "La propuesta que España hace al Reino Unido se articula alrededor de cuatro grandes ejes:
1. Un estatuto personal para los habitantes del Peñón que les permita conservar la nacionalidad británica, abriendo la posibilidad de acceder a la nacionalidad española sin tener que renunciar a aquélla.
2. El mantenimiento de las instituciones de autogobierno de Gibraltar en el marco de un amplio régimen de autonomía el cual tendría un fácil encaje en nuestro sistema constitucional.
3. El mantenimiento de un régimen fiscal particular para Gibraltar, siempre y cuando sea compatible con el ordenamiento jurídico.
4. El desmantelamiento de la Verja que separa Gibraltar del resto de la península ibérica, que en el año 1909 levantó el Reino Unido. España y el Reino Unido ostentarían conjuntamente las competencias en materia de defensa, relaciones exteriores, control de fronteras exteriores, inmigración y asilo". Documento sobre Comité Especial Encargado de Examinar la Situación con respecto a la Aplicación de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n17/167/72/pdf/n1716772- (Consultado el 29 de

marcaría las distintas resoluciones de la ONU respecto del contencioso, aunque circunscribiéndose esta propuesta dentro del marco general que la propia ONU. Así queda reflejado en la Decisión de la Asamblea General sobre la cuestión de Gibraltar, del 3 de octubre de 2017, en el que en su apartado b expresa: "*Toma nota de la posición de España sobre esta cuestión, incluida su propuesta de comenzar nuevas discusiones sobre la base de la Declaración de Bruselas, y toma nota también de la presentación por parte de España de una propuesta de soberanía conjunta ante la Comisión Política Especial y de Descolonización el 4 de octubre de 2016*"[81]. La propuesta conllevaba el establecimiento de un marco jurídico estable a la zona, que permitiese reparar las aspiraciones españolas sobre Gibraltar, a la vez de que ésta conservaría su status dentro de la Unión Europea bajo la protección jurídica ahora del Reino de España[82].

Dicha propuesta de *cosoberanía* se enfría por los distintos vaivenes políticos internos en España, y el día 31 de diciembre de 2020 el Reino de España y Reino alcanzan un principio de Acuerdo *in extremis*, que sirve como base para el futuro acuerdo entre la Unión Europea y el Reino en lo concerniente a Gibraltar, cuyo objetivo final es la creación de una zona de prosperidad conjunta entre el Peñón y la comarca del Campo de Gibraltar[83]. El contenido de este principio

julio de 2024).

[81] GÓNZALEZ GARCÍA, Inmaculada, et. ál. "Naciones Unidas-Gibraltar-Decisiones aprobadas por la Asamblea General de la ONU (2017-2019)", en *Cuadernos de Gibraltar*, 2020-2021, N.º 4, p. 2.

[82] Desde un punto de vista objetivo, la propuesta planteada permite establecer varias directrices sobre las que se asienta las negociaciones del contencioso. En primer lugar, la voluntad de los propios gibraltareños, aunque este punto es un tanto controvertido, por las implicaciones jurídicas que la propia introducción de un tercer sujeto en las negociaciones tendría para la postura española, y como ya hemos analizado anteriormente. Por otra parte, la puesta en común de los intereses económicos de ambos lados de la Verja, cuestión esencial para no provocar una situación de inseguridad jurídica y económica, así como de aislamiento de la Roca a causa de la situación del *Brexit*. Por último, permitiría solucionar el contencioso que lleva latente más de 300 años, así como la propia integración plena del Peñón en la Unión Europea, debido a que su situación hasta la salida del Reino Unido es un tanto compleja, además del primer paso para la integración de Gibraltar al Reino de España.

[83] Hablamos de un acto *soft law*, es decir, carente de fuerza jurídica para exigir su obligado cumplimiento, y estableciéndose solamente el contenido esencial que marque las directrices para el futuro acuerdo o tratado entre Reino Unido y la Unión Europea en relación a Gibraltar, y que solapa la propuesta de co-soberanía y se centra en otras cuestiones más rutinarias, más de carácter económico, suponiendo además este "Principio de acuerdo" una puesta en consideración por el Consejo y la Comisión para el mandato negociador aún no adoptado. Desde el año 2017 que comenzó el Brexit, las negociaciones continúan para establecer un acuerdo definitivo que marque las relaciones futuras entre la Unión y la propia Gran Bretaña mediante la articulación de una serie de pactos o acuerdos. Tal motivo conllevó a la necesidad de sellar este principio de acuerdo que permitiese asentar unas bases sobre las que se llevasen a cabo las negociaciones entre ambos interlocutores mencionados antes, y cuyo objetivo final es fijar en qué posición queda Gibraltar cuando la salida del Reino Unido se haga efectiva a efectos prácticos, teniendo en cuenta el status jurídico que ocupa, u ocupaba Gibraltar, antes de la invocación del artículo 50 del TUE. GÓNZALEZ GARCÍA, Inmaculada, et ál., "Principio de acuerdo entre España y Reino Unido sobre Gibraltar y sobre el Brexit, de 31.12.2020",

de acuerdo es la base sobre la que se debe sustentar el futuro Tratado específico RU-UE sobre Gibraltar, que debe consagrarlos en su articulado y, tras su adopción, pasar los necesarios controles y autorizaciones parlamentarias para su aprobación y ratificación, antes de entrar en vigor[84].

Para solventar la situación del Brexit sobre Gibraltar y la zona de alrededor de la Roca (Línea de la Concepción, Campo de Gibraltar), además del ya citado principio de acuerdo, se han llevado a cabo la adopción de otros acuerdos: los cuatro Memorandos del año 2018 en materia de tabaco y otros productos, el derecho de los ciudadanos, cooperación judicial y aduanera y cooperación en materia medioambiental[85]; y el acuerdo en materia fiscal de marzo de 2021[86]. En suma, con el Brexit, España ha hecho valer una posición prevalente en los dos Tratados mediante los que se ha articulado el proceso de salida británica. Estos Tratados son el marco jurídico de la incidencia del Brexit en Gibraltar[87].

A la vista de lo expuesto, esta situación ha generado una incertidumbre por las consecuencias que el Brexit pueda generar sobre las futuras relaciones entre Reino Unido- UE, en particular, qué encaje va a tener Gibraltar dentro del marco de la Unión Europea. Debemos de quedar claro que el principio de acuerdo son meras recomendaciones para el "inminente acuerdo" sobre Gibraltar. No obstante, habrá que estar a la espera de lo que suceda en los próximos meses sobre el futuro acuerdo.

De momento nos encontramos ante una situación incierta. En noviembre del 2023, España aseguró ante la Unión Europea que las conversaciones sobre Gibraltar iban avanzando, advirtiendo que era el Reino Unido quién debía cerrar aquellos aspectos que quedaban aún pendientes.

---

en *Cuadernos de Gibraltar*, 2020-2021, N. º4, p. 1405.

[84] GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada, et ál., "Principio de acuerdo entre España y Reino Unido sobre Gibraltar y sobre el Brexit, de 31.12.2020", 2020-2021, en *Cuadernos de Gibraltar*, 2020-2021, N.º 4, p. 5.

[85] Los cuatro Acuerdos que conforman el Memorando, *https://www.lamoncloa.gob.es/brexit/gibraltar/Paginas/041218_acuerdos.aspx-* (Consultado el 29 de julio de 2024).

[86] GARCÍA HEREDIA, Alejandro. "El Acuerdo Fiscal entre España y Reino Unido en relación con Gibraltar"; en *Cuadernos de Gibraltar-Gibraltar Reports*, 2020-2021, N.º 4.

[87] GÓNZALEZ GARCÍA, Inmaculada, et. ál., "Documentación II. Brexit y Gibraltar – Tratado de retirada, Protocolo, Tratado Fiscal y MOUs (2018-2020)", en *Cuadernos De Gibraltar – Gibraltar Reports*, 2020, N.º 4.

VII. PERSPECTIVAS DE FUTURO ACERCA DEL ENCLAVE COLONIAL

Hemos hecho referencia a los distintos acuerdos alcanzados por España en relación a Gibraltar. Los Memorandos acordados en el 2018, el Principio de Acuerdo del 31 de diciembre de 2020, o el Acuerdo en materia fiscal de marzo de 2021; son algunos de los pactos suscritos entre Reino Unido y España acerca de Gibraltar.

El Tratado de Relación futura entre la Unión Europea y Reino Unido fue firmado el 31 de diciembre del año 2020. Conocido como el "*acuerdo de Nochebuena*", el mismo no contempla ningún tipo de marco regulatorio sobre Gibraltar. La especial situación en que se encuentra, ha generado la necesidad de dotar a Gibraltar de un acuerdo específico que permita evitar la aplicación de un Brexit duro[88]. Precisamente, tales motivos, hicieron necesario una negociación previa entre España y Reino Unido, que se saldó con el ya mencionado *Principio de Acuerdo entre España y Reino Unido* sobre Gibraltar y el Brexit. Dicho acuerdo, supone la hoja de ruta para el futuro acuerdo que se cierre por la Unión Europea, al respecto de todas aquellas materias sensibles que pueden afectar a la relación de Gibraltar con la Unión Europea, y especialmente con España.

A pesar de que hayamos hecho referencia ya a este acuerdo, conviene profundizar más en su contenido. Su análisis nos permitirá visualizar el punto de partida de ambas posiciones y vislumbrar qué tipo de acuerdo se va a adoptar por parte de la Unión Europea sobre Gibraltar.

VII.1 Principio de acuerdo entre España y Reino Unido sobre Gibraltar y el Brexit

En primer lugar, es fundamental hacer mención al *Acuerdo de Orientaciones* de negociación del Consejo Europeo que fue acordado por unanimidad el 29 de abril de 2017, y en el que se establecía las pautas sobre las que debían ajustarse las negociaciones con el Reino Unido.

Del citado *Acuerdo de Orientaciones* abordaremos la *Cláusula 24*, que

[88] Además, cabe destacar que fue una demanda española negociar un acuerdo específico sobre el Peñón, desligándose del Tratado general que regulaba esa relación futura, logrando así evitar posibles bloqueos en otras materias sensibles dentro de la relación de la UE con el Reino Unido. GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada, et ál., "Documentación III. España, Brexit y Gibraltar. Declaraciones, Comunicados y Notas de Prensa (2018-2020)", en *Cuadernos De Gibraltar- Gibraltar Reports*, 2020, N. º4

establece que: "*Una vez que el Reino Unido haya abandonado la Unión, ningún acuerdo entre la UE y el Reino Unido podrá aplicarse al territorio de Gibraltar sin acuerdo entre el Reino de España y el Reino Unido*"[89]. En consecuencia, el principio de acuerdo, alcanzado por ambos Estados el 31 de diciembre de 2020, se realiza a la luz de la citada Cláusula 24, que servirá de base para el futuro acuerdo entre Reino Unido y la UE sobre Gibraltar. Bajo estos condicionantes, debemos de abordar el principio de acuerdo que contempla una serie de cuestiones esenciales para Gibraltar y la comarca de Cádiz.

En un primer bloque, aborda, de manera escueta, cuestiones de soberanía y la jurisdicción (artículos 1 al 3), en las que simplemente se deja constancia que el contenido del acuerdo no presupone cambio alguno en las posiciones de España y el Reino Unido, afirmando que: "*el futuro tratado salvaguardará las respectivas posiciones de ambos Estados*". Este primer apartado, pone de manifiesto la oportunidad pérdida por parte del Reino de España a lograr la puesta en marcha del plan de cosoberanía. Es más, el contenido del acuerdo obvia cualquier cuestión relativa a la jurisdicción sobre el Peñón y a un posible intento de soberanía compartida siguiendo el proyecto planteado por España en el año 2016. Las consecuencias jurídicas y políticas son altas, pues sobre la base de este acuerdo bilateral se asentará un tratado definitivo con la UE sobre Gibraltar, donde la soberanía española no queda clara.

En un segundo bloque, la movilidad y el tránsito de la Verja, en lo referente a la circulación de personas y, en particular, de los trabajadores. Para ello, se establece la necesidad de que el futuro acuerdo contenga disposiciones que establezcan la aplicación parcial de Schengen, donde Gibraltar se integre o forme parte de dicho Espacio Schengen,[90] lo que permitiría la eliminación de los controles fronterizos interiores entre Gibraltar y España, al considerarse el territorio como extracomunitario. Además, la integración de Gibraltar en el Espacio Schengen permitiría el traslado del control fronterizo al puerto y el aeropuerto gibraltareño. También se insta a la actuación de FRONTEX[91], tanto en el puerto

[89] Acuerdo de Orientaciones de negociación del Consejo Europeo, https://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20004-2017-INIT/en/- (Consultado el 29 de julio de 2024).
[90] El Acuerdo de Schengen es un acuerdo por el que varios países de Europa suprimieron los controles en las fronteras interiores (entre esos países), y trasladaron esos controles a las fronteras exteriores (con terceros países). El acuerdo, firmado en la ciudad luxemburguesa de Schengen en 1985, y en vigor desde 1995, establece un espacio común -denominado espacio Schengen- que comprende una gran parte del continente europeo. Los países participantes aplican normas comunes para controlar las fronteras exteriores y también en materia de visados y de cooperación entre los servicios policiales y judiciales en el ámbito penal.
[91] FRONTEX o la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas es un cuerpo creado en el

como el aeropuerto, al adscribirse Gibraltar a Schengen, aunque solo de forma temporal durante un periodo de cuatro años, y solo como asistencia a las autoridades españolas, en labores de controles Schengen y de la protección de las fronteras exteriores. Sin embargo, esto último son aspectos muy complejos que se deberán ir concretando. En relación a este último punto, debemos de decir que de ser de aplicación estas medidas sobre la movilidad, supondría *de facto* el fin de la verja de Gibraltar con España.

Ahora bien, la posible integración de Gibraltar en el Espacio Schengen requiere la implementación de controles, que recaerían sobre España, que sería el encargado de la correcta aplicación del acuerdo que se acuerde por Schengen para Gibraltar. Por lo que hace a la entrada de visitantes, es Gibraltar la que decide, en primer lugar, la entrada, sin perjuicio de que, con posterioridad, España sea la que autorice o deniegue, requiriendo ambos permisos para poder entrar a Gibraltar.

También, debemos de destacar que las autoridades españolas y gibraltareñas serán las encargadas de realizar los controles sobre personas y equipajes en las instalaciones del puerto y del aeropuerto, como así lo especifica el propio acuerdo: "*España y Gibraltar harán los controles de personas y equipajes en las instalaciones del puerto, además de otros controles sobre cruceros y puerto deportivo…[……]…Oficiales españoles y gibraltareños compartirán oficinas en una instalación en el aeropuerto creada con este fin*"[92]. No obstante, durante un periodo de transición de cuatro años, España estaría asistida por FRONTEX, en los términos que hemos indicado con anterioridad.

En lo que respecta al régimen de visados y permisos de residencia, debemos de tratar dos aspectos importantes. De un lado, en lo que concerniente al régimen de visados las embajadas y consulados españoles, serán competentes para expedir visados Schengen de duración no superior a los 90 días para poder acceder a Gibraltar. Todo ello, sin perjuicio de que España informe a Gibraltar de los visados concedidos. En relación a los visados, cuya duración sea superior a los 90 días, también serán expedidos por las autoridades españolas, pero solo

año 2004, que tiene por objetivo ayudar a los miembros de la Unión Europea y los países adscritos al Acervo Schengen, para proteger las fronteras exteriores del espacio de libre circulación de la Unión. FRONTEX tiene financiación de los presupuestos de la Unión Europea, y las contribuciones económicas de los países que forman parte.

[92] Véase la noticia "El texto del acuerdo entre España y el Reino Unido prevé demoler la verja de Gibraltar", en El País, edición online, del 11 de enero de 2021, *https://elpais.com/espana/2021-01-10/el-texto-del-acuerdo-entre-espana-y-reino-unido-preve-demoler-la-verja-de-gibraltar.html-*

aquellos que tengan permisos de residencia en Gibraltar. Merece la pena mencionar que será España la que conceda el llamado ETIAS,[93] para poder acceder y circular por el Espacio Schengen por Gibraltar. Por otro lado, en cuanto a los permisos de residencia, serán las autoridades de Gibraltar quienes los conceda, aunque solo para residir, y teniendo en cuenta la política de permisos tanto de España como la de la Unión Europea, además de la posible oposición por parte del primero.

En materia de devolución y asilo, a las personas rechazadas en la frontera de Gibraltar, se les aplicará la normativa Schengen sobre devolución, devolviéndolas a su país de origen. Las autoridades gibraltareñas serán también competentes en la concesión del asilo, pero dicha decisión estará sujeta a la consulta de la Comisión Europea para comprobar que su concesión sea acorde al Derecho de la UE.

Otras materias tratadas en el acuerdo bilateral son aquellas relativas al transporte, medio ambiente, cooperación judicial y policial, Seguridad Social, fiscalidad, etc.....

Este "*Principio de acuerdo*" será tenido en cuenta por el Consejo y la Comisión para el mandato negociador aún no adoptado. Los contenidos esenciales nutrirán el futuro Tratado específico RU-UE sobre Gibraltar, que debe pasar los necesarios controles y autorizaciones parlamentarias para su aprobación y ratificación antes de entrar en vigor[94].

Del presente análisis realizado se pueden extraen varias conclusiones: la primera de ellas, es el carácter *cuasi-legal* del llamado "*principio de acuerdo*". Se hace referencia a meras recomendaciones, es decir, actos jurídicos no vinculantes para los Estados pero que contienen las pautas que van a asentar una posterior regulación. Por otro lado, resaltar la pérdida de España de una oportunidad histórica de poner fin al conflicto territorial mediante la puesta en práctica del llamado coloquialmente "*Plan Margallo*", que hubiese permitido el comienzo de la integración de Gibraltar a la arquitectura territorial y jurídica española, pero respetando su "singularidad".

---

[93] El llamado Sistema de Información y Autorización de Viajes que tiene por objetivo garantizar la seguridad de las fronteras europeas y de facilitar la identificación de las posibles amenazas que estén asociados con las personas que trascurren por el Espacio Schengen. En definitiva, se trata de un sistema creado para los ciudadanos de los Estados que están exentos de visados para circular por la Zona Schengen.

[94] GONZÁLEZ GARCÍA, Inmaculada, et ál., "Principio de acuerdo entre España y Reino Unido sobre Gibraltar y sobre el Brexit, de 31.12.2020", en *Cuadernos de Gibraltar*, p. 5, op. cit.

Por último, los distintos puntos tratados en este documento, no dejan de ser un acuerdo que marca las directrices del, ya mencionado, futuro Tratado Reino Unido y UE. No obstante, debemos de quedar claro que el mismo no es vinculante para la actuación de los negociadores de la UE y que, volviendo a mencionarlo, no deja claro el tema de la jurisdicción, haciendo una mera referencia a las aspiraciones de ambos Estados.

VII. 2. Perspectivas en las negociaciones para un acuerdo concreto sobre Gibraltar

El ya mencionado acuerdo programático parte de un mandato negociador. El propio Consejo, en octubre de 2021, autorizó el inicio de las negociaciones entre la Unión Europea y Reino Unido, con el objetivo de lograr un acuerdo acerca de Gibraltar. Casi cuatro años después, seguimos aún sin un acuerdo formal que permita saber la relación futura y el *status* que Gibraltar tendrá para con España y la UE.

En un primer momento, la posición por ambas partes era optimista. El objetivo era lograr, en un plazo de seis meses, un acuerdo beneficioso para ambas partas, de ahí la aprobación del mandato negociador. En concreto, dicho mandato fue aprobado por el Consejo para la apertura de negociaciones. Debemos de resaltar varias ideas que se recogieron en el apartado tercero de la Exposición de Motivos, y en el Anexo de Directrices, como por ejemplo el papel preponderante reconocido a España, durante la negociación, y la aplicación y seguimiento del acuerdo; la claridad de objetivos del acuerdo, que persigue una nueva relación. La misma debía sustentarse en dos aspectos esenciales: a) eliminación de barreras físicas a la circulación de personas y mercancías, y b) contribuir a la prosperidad compartida de la región; igualmente una necesaria precisión y claridad respecto a la circulación de personas. El objetivo era eliminar las estructuras físicas existentes[95]. Más allá de estas previsiones, no ha existido grandes avances para el futuro tratado, pues las complejidades técnicas, los aspectos históricos y las posiciones de los distintos sujetos que integran el acuerdo, hacen complicado buscar un punto de acuerdo común. Además, aspectos como la integración de Gibraltar en Schengen, el papel que va a jugar España, o la ambición de los objetivos marcados por la UE, hacen aún más complicado la adopción de ese acuerdo.

[95] DEL VALLE-GÁLVEZ, Alejandro. "Gibraltar tras el Brexit: en busca de un nuevo Estatuto Internacional con la UE y con España. Negociando el Tratado RU-UE sobre Gibraltar", en *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2021, Nº10.

Por todo ello, y dejando aún lado los problemas cotidianos en la zona, lo que daría para otro epígrafe, la situación actual de las negociaciones está en punto muerto, sin que exista ningún tipo de avance significativo. Ello genera una situación de incertidumbre total en Gibraltar.

A pesar de que, durante estas semanas y meses, distintos medios de comunicación están informando acerca de las negociaciones, e incluso fuentes del Gobierno de España están asegurando que avanzan a buen ritmo y de manera satisfactoria, habrá que esperar al Tratado definitivo para ver las consecuencias que tendrá sobre Gibraltar y España.

Sin duda, lo que queda demostrado es la pérdida de fuerza española en las Instituciones Comunitarias, y el factor sorpresa que puede suponer el status de Gibraltar en un periodo a medio y largo plazo. La "*Vía Margallo*", ha sido un proyecto ambicioso que hubiera permitido encauzar la encrucijada en que Gibraltar se encuentra. Estamos ante un panorama muy abierto, en el que toca esperar el desarrollo de los acontecimientos, y los movimientos que hagan los actores implicados, así como el nuevo encaje que pueda tener Gibraltar una vez se produzca la consolidación del Brexit.

VIII. CONCLUSIONES

Gibraltar sigue siendo, a día de hoy, un problema no resuelto de España. A la cuestión, se debe añadir otras, ya tratadas en el presente artículo, que nos muestran una primera conclusión: la falta de respuesta por parte de España a acabar con un conflicto eternizado ya en el tiempo.

Desde un prisma europeo, lo cierto es que Gibraltar es una anomalía dentro del territorio de la Unión con un difícil encaje tras la salida del Reino Unido de la UE. Por ello, una cuestión importante, y tratada en el presente artículo, ha sido el encaje jurídico-económico, y el statu quo que Gibraltar tiene dentro de la Unión Europea. Sin duda, la flexibilización, a la hora de aplicar los preceptos de la normativa UE, ha permitido a Gibraltar aprovechar esa permeabilidad normativa para el establecimiento de regímenes fiscales laxos. Esto último ocurre con la fiscalidad en las empresas, cuya normativa de la Unión no es aplicable a Gibraltar. Ello ha sido aprovechado por su Gobierno para adoptar una política fiscal desleal, que ha permitido la instalación de numerosas empresas a través de las compañías exentas y cualificadas, que generaba una exención de tributos. Por tanto, ese gran centro financiero en el que se ha

convertido Gibraltar lleva tras de sí la construcción de un verdadero paraíso fiscal, lo cual supone un grave perjuicio para la UE, España, y en particular para los municipios adyacentes a Gibraltar. Cabe destacar también la no aplicación de la normativa en materia de armonización indirecta de la UE, lo que supone en la práctica la no aplicación del IVA ni impuestos especiales al intercambio de bienes y servicios.

Tampoco podemos olvidarnos de la situación de la verja y los controles transfronterizos, sin duda una asignatura pendiente para España, que ha dejado desamparados a más de 10.000 trabajadores, que ejercen su profesión u oficio en Gibraltar, y que cualquier alteración de ese statu quo, supone para ellos la falta de medios para la subsistencia. Lo que ha quedado demostrado es que estos trabajadores son unas víctimas de la situación, por las promesas y proyectos incumplidos en la zona del Campo de Gibraltar y la Línea de la Concepción, y, en general, con la provincia de Cádiz, además de la situación del contrabando por la existencia de una frontera voluble.

Sin embargo, el *statu quo* puede verse afectado por el futuro acuerdo RU-UE, pues las cláusulas que en ellas se establezcan, delimitarán en qué condiciones queda Gibraltar, y que repercusiones tendrá la salida del RU sobre la misma, habida cuenta que la potencia que dirige sus relaciones exteriores queda fuera de la Unión, y, por tanto, se altera el encaje jurídico en el que se encuentre Gibraltar dentro de la UE. Desde la salida de Reino Unido ha habido movimientos acerca de un posible acuerdo sobre Gibraltar, bajos las premisas adoptadas en el acuerdo de España-Reino Unido de diciembre de 2020. Sin embargo, las posiciones siguen estancadas, además los acontecimientos que se han venido sucediendo, tanto en España como en Reino Unido, han retrasado ese futuro acuerdo con la UE.

El último de ellos, fue la celebración de las elecciones británicas el pasado 4 de julio, donde los laboristas lograron una victoria frente a unos conservadores, encabezados por el ya exprimer ministro Sunak, que perdieron un apoyo electoral importante. El ya primer ministro laborista Keir Starmer ha mostrado un claro giro europeísta, y su voluntad de cerrar un acuerdo con la UE en relación a Gibraltar. Habrá que esperar a ese futuro acuerdo para ver en qué situación queda el enclave y la zona de Cádiz.

Sin duda, lo que queda claro es que Gibraltar supone una asignatura pendiente para Reino Unido y especialmente para España, no solo desde el punto de vista de la soberanía, sino también de las consecuencias negativas que supone

la pervivencia de un enclave colonial, catalogado como un paraíso fiscal, y que genera graves consecuencias económicas y también sociales para los municipios colindantes con el Peñón.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Antón Guardiola, Carmen. *Gibraltar: un desafío para la Unión Europea*, edit., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

Del Valle Gálvez, Alejandro, Calvo Mariscal, Lorena y Torrejón Rodríguez, José Domingo. "Documentación III. España, Brexit y Gibraltar. Declaraciones, Comunicados y Notas de Prensa (2018-2020)". *Cuadernos De Gibraltar- Gibraltar Reports*, 2020, N.º. 4.

Del Valle Gálvez, José Alejandro. "Gibraltar "año cero": cosoberanía y nuevas oportunidades de España". *Análisis del Real Instituto Elcano ARI 75/2016*, 2016, N.º 75.

Del Valle Gálvez, Alejandro. "Gibraltar tras el Brexit: en busca de un nuevo Estatuto Internacional con la UE y con España. Negociando el Tratado RU-UE sobre Gibraltar". *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2021, Nº10.

Del Valle Gálvez, José Alejandro. "La incidencia del "Brexit" en la cooperación transfronteriza entre Gibraltar-Campo de Gibraltar y Andalucía" *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2021, N.º 10.

González García, Inmaculada, Del Valle Gálvez, Alejandro y Calvo Mariscal, Lorena y Torrejón Rodríguez, José Domingo. "Documentación II. Brexit y Gibraltar – Tratado de retirada, Protocolo, Tratado Fiscal y MOUs (2018-2020)". *Cuadernos De Gibraltar – Gibraltar Reports*, 2020, N.º 4.

González García, Inmaculada, Del Valle Gálvez, José Alejandro, Calvo Mariscal, Lorena y Torrejón Rodríguez, Juan Domingo. "Naciones Unidas-Gibraltar-Decisiones aprobadas por la Asamblea General de la ONU (2017-2019)". *Cuadernos de Gibraltar*, 2020-2021, N.º 4.

González García, Inmaculada, Del Valle Gálvez, Alejandro, Calvo Mariscal, Lorena y Torrejón Rodríguez, Juan Domingo. "Principio de acuerdo entre España y Reino Unido sobre Gibraltar y sobre el Brexit, de 31.12.2020". *Cuadernos de Gibraltar*, 2021-2022, N. º4.

Hinojosa Martínez, Luis Miguel. "Derecho fiscal comunitario", en *Derecho Comunitario Material*, coords. Manuel López Escudero y José Martín y Pérez de Nanclares. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España 2000.

Izquierdo Sans, Cristina. *Gibraltar en la Unión Europea*, edit. Tecnos, Madrid, 1996.

Martín Martínez, Magdalena y Martín Y Pérez de Nanclares, José. *El Brexit y Gibraltar*: *Un reto de oportunidades conjuntas*. Madrid: Colección de Escuela Diplomática, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2017.

Remiro Brotons, Antonio, Pérez Prat-Durbán, Luis, Riquelme Cortado, Rosa María, Orihuela Catalayud, Esperanza y Díez-Hochleitner Rodríguez, Javier. *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PASCUAL MARTÍN GALLARDO
Doctorando del primer año del Programa de Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social de la Universidad de Salamanca.
pascualmg@usal.es.
ORCID: https://orcid.org/0009-0003-9608-7293

MANUEL JESÚS MORÁN ROSADO
Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales,
en la Universidad de Extremadura.
mmorros@unex.es

6.- Derecho Administrativo

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 397-419
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.397

LA LUCHA CONTRA LAS VULNERACIONES DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL DESDE EL PRISMA ADMINISTRATIVO: LAS ACTUACIONES INSTITUCIONALES DE OBSERVANCIA EN LA UNIÓN EUROPEA Y ESPAÑA

THE FIGHT AGAINST THE INFRINGEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS FROM AN ADMINISTRATIVE PERSPECTIVE: INSTITUTIONAL ENFORCEMENT MEASURES IN THE EUROPEAN UNION AND SPAIN

JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO

Ministerio de Industria y Turismo

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

Los derechos de propiedad industrial e intelectual necesitan mecanismos adecuados para su indemnidad y salvaguarda frente a sus vulneraciones, entre las que destacan los fenómenos de la piratería y la falsificación, graves problemas públicos con diferentes aristas. Se analizan en este artículo dos ejemplos de las denominadas como "actuaciones institucionales de observancia" de estos derechos, a escala de la Unión Europea (el Observatorio Europeo de la EUIPO) y en el ámbito nacional (la Comisión Intersectorial).

ABSTRACT

Intellectual Property Rights require the provision of adequate mechanisms for their indemnity against infringements. Among them, the phenomena of piracy and counterfeiting are considered as serious multi-faceted policy problems. In this essay, two examples of the so-called "institutional enforcement measures" for IP rights are analyzed, both UE-wide (the Observatory of the EUIPO) and in the case of Spain (the Intersectoral Commission).

Sumario: I. Introducción. II. Los Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial y su Observancia: Falsificación y Piratería Como Fenómenos Sociológicos y Jurídicos. III. Las Actuaciones Institucionales para la Observancia: Dos ejemplos. 3.1 La propuesta de la Unión: El Observatorio Europeo las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual. 3.2 El caso español: la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad industrial.

I. INTRODUCCIÓN.

Si partimos del popular aforismo jurídico que establece que un derecho (constitucionalmente garantizado, subjetivo o patrimonial, añadimos a nuestros efectos) vale tanto como sus garantías, resulta evidente que la preocupación de los poderes públicos, en sentido amplio, debe transitar una senda destinada a procurar un marco de relaciones entre los ciudadanos que permita tanto conducir de manera eficaz la complejidad y la multiplicidad de potenciales relaciones de manera ordinaria como resolver aquellos daños que deriven de los conflictos que surgen, precisamente, de la existencia de ese haz de relaciones múltiples. De este modo, cada rama del ordenamiento jurídico pretende, al menos como tipo ideal a conseguir, establecer reglas que gobiernen (o, basándose en la autonomía de la voluntad, que permitan que los mismos sujetos se gobiernen) las situaciones más comunes (de ahí la necesidad de la evolución del ordenamiento jurídico, dado lo dinámico y cambiante de estas situaciones) y reglas que disciplinen la satisfacción o la restitución de dichas situaciones comunes a través de consecuencias jurídicas que recaigan sobre el sujeto infractor, contractual o extracontractualmente. A esto se une el llamamiento constitucional para garantizar no solamente la igualdad formal ante la Ley y el sometimiento de todos los

ciudadanos a la misma, sino especialmente que los poderes públicos se embarquen en la garantía de una igualdad de carácter material o real, a fin de promover que las libertades y derechos de los individuos pueden ejercitarse con plenitud y, en sentido negativo, para que se remuevan aquellos obstáculos que impidan tal cosa, como es claro en el artículo 9.2 de nuestra Constitución actualmente vigente.

Pero este debate doctrinal deviene aún más relevante en tanto la situación común antes mencionada conlleve la atribución de un derecho para una de las partes, lo que, de forma lógica, corre paralelo a un deber que tendrá que cumplir otra de las potenciales partes en juego. Es por ello por lo que el equilibrio entre las instituciones jurídicas *per se* y sus correspondientes normas para velar por su observancia es objeto claro de interés teórico y práctico. Mucho se ha escrito, pero desde el ámbito de la teoría general del derecho, las garantías pueden ser consideradas como aquellas técnicas

> "*con las que se tutelan y se satisfacen los derechos... las garantías primarias son las prohibiciones y las obligaciones, correspondientes unas a los derechos consistentes en expectativas negativas de no lesión, y las otras a los derechos consistentes en expectativas positivas de prestación... las garantías secundarias son, en cambio, intervenciones jurisdiccionales tendentes a reparar o sancionar las violaciones de las garantías primarias.*"[1]

No obstante, sería ingenuo pretender que la perfección de la norma es garantía bastante de su efectividad. El mero reconocimiento legal no basta para asegurar la efectividad y la satisfacción del derecho correspondiente: el cumplimiento de la norma por parte de sus destinatarios potenciales exige no solo una sopesada y medida técnica jurídica, sino también conocimiento y comprensión de la misma, además de la aceptación de sus valores y consensos sociales implícitos. Es por ello que han proliferado, alrededor de los mecanismos tradicionales para la ejecución de la observancia de la norma (entre otros, el Poder Judicial o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), otro tipo de actuaciones, más o menos institucionalizadas, que pretenden crear un entorno que facilite la observancia de dichos derechos, ya sea mediante la generación de información que permita comprender mejor el alcance de los fenómenos vulneradores y, por tanto, permita a lo que hemos denominado como mecanismos institucionales actuar en mejores condiciones, o mediante la concienciación ciudadana, de tal modo que se actúe directamente sobre los valores de los potenciales infractores,

[1] FERRAJOLI, Luigi, *Los derechos y sus garantías*, edit. Trotta, Madrid, 2016, pp. 13-14.

a fin de impulsarlos a dejar de cometer dichas infracciones, o sobre la ciudadanía o parte de esta, por su relación directa o indirecta con el contexto en el que se cometen dichas infracciones. Si bien puede comprenderse rápidamente que estas actuaciones son de muy diversa naturaleza y diferente materialización, las categorizaremos bajo la denominación "actuaciones institucionales" para la observancia, a los efectos de nuestro análisis, frente a los mecanismos tradicionales ya mencionados, que podemos denominar como "actuaciones ejecutivas de observancia". La clave para distinguirlas es que mientras que estas últimas son mecanismos estrictamente dirigidos al reproche jurídico, aquellas son medidas que o bien pretenden el reproche social (e incluso, en cierta medida, económico) de las conductas o bien pretenden generar inteligencia y comprensión sobre dichas conductas, para coadyuvar a la adecuada formulación de políticas públicas y apoyar la acción de las actuaciones ejecutivas de la observancia.

Es objeto de este artículo examinar dos manifestaciones concretas de estas actuaciones institucionales, una de carácter europeo y otra de carácter nacional, en un área sustantiva específica: la observancia en el área de los derechos de propiedad intelectual e industrial, como son el Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual y la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad industrial de España, poniendo de manifiesto algunas de sus fortalezas y debilidades estructurales.

II. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL Y SU OBSERVANCIA: FALSIFICACIÓN Y PIRATERÍA COMO FENÓMENOS SOCIOLÓGICOS Y JURÍDICOS.

La doctrina explica que, en principio, los derechos de propiedad intelectual e industrial son derechos *sui generis* que recaen sobre bienes intangibles y que presentan naturaleza privada, lo que conlleva que recaiga sobre sus titulares la tarea de hacer que sean respetados por el resto de sujetos[2]. Se ha argumentado, asimismo, que estos derechos dependen para su efectividad, en buena medida, de la velocidad y asequibilidad de los mecanismos de garantía que se pongan a

[2] PILA, Justine y TORREMANS, Paul, *European Intellectual Property Law*, 2ª ed., edit. Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 545 y ss.; FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos, OTERO LASTRES, José Manuel y BOTANA AGRA, Manuel, *Manual de la Propiedad Industrial, 3ª ed.,* edit. Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 55-60.

disposición de los derechohabientes[3] y que, de no haber medidas efectivas para reclamar el respeto y la observancia de los derechos de propiedad intelectual e industrial, estos no serían más que cáscaras vacías[4]. En tanto activos intangibles que dominan la estructura de los activos de las empresas en los países más económica y tecnológicamente desarrollados, se considera que son tan valiosos no por sí mismos, sino por el efecto de que la normativa los dota, así como por la solidez de sus mecanismos de protección[5].

Corresponde por tanto al titular de un derecho de patente o de marca o al autor de una obra protegida por derecho de autor o de un diseño industrial hacer valer, *erga omnes,* el haz de facultades negativas o de exclusión que la legislación sustantiva le confiere, lo que ha de ejercerse con un rol proactivo frente a las actuaciones, por ejemplo, de competidores inmediatos en el mercado que, operando en rubros similares, puedan acometer actos que se adentren dentro del patrimonio del titular del derecho correspondiente, incluso sin ser conscientes de ello (según los casos), ya sea a través de actuaciones materiales o, incluso, gracias a sus propias solicitudes de derechos de propiedad industrial o a sus propios derechos de propiedad ya registrados. Esto arroja un panorama de vulneración de derechos de propiedad industrial e intelectual de carácter común, en donde tanto la resolución razonablemente amistosa de este tipo de infracciones (mediante un arreglo como el otorgamiento de una licencia), con o sin mediación, como la tutela judicial de los derechos correspondiente en vía civil (e incluso penal) son soluciones normalmente válidas para restituir el daño al patrimonio jurídico del titular del derecho, al menos en la inmensa mayoría de casos. Estos casos, por relevantes (y numerosos) que puedan ser, no serán objeto de consideración en este artículo. Igualmente, como delimitación negativa, se dejarán fuera aquellos supuestos de puesta en circulación y venta de productos auténticos en canales no autorizados[6].

---

[3] CORNISH, William, LEWELLYN, David y APLIN, Tanya, *Intellectual Property: patents, copyright, trademarks and allied rights,* 8ª ed., edit. Thompson Reuters, Londres, 2013, p. 54.

[4] HILTY, Reto, "Economic, Legal and Social Impacts of Counterfeiting", en *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*, (Ed., Christophe Geiger), edit. Edward Elgar, Chentelham, 2012, p. 11.

[5] JOZWIK, Katarzyna, "Investement Regulation and Intellectual Property", en *Global Trade and Customs Journal*, 2011, nº 6, pp. 351-352.

[6] A pesar de que, en determinadas circunstancias, también pueden afectar a los derechos de la propiedad industrial e intelectual de los titulares, especialmente si hablamos de la primera introducción del producto en el mercado, antes, por tanto, de que se produzca el agotamiento del derecho correspondiente o de un modo que pueda perjudicar las funciones esenciales de una marca. En este sentido, resulta interesante la clásica y muy influyente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de julio de 2011, l'Oréal SA y otros contra Ebay Internacional AG, caso C-324/09

Nos centraremos, por tanto, en un tipo específico de vulneración de derechos de propiedad intelectual e industrial, aquel que supone un daño de considerable magnitud al patrimonio del derechohabiente y que, a la par, afecta a otros bienes jurídicos públicos que necesitan protección: hablamos de los fenómenos de falsificación y la piratería como conceptos extrajurídicos bajo los que se agrupan prácticas que se basan en la usurpación indebida del tiempo y del talento ajeno que un titular ha invertido en la creación de un bien intangible que, normalmente, tiene cierto éxito o es demandado por parte del mercado[7]. Esto sucede mediante la producción ilícita a gran escala de productos o embalajes (así como de sus trasuntos digitales) que imitan (con menor o mayor suerte) o copian otros previamente protegidos por derechos de propiedad intelectual o industrial, y/o de su distribución[8] a través de una cadena logística que comprende la fabricación, el transporte, el almacenamiento y la venta a un público intermedio o final[9]. Estas prácticas afectan en particular a los titulares de derechos de marcas y a los autores de obras protegidas por derecho de autor, pero también alcanzan a los titulares de derechos de diseño industrial y de signos distintivos de calidad. Normalmente, los actos infractores de derechos de patente reciben un tratamiento doctrinal y jurídico separado[10]. Por último, debe destacarse el factor de internacionalidad, dadas las premisas de apertura al comercio mundial que caracteriza a las economías actuales: los productos falsificados y pirateados atraviesan normalmente varias jurisdicciones territoriales a lo largo de la cadena logística, lo que complica aún más su adecuada detección y persecución: la mayoría de productos falsificados que acceden a la UE a través de sus fronteras exteriores suponen el 5'8% del total de importaciones, y, según los datos recabados entre 2017 y 2019, proceden de un pequeño grupo de países productores, fundamentalmente China (incluyendo la región administrativa especial de Hong Kong), Turquía, Singapur y Emiratos Árabes Unidos[11].

(ECLI:EU:C:2011:474) o la más reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de octubre de 2022, Perfumesco.pl sp. Z o.o. sp.k. contra Procter & Gamble International Operations SA, caso C-355/21 (ECLI:EU:C:2022:791).

[7] CASADO, Alberto, "Globalización y propiedad industrial: el escenario emergente", en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la competencia*, 2008, nº 49, 74-75.

[8] ANTONOPOULOS, Georgios A., Fake goods, real money: the counterfeiting business and its financial management, edit. Polisy Press, Bristol, 2018, p. 2.

[9] Antonopoulos, *Fake goods*..., p. 15.

[10] LI, Xuan, "Ten general misconceptions about the enforcement of intellectual property rights", en *Intellectual Property Enforcement. International Perspectives* (coords. Carlos Correa, Xuan Li), edit. Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 16-19.

[11] CASELLES, Juan José, "Situación actual de la falsificación de marcas en España: problemas y soluciones" en María Mercedes Curto Polo (coord.), *Reflexiones sobre la propiedad industrial en el Siglo XXI* (Madrid: Aranzadi, 2023), 520.

Pero, como se ha argumentado, la compraventa de productos falsificados y pirateados se considera (también) como un elemento distorsionador que tiene efectos sobre otros bienes públicos de interés, como son los derechos de los consumidores, la salud pública, la seguridad y el orden público, el empleo o la sostenibilidad de las finanzas públicas, entre otros[12]. Así, por ejemplo, en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las mercancías falsificadas o pirateadas "inducen a error a los consumidores, haciéndoles correr a veces riesgos para su salud y seguridad"[13]. De este modo, al daño generado al patrimonio jurídico-privado del titular del derecho se unen los que se producen al conjunto de la sociedad. Esta afectación paralela a bienes públicos y privados es la que, *grosso modo*, fundamenta también la tutela por parte del poder público a través del más intervencionista derecho penal junto a la clásica vertiente *iusprivada* de la protección por parte del titular afectado: se ha dicho acertadamente que este fenómeno entrelaza áreas de acción pública como la propiedad intelectual e industria o la protección al consumidor, tradicionalmente sujetos regulados por normas de derecho privado, con la persecución de la criminalidad, particularmente en su dimensión organizada, objeto del derecho penal, lo que le añade un plus de problema de seguridad pública[14].

La globalización y, con ello, la expansión del comercio internacional a una magnitud nunca antes vista, ha hecho que la preocupación por el cumplimiento efectivo de estos derechos de propiedad intelectual y, específicamente, por la falsificación y la piratería se hayan convertido en debates capitales en cualquier agenda relacionada con el comercio internacional desde, al menos, finales de los años setenta[15], espoleados fundamentalmente por los países en los que se concentraban (y concentran) la mayor parte de empresas o conglomerados multinacionales, principales usuarios (y beneficiarios) del entramado comercial global y, por ello, con abultadas carteras de derechos de propiedad intelectual en sus haberes[16]. Esta preocupación ha encontrado evidente traducción jurídica en

[12] BLAKENEY, Michael, Intellectual Property Enforcement. A commentary on the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) edit. Edward Elgar, Cheltenham:2012, pp. 7-22; CASELLES, Juan José, Derecho de Marcas y proceso penal, edit. Reus, Reus, 2017), pp. 21-77.
[13] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 9 de abril de 2014, Sintax Trading OÜ contra Maksu-ja Tolliamet, asunto C-583/12 (ECLI:EU:C:2014:244).
[14] FARRAND, Ben, "Alone we can do so little; together we can do so much: the essential role of EU Agencies in combatting of counterfeit goods", en *European Security*, 2019, nº 28(1), p. 10.
[15] CARBAJO GASCÓN, Fernando, "Propiedad Intelectual, Globalización y Desarrollo (entre el Tratado de Libre Comercio centroamericano y Aspectos de derecho de propiedad intelectual y comercio)", en *Revista de Derecho*, nº 2005,10, pp. 151-190; BERCOVITZ, Alberto, "Globalización y Propiedad Intelectual", en *Revista de Derecho*, 2005, nº 11, pp. 139-147.
[16] CHAULDHRY, Peggy, ZIMMERMAN, Alan, *The economics of counterfeit trade. Governments,*

el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), que figura como anexo 1C del Tratado de Marrakech, de 15 de abril de 1994, por el que se instituye la Organización Mundial del Comercio (OMC), Acuerdo calificado en su día de forma clarividente como "*la piedra angular del futuro régimen de los bienes inmateriales*"[17] sobre cuyo extraordinario impacto mucho se ha escrito[18].

Fue en este instrumento jurídico internacional en el que, por vez primera, se consagra de manera clara la relevancia de los derechos de propiedad intelectual e industrial para impulsar el libre comercio, lo que pone de manifiesto que la formulación de políticas de propiedad intelectual e industrial tiene impactos en otras áreas de la arena política nacional e internacional[19], a pesar de que la relación entre propiedad intelectual y comercio no ha sido siempre positiva[20]. Precisamente por ello, la cuestión de la observancia de estos derechos en el ámbito comercial requiere de un corpus jurídico específico: en su parte tercera (arts. 41-61) se estableció por primera vez una serie de principios generales pero también detalladas medidas concretas (tanto de carácter procesal como de naturaleza sustantiva) que los Estados parte deberían poner en marcha para que los derechohabientes pudiesen hacer valer los derechos de propiedad intelectual e industrial ante sus vulneraciones, incluyendo tanto medidas de carácter civil como penal que, en todo caso, no imponen que los Estados partes tengan un deber de perseguir ellos mismos dichas vulneraciones. El artículo 61, concretamente, asienta las bases de la consideración jurídica y doctrinal separada de la

consumers, pirates and Intellectual property Rights. Edit. Springer-Verlag, Berlin, 2008, pp. 7 y ss.; MONOT, Bleuzen, *La guerre de la contrefaçon*, edit. Ellipses, Paris, 2009.

[17] GÓMEZ SEGADE, José Antonio, "El acuerdo ADPIC como nuevo marco para la protección de la propiedad industrial e intelectual", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor,* 1995, n. 16, pp. 33.

[18] Inter alia, Tanya Aplin, Jennifer Davis, *Intellectual Property Law. Text, cases and materials, 2ª ed*., (Oxford: Oxford University Press, 2013) 26; William Cornish; Kathleen Liddell, "The origins and structure of the TRIPS Agreement" en Hans Ullrich et al., *TRIPS plus 20* (Berlin: Springer-Verlag, 2016); Manuel Botana Agra "Las normas sustantivas del A. ADPIC (TRIP's) sobre los derechos de propiedad intelectual", en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, nº 16*, 1995, pp. 109-162; Alberto Casado Cerviño; Begoña Cerro Prada, "Orígenes y alcance del acuerdo TRIPs. Incidencia en el derecho español" en *Temas de derecho industrial y de la competencia, nº 1*, 1997, pp. 73-94; Manuel Lobato García-Miján, "La aplicación en España del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y sobre las consecuencias de dicha aplicación" en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia, nº extra 42*, 2006, pp. 243-257.

[19] GURRY, Francis, "The growing complexity of international policy in Intellectual Property", en *Science and Engineering Ethics,* 2005, nº 11, pp. 13-20.

[20] FRANKEL, Susy. "The fusion of Intellectual Property and Trade". En: Rochelle Cooper Dreyfuss y Elizabeth Siew-Kuan Ng, (eds.), *Framing Intellectual Property in the 21st Century*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 89 y ss.

falsificación y la piratería, al establecer la obligatoriedad del reconocimiento penal de determinados actos vulneradores en los casos de "*falsificación*" (dolosa) de marcas y "*piratería*" lesiva de los correspondientes derechos de autor, siempre que sucedan a escala comercial. Este régimen podrá ser extendido a las vulneraciones que tengan lugar contra otros derechos de propiedad intelectual e industrial[21].

Ha sido este artículo 61 del Acuerdo de los ADPIC el que, en el ámbito del derecho de la Unión Europea (y, por tanto, para el derecho nacional) ha servido para consagrar jurídicamente el alcance material de la falsificación y la piratería. Como ha reconocido reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, este Acuerdo internacional forma parte integrante del Derecho de la Unión y, particularmente, este artículo 61 debe ser aplicado por los Estados Miembros en el marco del ordenamiento jurídico de la Unión[22], si bien, habida cuenta de la naturaleza de estas disposiciones normativas y de su sistemática, carecen de efecto directo[23]. Por ello, precisan de norma de aplicación, lo que no menoscaba la validez interpretativa y conceptual de su consideración como integrantes del acervo comunitario. El legislador europeo ha optado por un régimen jurídico que va más allá del cumplimiento de los ya citados mínimos y ha estirado conceptualmente las nociones de producto falsificado y pirateado: el artículo 2 del Reglamento (UE) Nº 608/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1383/2003 del Consejo[24] define al producto falsificado como aquella mercancía en la que se dé al menos una de las siguientes circunstancias: 1) ha sido objeto de un acto que vulnere una marca en el Estado miembro donde se encuentren las mercancías y que lleve sin autorización un signo idéntico a una marca válidamente registrada para mercancías del mismo tipo o que no pueda

[21] MALBON, Justin, LAWSON, Charles y DAVISON, Mark, *the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. A commentary*, edit. Edward Elgar Cheltenham, 2014, pp. 703-710.
[22] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 19 de octubre de 2023, G.ST.T., asunto C-655/21. (ECLI:EU:C:2023:791).
[23] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 15 de marzo de 2012, SCF contra Marco del Corso, asunto C-135/10 (ECLI:EU:C:2012:140).
[24] Esta norma del acervo comunitario es clave en el ejercicio de los poderes de la Unión Europea en relación a la política comercial común (competencia exclusiva de la Unión de acuerdo con el art. 3.1, letras a) y e) del Tratado de Funcionamiento de la UE) y, por consiguiente, para el adecuado control de diferentes aspectos de los productos y bienes que ingresan al mercado interior desde países terceros, incluyendo el respeto a los derechos de propiedad intelectual e industrial que se encuentren en vigor en la Unión Europea.

distinguirse de ella en sus aspectos esenciales, 2) ha sido objeto de un acto que vulnere una indicación geográfica en el Estado miembro donde se encuentren y que lleven una denominación o término protegido en relación con esa indicación geográfica, o sean descritas por él o 3) así como aquella que lleve cualquier envase, etiqueta, adhesivo, prospecto, instrucciones de uso, documento de garantía u otro elemento similar, incluso presentados por separado, objeto de un acto que vulnere una marca o una indicación geográfica y que lleven un signo, nombre o término idéntico a una marca o indicación geográfica válidamente registrada o que no pueda distinguirse de ella en sus aspectos esenciales, que puedan ser utilizados para mercancías del mismo tipo para el que se haya registrado dicha marca o indicación geográfica. Igualmente, se definen como mercancías piratas aquellas que hayan sido objeto de un acto que vulnere un derecho de autor u otro derecho afín, o un diseño industrial en el Estado miembro en el que se encuentren las mercancías, y que sean o contengan copias realizadas sin la autorización del titular del derecho de autor o derecho afín o del diseño industrial, o de una persona autorizada por ese titular en el país de producción.

Es lugar comúnmente aceptado que, en el pasado, los bienes falsificados eran tradicionalmente bienes calificados como productos de lujo, mientras que se observan ahora falsificaciones en mercados de naturaleza muy diversa[25], que, igualmente, han aumentado considerablemente en volumen, de acuerdo con varios estudios detallados[26]. Es por ello que, en términos institucionales, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) califica el comercio ilícito de productos falsificados y pirateados como un riesgo socioeconómico de largo recorrido y en crecimiento que amenaza la gobernanza pública efectiva, negocios eficientes y el bienestar de los consumidores[27]. La Comisión Europea (en adelante, la Comisión) manifestó en 2010 que las vulneraciones de derechos de propiedad intelectual e industrial habían llegado a un nivel "*significativo*", es decir, que habían crecido y/o seguían creciendo respecto de mediciones anteriores[28], mientras que en el actualmente vigente Plan de Acción en

[25] SCHENEIDER, Marius y VRINS, Olivier, Enforcement of intellectual property rights through border measures. Law and practice in the EU. 2ª Ed., edit. Oxford University Press, Oxford 2012, p. 10.
[26] *In toto*, United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI), *Counterfeiting: a global spread, a global threat*, (Turín: UNICRI, 2007); OECD y European Union Intellectual Property Office (EUIPO), *Global Trade in Fakes* (2021); Ludovica Cesareo, *Counterfeiting and Piracy. A comprehensive literature review*, (Nueva York: Springer, 2016), 1-4.
[27] OECD, E-Commerce Challenges in Illicit Trade in Fakes: Governance Frameworks and Best Practices, Illicit Trade, edit. OECD Publishing, París, 2021, p. 3.
[28] SEC(2010) 1589 final, de 22 de diciembre de 2010, p. 26 *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010SC1589* [última consulta: 9 de octubre de 2024]

materia de propiedad intelectual e industrial de la Comisión (de 2020) se afirma que "*claramente deben intensificarse los esfuerzos*" y que "*la capacidad de las autoridades con funciones coercitivas ha de reforzarse considerablemente. La falsificación y la piratería deben convertirse en una máxima prioridad*."[29]. En respuesta a esta comunicación de la Comisión, el Parlamento Europeo suscribió ese enfoque, e instó a que todos los actores involucrados (incluyendo a los Estados miembros, autoridades aduaneras y policiales nacionales y a Europol e Interpol

> "*a que coordinen estrategias y elaboren sanciones efectivas y disuasorias, sobre todo con el fin de limitar la cantidad de productos peligrosos puestos a disposición del público y de luchar contra la falsificación y la piratería, especialmente cuando guardan relación con la delincuencia organizada.*"[30]

Por su parte, el Consejo ha aprobado, para el ciclo 2022-2025, que los delitos contra la propiedad intelectual y la propiedad industrial sigan formando parte de las prioridades de la Unión para la lucha contra el crimen organizado, reconociéndolos como parte de EMPACT (*European Multidisciplinary Platform Against Criminal Threats*)[31]. La importancia que se da a este tipo de delitos, intrínsecamente ligados a las capacidades de la delincuencia organizada económica, se pone de manifiesto asimismo en el informe sobre evaluación de la amenaza de la Delincuencia Organizada y Grave en la Unión Europea (SOCTA 2021)[32]. A la vista de todas estas declaraciones institucionales, se considera que la adecuada gestión del fenómeno requiere de una interacción significativa entre el sector privado (los titulares de los derechos o sus representantes) y las autoridades públicas, especialmente en el momento en el cual se investiga el origen de los productos falsificados o pirateados, y, del mismo modo, cuando hay que recopilar y presentar las pruebas apropiadas para el éxito de la fase penal[33].

---

[29] COM (2020) 760 final, de 25 de noviembre de 2020, pp. 18-19. *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0760* [última consulta: 9 de octubre de 2024]

[30] Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de noviembre de 2021, sobre un plan de acción en favor de la propiedad intelectual para apoyar la recuperación y la resiliencia de la UE, p. 12, *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0453_ES.pdf* [última consulta: 9 de octubre de 2024]

[31] *Council of the European Union*, doc. 7010/23, de 9 de marzo de 2023.

[32] ENGUITA OSUNA, José Enrique "La lucha de la Unión Europea contra la delincuencia organizada: la nueva hoja de ruta de 2023" en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, nº 39, 2023, p 76.

[33] URBAS, Gregor, "Criminal enforcement of intellectual property rights: interaction between publics authorities and private interests", en *New Frontiers of Intellectual Property Law: IP and Cultural Heritage, Geographical Indications, Enforcement, Overprotection*, (eds. Christopher Heath y Anselm Kamperman Sanders), edit. Hart Publishing, Londres, 2005, pp. 303 y ss.

III. LAS ACTUACIONES INSTITUCIONALES PARA LA OBSERVANCIA: DOS EJEMPLOS

3.1 La propuesta de la Unión: El Observatorio Europeo las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual

El Reglamento (UE) nº 386/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril de 2012, por el que se encomiendan a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) funciones relacionadas con el respeto de los derechos de propiedad intelectual, entre otras la de congregar a representantes de los sectores público y privado en un Observatorio Europeo de las Vulneraciones de los Derechos de Propiedad Intelectual[34], es la fuente jurídica que consagra esta figura tal y como la conocemos hoy. Esta norma de derecho derivado europeo, dictada de acuerdo con los artículos 114 y 118 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, atribuye a la actual EUIPO, teniendo en cuenta sus antecedentes y lo previsto en la Directiva 2004/48/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual[35], pretende configurar al Observatorio como un recurso central para la recopilación, supervisión y comunicación de información de datos sobre "todas" las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual y como plataforma de cooperación para que los representantes de las autoridades nacionales y los interesados puedan intercambiar ideas y experiencias sobre buenas prácticas y formular recomendaciones a las autoridades responsables para estrategias conjuntas para luchar contra el fenómeno[36]. Los colegisladores igualmente declaran que este Observatorio debe convertirse tanto en un centro de excelencia en materia de información y datos sobre la vulneración de los derechos de propiedad intelectual como en un foro que congregue a las autoridades públicas y al sector privado[37].

Ya en su texto articulado, en el primer artículo se establece que corresponde a la hoy EUIPO facilitar y apoyar las actividades de autoridades nacionales, sector privado y de las instituciones de la Unión en la lucha contra la falsificación y

[34] *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0386*, publicado en el DOUE de 16 de mayo de 2012. [última consulta: 9 de octubre de 2024]
[35] GIL CELEDONIO, José Antonio, "Esa ambición desmedida: la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual y su compleja aplicación. El rol del observatorio europeo de las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual.", en *Revista La Propiedad Inmaterial,* 2024, nº 38, pp. 130-132.
[36] Considerandos 6 y 16 del Reglamento (UE) nº 386/2012.
[37] Considerandos 18 y 19.

la piratería, excluyendo la participación en operaciones individuales o investigaciones realizadas por las autoridades competentes. Este elemento es clave: el Observatorio no está llamado a sustituir a las autoridades responsables de mecanismos tradicionales para la ejecución de la observancia de la norma, solamente puede actuar como proveedor de información o capacitación.

En una enumeración tan profusa como confusa, su artículo segundo contiene un listado de funciones y actividades a desarrollar, que pueden resumirse en diversos planos: 1- generar inteligencia e información valiosa sobre el valor de la propiedad intelectual e industrial y los efectos de sus vulneraciones; 2- fomentar el intercambio de buenas prácticas e información entre los sectores público y privado; 3-formar y reciclar a los responsables de la observancia de estos derechos; 4- sensibilizar a la opinión pública y 5- apostar por la cooperación internacional con países terceros para fomentar el respeto de los derechos de propiedad intelectual e industrial fuera de la UE. Para ello, en su artículo cuarto se impone la obligación de convocar, al menos una vez al año, una reunión con representantes de las entidades públicas de los Estados miembros que intervengan en relación con los derechos de propiedad intelectual, y representantes del sector privado que representen amplia y equilibradamente a escala nacional y europea a los diferentes sectores económicos, incluidas las industrias creativas, más afectados por la vulneración de los derechos de propiedad intelectual o más experimentados en la lucha al respecto, salvaguardando expresamente la representación tanto organizaciones de consumidores y de PYMEs como autores y otros creadores. Estas reuniones revisten un cierto interés público, en tanto los asistentes a las reuniones y sus actas deben publicarse en el sitio web de la EUIPO. Para posibilitar el trabajo material del Observatorio, su Reglamento trata de imponer obligaciones de información a los Estados Miembros: el artículo 5 establece que, cuando proceda, deberán informar medidas y estrategias globales que adopten en relación con el respeto de los derechos de propiedad intelectual, y, en su caso, de las variaciones de las mismas, datos estadísticos sobre estas vulneraciones y jurisprudencia relevante. Igualmente, se ubican ciertas obligaciones nominales, pero de dudosa efectividad (ya que se someten a muchos más límites), sobre los actores privados que participan en el Observatorio: solamente en los casos en que sea posible, y si lo solicita la EUIPO, informarán sobre medidas y estrategias que lleven en el ámbito de su actividad sobre el respeto a los derechos de propiedad intelectual, así como datos estadísticos en dichos ámbitos de actividad.

Todo este esquema ha permitido que la EUIPO, a través del punto de contacto que supone el Observatorio, dote a la Comisión de una red de actores, basada en la voluntariedad, que se comprometen en una suerte de autorregulación mediante acciones coordinadas para la gobernanza de este fenómeno en toda su complejidad[38], y ha posibilitado que, desde la obligación legal de la reunión anual, se genere un sistema que reúne varias veces al año a diversos grupos de trabajo que funcionan en paralelo: uno sobre Propiedad Intelectual en el ámbito digital, otro sobre percepción pública, otro sobre observancia y respeto y otro sobre economía y estadísticas, a los que se añaden cinco grupos de expertos que, con dimensión más reducida, abordan asuntos de manera específica[39]. Además, dentro de esta red se ha incluido a otras relevantes organizaciones internacionales como la Organización Mundial de Aduanas, Europol, la Agencia Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), la Oficina Europea de Patentes o la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI). En términos organizativos, y de acuerdo con la Decisión Administrativa n. 24-11, en vigor desde el 1 de julio de 2024[40], dictada por el Director Ejecutivo en ejercicio de las competencias atribuidas a este órgano por el artículo 157.4.a) del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea, el Observatorio es un departamento de la Oficina, con un Director a la cabeza, que actúa asistido por un Director Adjunto (que se ocupa de operaciones y proyectos), y que dirige 3 Jefaturas de Servicio: el Servicio de Observancia, el Servicio de Participación y conocimiento sobre Propiedad Intelectual y el Servicio de Propiedad Intelectual en el mundo digital, que incluye el Centro sobre conocimiento de derechos de autor. El Director de este Departamento forma parte del llamado Comité Ejecutivo Asesor de la Oficina, que delibera y asesora al Director Ejecutivo sobre asuntos relevantes relativos a las operaciones de la Oficina.

En la evaluación que se llevó a cabo sobre la aplicación del Reglamento que instituye el Observatorio en su actual forma, se concluyó que sus objetivos generales y específicos se consideran relevantes para todos los actores interesados en la lucha contra las vulneraciones de derechos de propiedad intelectual e

[38] FARRAND, Benjamin, "Combatting physical threats posed via digital means: the European Commission's developing approach to the sale of counterfeiting goods on the internet", en *European Politics and Society*, 2018, nº 19 (3), p. 349.
[39] SCHNEIDER, Marius y VRINS, Olivier, *opus cit.,* pp. 98-99.
[40] *https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/contentPdfs/law_and_practice/decisions_president/administrative/ADM-24-11_en.pdf* [última consulta: 9 de octubre de 2024]

industrial, ha promovido una estructura organizativa estable y una red plural que está soportada por una financiación pública adecuada y ha ejecutado las tareas encomendadas por los legisladores de manera efectiva[41]. Solo en 2022, de acuerdo con su Informe Anual[42], su presupuesto ejecutado ascendió a 15 millones de euros (en sus diferentes líneas de actuación) y se publicaron 22 estudios. En sus propias palabras, el Observatorio se aproxima a cada aspecto de los sistemas de propiedad intelectual e industrial en Europa, desde la investigación a la comunicación, para apoyo de las autoridades encargadas de la ejecución de las políticas de respeto a los derechos de propiedad intelectual e industrial[43]. Y esto lo hace, sin duda, gracias a que dispone de una estructura estable y dotada con un personal cualificado con carácter permanente: en 2009, cuando aún estaba adscrito a los servicios de la Comisión, contaba apenas con 3 funcionarios, mientras que, en 2019, contaba con 55 empleados a su servicio, en diferentes categorías[44]. Su trabajo se encuentra bajo la égida del Plan Estratégico de la EUIPO, lo que alinea los esfuerzos y crea sinergias. Esto permite al Observatorio mantener e impulsar su red: continúa colaborando con la OCDE a través de la *Task Force on counterfeiting illicit Trade*, tiene suscrito un acuerdo estable con la Asociación Europea para las políticas públicas de propiedad intelectual (EPIP) y gestiona el Portal de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, desarrollado en estrecha cooperación con DG TAXUD. Asimismo, presta asistencia a otras Direcciones Generales de la Comisión, tales como DG JUST o DG CNECT, y coopera con la otra agencia descentralizada de propiedad intelectual de la Unión Europea, la Oficina Comunitaria de Variedades Vegetales (CPVO)[45].

Su flexibilidad y resultados ha servido para que haya sido depositario de otras tareas, lo que han ampliado su campo de actuación más allá de las medidas de Observancia de los derechos de propiedad intelectual e industrial per se: además de las competencias y funciones atribuidas por el ya mencionado Reglamento (UE) nº 386/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de abril

[41] SWD (2020) 282 final, 38 y ss.
[42] Puede encontrarse en *https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/reports/Observatory_Activity_Report/Observatory_Activity_Report_2022_en.pdf* [última consulta: 9 de octubre de 2024]
[43] European Union Intellectual Property Office, Ten years of the European Observatory on Infringements of Intellectual Property Rights: Achievements and Perspectives, 2012-2022, Alicante, 2022, p. 37.
[44] SWD (2020) 282 final, 10.
[45] European Union Intellectual Property Office, *2023 Consolidated Annual Activity Report*, Alicante, 2024, 104 y ss.

de 2012, la Directiva 2012/28/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas, la EUIPO gestiona la base de datos de dichas obras (aquellas en las que ninguno de los titulares de los derechos está identificado o, de estarlo uno o más de ellos, ninguno está localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente) en los términos del artículo 3.6 de dicha Directiva, y ha atribuido internamente la llevanza al Observatorio. Asimismo, la muy relevante Directiva (UE) 2019/790, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, en su artículo 10.2, atribuye a la EUIPO la creación y gestión de un portal de obras que estén fuera del circuito comercial, algo que la agencia lleva a cabo a través del Observatorio. Esto abre un panorama de futuro que es, a la par, alentador y comprometedor, en tanto amplía el foco de actividad de esta estructura organizativa y la llena de contenido en un ámbito en principio ajeno a las actividades nucleares de la EUIPO (los derechos de autor y sus derechos conexos o afines), pero a la par desvía los esfuerzos del principal fin del Observatorio, la lucha contra las vulneraciones de (todos) los derechos de propiedad intelectual e industrial.

3.2 El caso español: la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad industrial

En el ámbito español, puede hacerse referencia al Real Decreto 54/2014, de 31 de enero, por el que se crea y regula la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad industrial[46]. En esta norma de carácter reglamentario se regula, por tanto, un órgano colegiado, cuyo régimen jurídico puede encuadrarse en lo ahora reconocido en la sección 3ª del Capítulo II del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público, que se inserta en el entramado organizativo de la Administración General del Estado sin participar en su estructura jerárquica, y que rebasa la dimensión interministerial al dar cabida a la participación de organizaciones representativas de intereses sociales y de otras Administraciones Públicas. Su antecedente inmediato es el Real Decreto 1224/2005, de 13 de octubre, por el que se crea y regula la Comisión intersectorial para actuar contra las actividades vulneradoras de los derechos de

[46] Publicado en el B.O.E. de 13 de febrero de 2014.

propiedad industrial, que, a pesar del mismo nombre y similares funciones, fue derogado por el Real Decreto de 2014, en lugar de modificado, como hubiese sido aconsejable por economía procesal y porque continúa con su enfoque: se involucra a los actores del sector privado para abordar de manera coordinada el fenómeno de la vulneración de estos derechos, frente a la anterior concepción puramente administrativa. Su aprobación en 2014 no parece ser casual, ya que su propia introducción menciona la necesidad de conectarse con el Observatorio Europeo que hemos analizado anteriormente, configurado en la actualidad por una norma de 2012.

La adscripción orgánica de esta Comisión se confiere al entonces Ministerio de Industria, Energía y Turismo (hoy, en los términos del Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, Ministerio de Industria y Turismo), cuyo titular ejerce la Presidencia, con el titular de la Subsecretaría haciendo las veces de Vicepresidente. La Secretaría, actuando a la manera tradicional en el derecho de la organización administrativa español, con voz, pero sin voto, es ocupada por la persona que ocupe la Subdirección General de Coordinación Jurídica y Relaciones Internacionales de la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A. El resto de la composición se determina siguiendo, aparentemente, un criterio de selección que combina caracteres materiales y subjetivos: por un lado, entre sus vocales se encuentran, además del titular de la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A. (con rango de Director General), otros titulares de órganos con rango equivalente, como son los titulares de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación), de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia (Ministerio de Justicia), Dirección General de Armamento y Material (Ministerio de Defensa), de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia (del entonces Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad) y del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, así como representantes no especificados, pero con rango de director general, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de la Secretaría de Estado de Cultura del entonces Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de la Secretaría de Estado de Empleo del entonces Ministerio de Empleo y Seguridad Social y de la Secretaría de Estado de Comercio del anterior Ministerio de Economía y Competitividad. Con rango de subdirector (sin que se entienda el motivo particular que justifica este diferente rango orgánico), forman parte de la Comisión representantes de la Secretaría de Estado de

Seguridad del Ministerio del Interior, de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición y de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. Todos ellos apuntan a áreas que convergen al analizar el problema de la falsificación y la piratería: desde las dimensiones penal, coercitiva y aduanera del fenómeno a su afectación a diversas políticas públicas, como son las relativas al empleo, la salud pública, el comercio interior e incluso a las relaciones económicas internacionales, entre otras. Igualmente, la Comisión da buena muestra del carácter compuesto de la estructura político-administrativa de España, ya que se incorporan a las tareas de la misma dos representantes de las Comunidades Autónomas y un representante de las entidades locales, designado por la asociación de ámbito estatal con mayor implantación (en este momento, la Federación Española de Municipios y Provincias).

La pretensión de los poderes públicos parece ser la de la vinculación entre las responsabilidades que ostentan los poderes públicos y el conocimiento de primera mano que del fenómeno tienen entidades privadas: es por ello que se reconoce, igualmente, que formarán parte de la Comisión un representante del Consejo de Consumidores y Usuarios, así como tres representantes de entidades reconocidas en defensa de la propiedad industrias, una caracterización que tiene la suficiente amplitud (y entiéndase igualmente la suficiente discrecionalidad) como para permitir que, en la práctica, cualquier "entidad", con independencia de la forma jurídica que revista, que tenga en sus estatutos o documento constitutivo equivalente mención a la defensa de la propiedad industrial pueda participar. Por último, se facultad a la Presidencia de la Comisión para convocar a reuniones concretas (con voz, pero sin voto) a representantes de organizaciones internacionales o europeas, así como de cualesquiera otras entidades públicas y privadas dedicadas a la protección de los derechos de propiedad industrial que no formen ya parte de la Comisión en calidad de vocales, de una manera u otra.

Sus competencias se establecen en el listado contenido en su artículo 3, con un amplio y ambicioso conjunto de tareas: establecer las líneas directrices y las actuaciones y medidas que sean necesarias para la prevención y eliminación de las actividades vulneradoras de la propiedad industrial; promover la celebración de acuerdos y convenios con organizaciones públicas y privadas, nacionales e internacionales, que tengan entre sus fines la protección de los derechos de propiedad industrial; realizar, en su caso, el seguimiento de las relaciones con otros Estados y con organizaciones internacionales y comunitarias competentes en la materia; proponer las actuaciones necesarias para la formación de las

autoridades y agentes encargados de la persecución de las actividades ilícitas e infracciones de derechos de propiedad industrial; formular a los órganos competentes propuestas sobre aquellas iniciativas y modificaciones legislativas o reglamentarias que se estimen necesarias para la eficaz protección de los derechos de propiedad industrial; programar campañas de concienciación y difusión social de los derechos de propiedad industrial destinadas a sensibilizar a los ciudadanos y a las organizaciones sociales sobre la necesidad de proteger la propiedad industrial; conocer de las estadísticas anuales relativas a las actuaciones contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad industrial y de la memoria anual de actividades (que, como se verá a continuación han de preparar los Grupos de Trabajo); encomendar a los grupos de trabajo cualquier actuación que se considere necesaria dentro de las competencias propias de la Comisión y, por último, otras funciones que supongan una más eficaz colaboración, coordinación y cooperación entre las Administraciones públicas en este campo.

Además de esta amplia estructura, que podemos considerar de naturaleza plenaria, el Real Decreto 54/2014 establece, en su artículo 6, que la Comisión, a efectos de funcionamiento, desarrolla sus tareas a través de varios grupos de trabajo, que deben rendir cuentas al Pleno de la Comisión (a quien corresponde la adopción de decisiones que deriven de aquellos). En la actualidad son 3 y se dedican, respectivamente a la normativa, a las estadísticas y a la sensibilización. Entre sus tareas (bastante similares a las atribuidas a la Comisión en pleno) se encuentran la elaboración de propuestas de actuación o de medidas para a la prevención y erradicación de las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad industrial; la elaboración de estudios relacionados con las actividades vulneradoras contra los derechos de propiedad industrial, el seguimiento y la evaluación de las acciones realizadas para la prevención y eliminación de las actividades vulneradoras de propiedad industrial, la elaboración de propuestas de programas de formación destinados a los agentes públicos y privados encargados de la vigilancia y respeto de los derechos de propiedad industrial así como la propuesta al Pleno para la celebración de acuerdos y convenios con organizaciones públicas y privadas, nacionales e internacionales, que tengan entre sus fines la protección de los derechos de propiedad industrial y la elaboración de la memoria anual de actividades.

Además de las funciones generales anteriores, que se entiende quedan indistintamente atribuidas a los Grupos de Trabajo, reconoce el mismo artículo 6 que el Grupo de Trabajo de Sensibilización se encargará de la elaboración de campañas de concienciación y difusión social de los derechos de propiedad

industrial, teniendo en cuenta las aportaciones y sugerencias de los miembros de la Comisión, el Grupo de Trabajo de Estadísticas se encargará de la elaboración, con carácter anual, de estadísticas relativas a las actuaciones contra las actividades vulneradoras de los derechos de propiedad industrial y el Grupo de Trabajo de Normativa se encargará de la elaboración de propuestas de modificación de la legislación vigente, con el fin de mejorar el marco legislativo de protección de los derechos de propiedad industrial. Dichas propuestas se elaborarán sobre la base de los estudios y propuestas elaboradas en el marco de la Comisión, así como del seguimiento el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el ámbito internacional y europeo por el Reino de España en el campo de la protección de los derechos de propiedad industrial.

En los términos del artículo 5.2 de la norma reguladora, esta Comisión debe reunirse de manera ordinaria una vez al año, al menos. No obstante, de acuerdo con la información pública disponible, este órgano colegiado solo se ha reunido 2 veces en 10 años, la última el día 10 de diciembre de 2018[47], sin que puedan observarse consecuencias jurídicas por la ausencia de convocatorias anuales en los últimos años. Esto, no obstante, no significa que algunas de las tareas atribuidas a la Comisión no se lleven a cabo, sino que se llevan a cabo al margen de la estructura formalmente creada para ello, lo que supone una falta de aprovechamiento de las sinergias y potencialidades que podrían derivarse de su estructura. El adecuado seguimiento de las funciones atribuidas a la Comisión (actúe ésta en pleno o a través de sus Grupos), así como la realización de sus funciones ejecutivas y de coordinación requeriría de una suerte de secretariado permanente y dedicado de forma particular a estos cometidos, lo que no sucede en la actualidad. Esto cobra especial relevancia dado el ya analizado numeroso y dispar número de miembros que participan de la Comisión.

La Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A. se enmarca dentro del conjunto de oficinas administrativas nacionales responsables de la propiedad industrial que abordan en su seno lo que se han denominado como actividades no tradicionales, tales como las del apoyo a los órganos competentes en materia de observancia[48].

---

[47] *https://www.mintur.gob.es/es-es/gabineteprensa/notasprensa/2018/documents/181210%20comisi%C3%B3n%20intersectorial%20de%20propiedad%20industrial.pdf* [última consulta: 10 de octubre de 2024]

[48] GIL CELEDONIO, José Antonio, "La inteligencia artificial aplicada en el sector público: el caso de los Oficinas de Propiedad Industrial y, en particular, el de la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A.", en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, 2023, n. 99, pp.

Así, este Organismo Autónomo tiene reconocidas estatutariamente funciones relativas a la promoción de iniciativas y actividades conducentes al mejor conocimiento y a la más adecuada protección de la propiedad industrial[49], actúa como Secretariado y soporte de esta Comisión Intersectorial del mismo modo que la EUIPO actúa como soporte institucional de toda la red del Observatorio Europeo, y tiene incorporado a su Plan Estratégico actualmente en vigor (2021-2024) el impulso a la lucha contra la falsificación y la vulneración de los derechos de propiedad industrial como uno de sus 5 objetivos generales[50]. En el borrador del próximo plan estratégico 2025-2027, esta línea de acción no se contempla como objetivo general pero sí se subsume como línea estratégica dentro de un objetivo general más amplio que pretende promover un uso estratégico de la propiedad industrial[51]. La OEPM, en ejecución de este marco estratégico, ha impulsado en 2022 la consulta pública para lanzar un Plan Nacional e Integral de lucha contra la venta de productos falsificados y para la observancia de los derechos de propiedad industrial 2023-2026[52], cuyo borrador puede encontrarse en la página web[53], sin que quede claro si el Plan se está ejecutando en la actualidad o no. En su estructura organizativa, en la actualidad, no existe un sector ni órgano administrativo (ni una unidad en tanto tal) dedicado íntegramente a estas tareas, lo que dificulta la atribución de medios humanos y presupuestarios. Ello no obstante, se realizan campañas publicitarias anuales de carácter multimedia y multicanal que han sido señaladas por la Oficina del *Trade Representative* de los Estados Unidos como una buena práctica a seguir en, entre otros, sus informes de los años de 2021 o 2022[54], así como numerosas actividades de formación y concienciación con expertos de todo tipo. Incluso, desde

77-78.

[49] Vid. art. 3 del Real Decreto 1270/1997, de 24 de julio, por el que se regula la Oficina Española de Patentes y Marcas, publicado en B.O.A. de 30 de agosto de 1997.

[50] Plan Estratégico de la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A., 2021-2024, *https://www.oepm.es/export/sites/portal/comun/documentos_relacionados/sobre_oepm/Plan_Estrategico/Plan_estrategico_2021_2024_OEPM.pdf* [última consulta: 10 de octubre de 2024]

[51] *https://www.oepm.es/export/sites/portal/comun/documentos_relacionados/sobre_oepm/Plan_Es trategico/Consulta_Publica_Plan_Estrategico_OEPM_2025_2027.pdf* [última consulta: 10 de octubre de 2024]

[52] *https://stopfalsificaciones.oepm.es/novedades-y-publicaciones/novedades/Consulta-publica-sobre-el-Plan-Nacional-e-Integral-de-lucha-contra-la-venta-de-productos-falsificados-y-para-la-observancia-de-los-derechos-de-propiedad-industrial-2023-2026/* [última consulta: 10 de octubre de 2024]

[53] *https://stopfalsificaciones.oepm.es/export/sites/nuevo-stopfalsificaciones/.galleries/documentos/n ovedades/2022/noticia_00272_01.pdf* [última consulta: 10 de octubre de 2024]

[54] Office of the US Trade Representative, *2021 Special 301 Report*, p. 12. *https://ustr.gov/sites/default/files/files/reports/2021/2021%20Special%20301%20Report%20(final).pdf* [última consulta: 10 de octubre de 2024]

un punto de vista de comunicación política, el Consejo de Ministros aprobó, en su sesión de 20 de abril de 2021, por vez primera en la historia de España, a propuesta conjunta de varios departamentos ministeriales encabezados por los Ministerios de Industria, Comercio y Turismo y Cultura y Deporte, una Declaración por el Día Mundial de la Propiedad Intelectual en la que ser reconoció al máximo nivel político que España "*apoya firmemente el uso y protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial con propuestas legislativas y de política pública adecuadas para ello y expresa su compromiso para seguir avanzando en la promoción y en la protección de la creatividad, la inventiva y la innovación a través de la difusión y la defensa de los derechos de propiedad intelectual e industrial*"[55].

Por supuesto, en el marco más amplio de la Administración General del Estado, es evidente que el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cumple de manera efectiva con sus funciones, y que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado cumplen con su labor de investigación y persecución de los delitos y la reportan, generando una fuente muy valiosa de información que compilan estadísticamente y publicitan de forma anual a través de su Portal Estadístico de criminalidad[56]. Igualmente, distintas entidades del sector privado operan en la defensa de los intereses colectivos de sus asociados y representados, y la estructura culmina con una organización del Poder Judicial que hace valer el Código Penal. Pero se están desaprovechando las oportunidades de maximización del impacto de las medidas que permitiría un mayor conocimiento, por parte del resto de actores de la red, de las acciones de cada actor individual. Conseguir establecer mejores flujos para el intercambio de datos y otras informaciones relevantes, una mejor comprensión global del fenómeno y la articulación de las medidas entre sí serían resultados deseables que haría más efectiva la lucha contra la falsificación y la piratería, dada la compleja red de actores públicos y privados intervinientes a nivel nacional, y la Comisión Intersectorial puede ser pieza clave para ello.

La estructura, por tanto, existe, pero está infrautilizada, de modo que no se siguen, en el seno de esta política pública tan relevante, los muy necesarios principios generales de eficiencia y eficacia reconocidos en la legislación

---

55 *https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/200421-enlace-propiedad.aspx*
[última consulta: 10 de octubre de 2024]

56 *https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/publico/portalestadistico/datos.html?type=pcaxis&pa th=/Datos7/&file=pcaxis* [última consulta: 10 de octubre de 2024]

administrativa actualmente en vigor[57]. Se ha dicho, de forma clara, que la eficacia en el combate contra estas actividades ilegales depende más de la voluntad y de la habilidad de las autoridades competentes en invertir tiempo y dinero en la persecución del delito y en la agilización de los procesos (para lo que la cooperación y la coordinación, así como el intercambio de información a tiempo real es clave) que de la perfección de la norma que lo contempla[58], porque la regulación efectiva en áreas de cierta complejidad técnica depende de una cooperación efectiva entre el sector público y privado que esté soportada por estructuras formales de gobernanza que la faciliten[59]. Incluso desde el punto de vista de la dogmática penal, se reconoce que el aumento de la presión punitiva, en forma de incremento de las penas asociadas a los tipos ya existentes, no resuelven el problema si no se aborda desde la perspectiva de las redes de delincuencia organizada que la posibilitan[60]. Esto cobra especial relevancia dado el carácter compuesto del Estado y las diferentes autoridades de vigilancia de mercado que operan en los diferentes niveles administrativos.

En definitiva, el sistema cuenta con los mimbres normativos adecuados para funcionar, pero necesita del impulso administrativo para desplegar toda su efectividad e impulsar, a escala nacional, las sinergias que el correcto abordaje del problema necesita. El actor institucional clave para ello y que puede jugar como facilitador y dinamizador de esa estructura es, sin duda, la Oficina Española de Patentes y Marcas, O.A..

JOSÉ ANTONIO GIL CELEDONIO
Consejero de Industria y Turismo/Industry and Tourism Attaché
Representación Permanente de España en la Unión Europea
Boulevard du Régent, 52 - 1000 Bruselas-Bélgica
jose-antonio.gil@reper.maec.es

[57] Vid. art. 3 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
[58] KUR, Anette, "The enforcement Directive: rough start, happy ending" en *ICC, International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2004, nº 35 (7), pp. 821-830.
[59] FARRAND, Ben, "Alone we can do so little; together we can do so much: the essential role of EU Agencies in combatting of counterfeit goods", en *European Security*, 2019, nº 28(1), p.22.
[60] FARALDO CABANA, Patricia, "Los delitos contra la propiedad industrial tras la reforma del Código Penal de 2015: análisis del artículo 274" en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, 2015, p. 364.

7.- Derecho Constitucional

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 423-446
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.423

PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL Y AUTONOMÍA DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Y EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA

PROTECTION OF PERSONAL DATA AND THE AUTONOMY OF RELIGIOUS DENOMINATIONS IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM AND IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN UNION COURTS

JOSÉ ANTONIO SOLER MARTÍNEZ
Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

En este trabajo se estudia la normativa nacional y europea sobre la protección de datos de carácter personal y su relación con la autonomía de las Confesiones religiosas. Se analiza la jurisprudencia del TC y de los Tribunales de Justicia de la Unión en esta materia y su incidencia en las Confesiones religiosas. Estos datos gozan de una protección reforzada y han llevado a algunas Confesiones religiosas a dictar normas propias que garanticen y complementen sus peculiaridades dentro del respeto a la normativa europea y estatal.

ABSTRACT

This paper studies the national and European regulations on the protection of personal data and their relationship with the autonomy of religious denominations. It

analyses the jurisprudence of the TC and the EU Courts of Justice on this matter and its impact on religious denominations. These data enjoy reinforced protection and have led some religious denominations to dictate their own regulations that guarantee and complement their peculiarities while respecting European and state regulations.

Sumario: I.- Protección de datos personales en el Ordenamiento jurídico español. Doctrina del Tribunal Constitucional; II.- Marco normativo europeo sobre protección de datos y jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea. III.- Autonomía de las Confesiones religiosas en el derecho español y jurisprudencia de la Unión Europea. IV.- Los datos religiosos como datos especialmente protegidos o sensibles. Posición de las Confesiones religiosas. V.- A modo de conclusión.

INTRODUCCIÓN

Un dato de carácter personal es toda aquella información que se refiere a una persona física identificada o identificable, esto es, desde su nombre y apellidos, hasta cualquier otra que revele información sobre sus hábitos, preferencias o forma de vida[1].

Este trabajo, que se desarrolla en cinco apartados, no pretende ser un estudio exhaustivo de la regulación nacional o comunitaria sobre la protección de datos personales sino una amplia reflexión, que consideramos de interés y actualidad, sobre el significado de la protección de datos de carácter personal y su relación con la autonomía de las Confesiones religiosas, estudiando, especialmente, la doctrina y jurisprudencia nacional y europea y su incidencia en las Confesiones religiosas.

En los distintos apartados se recogen los antecedentes y analizan las normas en vigor tanto española, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales, en adelante LOPDGDD como europea, Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, 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

[1] Art. 4.1 RGPD

protección de datos), en adelante RGPD y la correspondiente legislación complementaria, y, en particular, de forma más amplia, la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, remitiéndonos en nota a algunas obras y resoluciones judiciales que desarrollan más detenidamente esta cuestión.

Todas las personas físicas y jurídicas -ya sean públicas o privadas- que traten o manejen datos de carácter personal tienen que cumplir con una serie de principios y obligaciones, legal y reglamentariamente establecidos, que garanticen, en último término, el derecho de las personas a controlar y disponer de sus datos personales, esto es, su derecho a la protección de datos personales[2].

El principio de autonomía de las Confesiones religiosas[3] conlleva el respeto a la organización interna y normas de funcionamiento de las Confesiones y establece como límites el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales, entre los que se encontraría el derecho a la protección de los datos personales. Este principio de autonomía forma parte del contenido esencial de la libertad religiosa colectiva y es una consecuencia obligada del reconocimiento del principio de separación, en España, entre el Estado y las Confesiones o comunidades religiosas.

La normativa de protección de datos, tanto nacional como comunitaria, distingue diferentes categorías de datos personales, llamados "datos especialmente protegidos" o "datos sensibles"[4] , entre los que se encuentran, en lo que aquí interesa, las convicciones religiosas que, como regla general, requerirán el consentimiento expreso y por escrito de su titular. La exigencia de especial protección de esta categoría de datos está también prevista en el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal[5].

Sobre el particular, la Iglesia católica española ha elaborado una normativa propia[6] para adaptarse al nuevo Reglamento comunitario sobre protección de datos personales, sin perjuicio del deber de respetar y cumplir, en lo que sea de pertinente aplicación, tanto la normativa estatal como la comunitaria. En relación al resto de Confesiones y entidades religiosas inscritas en el Registro de

[2] Arts. 4-10 LOPDGDD y Arts. 5 y RGPD.
[3] Art. 6 Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.
[4] Art. 9 RGPD y art. 9 LOPDGDD.
[5] Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. BO nº 274, de 15.11.1985.
[6] Decreto General de la Conferencia Episcopal Española de 22 de mayo de 2018.

Entidades religiosas del Ministerio de Justicia no existe constancia de la elaboración de nueva normativa adaptada al Reglamento europeo 2016/679, por lo que se les aplica directamente el Reglamento comunitario.

I. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La protección de datos de las personas físicas es un derecho fundamental recogido por la Constitución Española y reconocido por nuestro más alto Tribunal, que, a nivel legislativo, ha sido objeto de desarrollo mediante la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos personales[7], reemplazada por la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales[8], a fin de trasponer a nuestro derecho la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[9] y por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la mencionada Ley Orgánica[10].

En la actualidad, la LOPDGDD[11], dictada en desarrollo del Derecho de la Unión Europea y la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de Protección de Datos Personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales[12], asumen la finalidad de lograr un elevado nivel de protección de los derechos de la ciudadanía, en general, y de sus datos personales, en particular, que resulte homologable al del resto de los Estados miembros de la Unión Europea, incorporando y concretando las reglas que establece la Directiva.

En definitiva, tanto la citada LOPDGDD, como el RGPD, configuran conjuntamente, de forma directa o supletoria, el desarrollo del derecho

[7] BOE nº 262 de 31.10.1992,
[8] BOE nº 298 de 14.12.1999.
[9] BOE nº 298, de 14.12.1999.
[10] BOE nº 17 de 19.1.2008.
[11] LOPDGDD. Según su Disposición Derogatorio Única y sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimocuarta y en la disposición transitoria cuarta, queda derogada la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y el Real Decreto-Ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos.
[12] BOE nº 126 de 27.5.2021. Por esta Ley Orgánica es objeto de transposición la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

fundamental a la protección de datos de carácter personal que exigen los artículos 18.4 y 81.1 CE, dado que el artículo 2.3 LOPDGDD declara la supletoriedad del Reglamento General y de la Ley Orgánica 3/2018, a falta de legislación específica.

El Tribunal Constitucional, desde un primer momento, ha desarrollado una meritoria labor en la definición de los derechos fundamentales y en la elaboración de un sistema, de derechos y libertades públicas de los ciudadanos, fijando el «contenido esencial» previsto en el art. 53.1 de la Carta Magna, así como estableciendo los mecanismos apropiados para objetivar la tarea de su realización y protección.

Y así, en la Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre[13], el Tribunal Constitucional confirma la interpretación conforme a la cual el art. 18.4 de la CE incorpora un nuevo derecho fundamental a la protección de datos, al exponer que: "Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos, cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 18.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad[14] radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran"[15].

Por ello, el objeto de protección del derecho a la protección de datos alcanza no sólo a los datos íntimos de la persona: "sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad

[13] STC 292/2000, de 30 de noviembre FJ 5. (ECLI:ES:TC:2000:292).
[14] Cfr. FARIÑA MATOLI, Libardo, Madrid 1983, pp. 312-313, citado por RIASCOS GÓMEZ, L. O., *El derecho a la intimidad, la visión iusinformática y el delito de los datos personales*, Univ. de Lleida, Fac. de Derecho, Dep. de Derecho Público, Tesis Doctoral, 1999); Cf. SERRANO PÉREZ, María Mercedes *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. La inviolabilidad del domicilio. La protección de datos*, en ed. GARCÍA GUERRERO, José Luis, *Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, Valencia, 2013, pp. 463-469.
[15] STC 292/2000, de 30 de noviembre FJ 5. (ECLI:ES:TC:2000:292).

individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal"[16].

II. MARCO NORMATIVO EUROPEO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS Y JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El ordenamiento jurídico comunitario reconoce el derecho a la protección de datos y obliga a todos los Estados miembros a garantizarlo a sus ciudadanos.

En este sentido, el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7 de diciembre de 2000,[17] establece:

> "*1.- Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.*
>
> *2.- Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.*
>
> *3.- El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente".*

El derecho a la protección de datos de carácter personal está también reconocido Por el artículo 16 apartados 1 y 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[18] .

Ante estas divergencias en la transposición por los Estados miembros de la Directiva 95/46/CE y los avances tecnológicos se aprobó el RGPD[19].

Algunos de los puntos más significativos del Reglamento comunitario son los siguientes: 1/ La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental; 2/ El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto y debe mantener un equilibrio con otros derechos fundamentales, entre ellos, la libertad de

[16] Ibidem, FJ 6.
[17] DOCE nº 83 de 30.3.2010. El contenido del Convenio de Roma de 1950 es similar a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, y tiene la virtualidad de ser un instrumento jurídico con efectos vinculantes entre los Estados miembros de la Unión Europea.
[18] DOCE nº 83 de 30.3.2010 (Versión consolidada).
[19] Parlamento Europeo, Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, en Diario Oficial de la Unión Europea (4.5.2016). Entró en vigor el 25 de mayo de 2018. Su principal objetivo es unificar criterios para la protección de datos.

pensamiento, de conciencia y de religión; 3/ El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le concierne; 4/ Los datos personales deben tratarse de un modo que garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas, inclusive para impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento; 5/ Especial protección merecen los datos personales que son particularmente sensibles, por su naturaleza, en relación con los derechos y las libertades fundamentales, por ejemplo, en relación con la libertad religiosa; y, 6/ Todo interesado debe tener derecho a presentar una reclamación ante una autoridad de control única, en particular, en el Estado miembro de su residencia habitual, y tiene derecho a la tutela judicial efectiva[20].

Por lo demás, se ha de mencionar también Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos[21].

Mediante la aplicación directa del RGPD a todos los Estados Miembros de la Unión, sin necesidad de que sea transpuesto por las normas nacionales, se consigue armonizar en todos los Estados la dispersión normativa existente hasta entonces en materia de protección de datos. El Reglamento, que supone la revisión de las bases legales del modelo europeo de protección de datos más allá de una mera actualización de la vigente normativa, es una norma única de aplicación directa a todos los Estados cuyo objetivo principal es otorgar un mayor control a los ciudadanos europeos sobre su información privada[22].

Por último, recordar que el Considerando 4 del RGPD señala que:

---

[20] RODRIGUEZ GARCÍA, José Antonio, "Autonomía de las Confesiones y derecho comunitario: la protección de datos personales en este contexto", Iustel, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado,* 49, 2019, págs.10-14.

[21] DOCE nº 119 de 4.5.2016.

[22] Cfr. SOLER MARTÍNEZ, José Antonio, "Protección constitucional de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías", Iustel, *Anuario de Derecho Canónico* 11, 2022, pág. 103.

> *El derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad.*

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[23] tiene declarado que, en los casos de conflicto entre dos derechos igualmente protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, debe acudirse para su resolución a la ponderación de los intereses en juego, de forma que la vulneración sea proporcionada en relación con el objeto perseguido[24].

III. AUTONOMÍA DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN EL DERECHO ESPAÑOL Y JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La Constitución Española señala en su Título preliminar "como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"[25].

Por su parte, el art. 16. 1 y 2 de la CE disponen:

> 1. *Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*
>
> 3. *Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones*[26].

Así pues, en el artículo 16 de la Carta Magna se reconoce la libertad religiosa como uno de los principios definidores del Estado en materia religiosa y a las

---

[23] STEDH nº 56030/07, Gran Sala, Caso *Fernández Martínez c. España,* de 12 de junio de 2014, párr. 123.(ECLI:CE:ECHR:2014:0612JUD005603007).

[24] Son innumerables las Sentencias del Tribunal de la Unión Europea sobre el derecho a la protección de los datos de carácter personal reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así, entre otras se podrían citar, sobre la conformidad del Derecho derivado de la Unión con el derecho a la protección de datos de carácter personal: STJUE (Gran Sala), de 9 de noviembre de 2010, Respeto del derecho a la protección de los datos de carácter personal en la aplicación del Derecho de la Unión: STJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016, Asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15; entre otras. (ECLI:EU:C:2016:970).

[25] Art. 1.1.

[26] La STC 101/2004, de 2 de junio, (ECLI:ES:TC:2004:101), señala en su FJ 3 que, en su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias.

Confesiones religiosas como realidad social, a través de las cuales se canalizan las creencias de la sociedad española, creencias que deberán ser tenidas en cuenta por los poderes públicos, configurándose como sujetos con los que el Estado deberá mantener relaciones de cooperación[27], reconociendo, garantizando y promoviendo en la sociedad española las condiciones jurídicas que permitan a los ciudadanos y a las Confesiones seguir y conseguir finalidades de índole religiosa, sin encontrar prohibición, impedimento o daño por parte de otros ciudadanos, de individuos o grupos, privados o públicos[28].

El valor o bien que reconoce y protege el derecho de libertad religiosa "es la libertad de creer o no creer y, según esa libertad, de actuar individual o colectivamente en consonancia con el contenido agnóstico, ateo o fideístico, sin diferencias en orden a su propagación y proselitismo. Siendo, en consecuencia, la libertad el verdadero valor que protege el derecho de libertad religiosa"[29].

Se ha de recordar que la pertenencia a una religión constituye una de las manifestaciones típicas del derecho de libertad religiosa. Por medio del reconocimiento de este derecho fundamental el Estado reconoce y garantiza jurídicamente una plena inmunidad de coacción en materia religiosa a favor de los ciudadanos y las Confesiones frente a los demás y al propio Estado, y se declara incompetente respeto al acto de fe y a la práctica de la fe religiosa[30].

Con el reconocimiento del derecho de libertad religiosa en la propia Constitución se han establecido varios principios, que actúan como elementos rectores. Se trata de limitaciones a los poderes públicos, que no pueden traspasar a la hora de regular este Derecho. La doctrina, aunque no es unánime a la hora de su determinación, ha intentado sistematizarlos y suele indicar la existencia de cuatro principios: libertad religiosa, laicidad, igualdad y cooperación[31].

---

[27] PALOMINO LOZANO, Rafael, "Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas: el concepto legal de Confesión religiosa en la LOLR y la doctrina", *Iustel, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 19, 2009, pp. 1-20.

[28] NIETO NÚÑEZ, Silverio, "Derechos y límites de la libertad religiosa en la sociedad democrática"*,* en *Los nuevos escenarios de la libertad religiosa,* Instituto Social León XIII, pág. 9, 2006.

[29] ROSSELL GRANADOS, Jaime, "El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* (1999), pág. 113.

[30] NIETO NÚÑEZ, Silverio, "Derechos y límites de la libertad religiosa en la sociedad democrática" (o.c), pág. 7.

[31] GARCÍA GARCÍA, Ricardo., "La libertad religiosa en España: colaboración entre Estado y Confesiones religiosas"*, https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/679441/EM_30_1.pdf?sequence=1 (consultado el 20 de febrero de 2024)*

Sentado lo anterior, en lo que aquí interesa nos referiremos posteriormente al principio de libertad religiosa[32]. El vértice de la pirámide en la regulación del "factor religioso" se asienta en el artículo 16 CE, ya citado, y en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa[33], que desarrolla el precepto constitucional y se diseñaba la aplicación del principio de cooperación alternando bien la posibilidad de legislar de manera unilateral bien mediante acuerdos[34].

Y así, en el art. 6.1 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa se reconoce expresamente la plena autonomía de las Confesiones religiosas al disponer que:

> *Uno. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación.*

Por otro lado, la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas[35] de las distintas "Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas, así como sus Federaciones" les otorgará personalidad jurídica, que constituye un derecho para las entidades religiosas[36], y que se configura como un medio para facilitar el ejercicio de la libertad de religión o creencias.

La autonomía confesional se fundamenta, por lo tanto, en el derecho de libertad religiosa y en el principio de no confesionalidad del Estado (art. 16 CE), y supone el reconocimiento de la facultad autonormativa, de autogobierno y de autogestión y administración[37], siempre con el límite del orden público

---

[32] La STC 24/1982, de 13 de mayo, (Pleno), BOE nº 137, de 9.6.1982, (ECLI:ES:TC:1982:24). FJ 1Cfr. ROSSELL GRANADOS, J.- GARCÍA GARCÍA, Ricardo. (Coord.), *El contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa en su vertiente individual y colectiva: la Ley Orgánica de Libertad Religiosa,* en "Derecho y Religión", Edisofer, Madrid, 2020, pág. 206 y ss.

[33] BOE nº 177 de 24.7.1980.

[34] ROSSELL GRANADOS, Jaime., "Cuarenta años de libertad religiosa en España: la vigencia de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa"*, Anuario de Derecho Canónico, nº 11, 2022, Universidad Católica de Valencia*, págs. 18 y 19.

[35] Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas, BOE nº 183 de 1.8.2015. El procedimiento de inscripción exige que la solicitud se acompañe de documento elevado a escritura pública en el que consten, entre otros datos, el régimen de funcionamiento y los órganos representativos y de gobierno, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación (arts. 6 y ss.).

[36] STC 46/2001, de 15 de febrero, BOE nº 65 de 16.3.2001, (ECLI:ES:TC:2001:46).

[37] Lo que implica que el Estado no puede inmiscuirse en cuestiones morales, dogmáticas, en la determinación de los criterios para la admisión o expulsión de los miembros del grupo religioso, o en

protegido por la ley y la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades y derechos fundamentales.

Sobre este mismo tema, en el Derecho Comunitario la autonomía de las organizaciones confesionales está reconocida en el artículo 17 TFUE[38], en los siguientes términos:

> *"1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas. 2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales. 3. Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones".*

Dos son los artículos del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que se ocupan directamente de la protección de la libertad religiosa y de creencias: los artículos 9 y 14[39]. La interpretación de estos preceptos está sujeta a la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (art. 31).

En este sentido, el apartado 2 del artículo 9 del Convenio de Roma establece que

> *"La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*".

Según el TEDH, tal como viene protegida por el citado artículo 9.2, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión constituye uno de los fundamentos de una «sociedad democrática» y figura entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero también es

---

la constitución de órganos rectores. Cfr. LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, "*Confesiones y entidades religiosas*", en FERRER ORTÍZ, Javier y FORNÉS, Juan, *Derecho Eclesiástico del Estado,* Eunsa, Navarra, 1996, págs. 219-264.

[38] Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de 30 de marzo de 2010. Cfr. art. 10 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[39] Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, "La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa", en *Proyección nacional e internacional de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid 2001, pp. 89-131; y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: De guerras de religión a meras cuestiones administrativas: (un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa*), Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2007, pp. 49-56.

un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. El testimonio, en palabras y en actos, se encuentra ligado a la existencia de convicciones religiosas.

El reconocimiento de la autonomía de las confesiones religiosas supone, en primer lugar, que el Estado no puede apreciar, salvo en casos muy excepcionales, la legitimidad de las creencias religiosas de las confesiones ni sus formas de expresión[40], y, en segundo término, la autonomía conlleva que la libertad religiosa de las Confesiones en materia doctrinal y organizativa prevalece sobre la de sus miembros.[41]. En todo caso, conviene tener en cuenta que la autonomía interna se extiende únicamente sobre los fieles, pero no sobre los ciudadanos que no son miembros de esa confesión o bien la han abandonado.

La jurisprudencia del TEDH "ha enfatizado a menudo el papel del Estado como un organizador neutral e imparcial de la práctica de las religiones, fes y creencias, y ha establecido que el Estado debe ayudar a mantener el orden público, la convivencia religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática, especialmente entre grupos contrapuestos"[42].

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relativa a la autonomía organizativa de las confesiones religiosas ha venido equiparado el deber de neutralidad implícito en el artículo 9 del Convenio con una genérica obligación de los poderes públicos de permanecer imparciales en el ejercicio de sus competencias regulatorias en relación con el fenómeno social religioso[43].

Por otro lado, como sucede en la mayor parte de los demás derechos reconocidos por el Convenio de 1950, el hecho de que la expresión de creencias religiosas pueda impactar sobre libertades fundamentales de terceros, ha llevado al Convenio a admitir su posible limitación, si bien esta sólo será legítima cuando esté prevista por ley y constituya una medida necesaria, en una sociedad democrática, para conseguir uno o varios de los fines enunciados en el precepto: orden,

---

[40] STEDH 18748/91, Caso *Manoussakis y otros c. Grecia, de 26 de septiembre de 1996*.
[41] STEDH 38178/97 Caso *Serif c. Grecia*, de 14 de diciembre de 1999, apart. 52; STEDH Caso *Sagrado Sínodo de la Iglesia Ortodoxa Búlgara (Metropolitan Inokentiy) y otros c. Bulgaria*, de 22 de enero de 2009; STEDH Caso *Sindicatul "Pastorul Cel Bun" c. Rumanía* (Gran Sala), 9 de julio de 2013, demanda nº 2330/09, apart.137; STEDH *Miroļubovs y otros c. Letonia,* nº 798/05, de 15 de septiembre de 2009, apart. 80.
[42] SSTEDH *Hasan y Chaush c. Bulgaria,* demanda nº 30985 § 78; y *Leyla Şahin c. Turquia,* de 29 de junio de 2004, demanda nº 44774/1998, § 107.
[43] VALERO ESTARELLAS, María José, *Neutralidad del Estado y protección de la autonomía religiosa en Europa*, Departamento de Derecho Eclesiástico, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid 2018, págs. 269-270.

seguridad, salud o moral públicas, y protección de derechos y libertades de terceros[44]. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que, en los casos de conflicto entre dos derechos igualmente protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, debe acudirse para su resolución a la ponderación de los intereses en juego, de forma que la vulneración sea proporcionada en relación con el objeto perseguido[45].

El artículo 14 hace referencia a la religión desde la perspectiva del principio de igualdad y la protección contra la discriminación y se complementa con el Protocolo al Convenio de 1950[46].

Finalmente, señalar que el derecho de autonomía de las Confesiones religiosas no se agota en su ámbito interno, sino que también está involucrado en todas aquellas situaciones en las que Iglesias y grupos religiosos pretenden desarrollar su actividad en la vida social y política que constituye el ámbito legítimo de competencia del Estado[47].

Por lo demás, el TEDH ha reiterado en numerosas sentencias que las Confesiones religiosas son titulares del derecho colectivo de libertad religiosa y tienen reconocido la plena autonomía interna para autoorganizarse y establecer sus propias normas y sistema de gobierno; decidir sobre el nombramiento de sus ministros de culto; la pertenencia o no de una persona al grupo religioso, entre otras materias.

En este sentido y en conclusión, a modo de resumen de lo expuesto anteriormente podemos señalar: 1/ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado reiteradamente que la autonomía de las confesiones religiosas es indispensable para la existencia del pluralismo en una sociedad democrática y se encuentra en el núcleo mismo de la protección ofrecida por el artículo 9 del Convenio; 2/ El reconocimiento de la autonomía supone, en primer lugar, que el Estado no puede apreciar, salvo en casos muy excepcionales, la legitimidad de las creencias religiosas de las confesiones ni sus formas de expresión; 3/ La

---

[44] CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago.: "Entidades religiosas y relaciones laborales", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 13, nº 25, 2014, p. 193.

[45] STEDH de 12 de junio de 2014, Asunto *Fernández Martínez c. España,* párr. 123 y STS 698/2021, de 22 de febrero de 2021 (Sección Tercera). (ECLI:ES:TS:2021:698).

[46] Este artículo se complementa con el Protocolo 12 de 4 de noviembre de 2000, al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Reino de España ratificó el Protocolo nº 12 el 13 de febrero de 2008, BOE nº 64, del 14.3.2008.

[47] STEDH *Iglesia Metropolitana de Bessarabia c. Moldavia,* 13 de diciembre de 2001. El derecho a la libertad de religión tal como lo entiende el Convenio excluye cualquier apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión de éstas.

autonomía conlleva que la libertad religiosa de las confesiones en materia doctrinal y organizativa prevalece sobre la de sus miembros. El artículo 9 del Convenio no garantiza ningún derecho a la disidencia en el seno de una entidad religiosa; 4/ En caso de conflicto, el artículo 9 del Convenio tampoco tutela ningún derecho de los disidentes a impugnar una decisión eclesiástica ante los tribunales civiles, pues sólo las autoridades religiosas son competentes para dirimir sus disputas internas; 5/ La autonomía comporta la libertad de las confesiones para el nombramiento de sus cargos, sin injerencia de las autoridades estatales[48]; y, 6/ Las Confesiones religiosas son responsables del tratamiento de los datos personales de sus miembros y esta apreciación no se desvirtúa por el principio de autonomía organizativa de las comunidades religiosas que se desprende del artículo 17 TFUE, ya que esta obligación no puede considerarse una injerencia en la autonomía organizativa de las entidades religiosas[49].

IV. LOS DATOS RELIGIOSOS COMO DATOS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS O SENSIBLES. POSICIÓN DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

La información relativa a toda persona física identificada o identificable constituye un dato de carácter personal. De entre el innumerable elenco de datos personales existentes –nombre, apellidos, Documento Nacional de Identidad, información genética, dirección de correo electrónico, fotografía, datos de solvencia patrimonial, etc.– cobran una especial significación aquéllos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, salud, origen racial y vida sexual.

Estos datos, llamados sensibles, van a ser objeto de una protección reforzada respecto de los datos comunes u ordinarios. Esta protección cualificada se va a materializar, en primer lugar, en el derecho del titular a no declarar sobre tales datos y, en segundo lugar, en un incremento de los mecanismos de obtención del consentimiento para su tratamiento –necesidad de recabar el consentimiento expreso y por escrito del interesado.

Ese reforzamiento, explícito en el artículo 2.1.a) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980 cuando reconoce, como una manifestación más de la

[48] Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, Isidro, *Las Confesiones religiosas y su autonomía según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* https://revistas.uam.es/em/article/download/294/280 Consultado el 24.03.2024.
[49] Cfr. STJUE 10 de julio de 2018, Asunto C-25/17. (ECLI:EU:C:2018:57)

libertad religiosa, la posibilidad que tiene el individuo de manifestar la creencia profesada o el abstenerse de declarar sobre ella, obedece a que los mencionados datos no sólo forman parte de la esfera más íntima de la persona, sino que tienen como fundamento la dignidad del ser humano y contribuyen al desarrollo de su identidad personal, llegando a prohibir la creación de ficheros que tengan por finalidad exclusiva la recogida de este tipo de datos[50].

Sobre el particular merece la pena destacar la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando afirma que la cuestión planteada contrapone la prevalencia de dos derechos fundamentales como es el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la protección de datos personales, debiendo ponderarse en razón al principio de proporcionalidad, destacando "la necesidad de encontrar un equilibrio entre los derechos fundamentales a la privacidad y a la protección de datos personales, garantizados en el artículo 18 de la CE , en los artículos 7 y 8.1 de la Carta y en el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con mención específica a la Ley Orgánica 15/1999, a la Directiva 95/46/CE y al Reglamento (UE) 2016/679; y por otro lado, el derecho fundamental a la libertad religiosa y a la autonomía de las confesiones religiosas garantizados por el articulo 16.1 de la CE , el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1980 de Libertad Religiosa , el artículo 10.1 de la Carta, y el artículo 9 del citado Convenio"[51].

Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas tratan datos personales, entre otros, de clérigos, religiosos, voluntarios, catequistas, personas que realicen cualquier tipo de servicios en entidades religiosas, así como de las que estén en proceso de selección para acceder a un puesto de trabajo, de fieles bautizados o que celebren su matrimonio religioso, etc. Todas estas instituciones están también sujetas a las normas de protección de datos, si bien tienen un régimen específico.

De acuerdo con el art. 9 LOPDGDD y con el art. 9 RGPD, ya citados anteriormente, la información que revela la religión o creencias de un individuo, es un dato de carácter personal, puesto que afecta a una persona física identificada o identificable y, en este sentido, es objeto de una especial protección[52].

---

[50] CANO RUIZ, I., *Los datos religiosos en el marco del tratamiento jurídico de los datos de carácter personal,* Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Departamento de Fundamentos de Derecho y Derecho Penal, Universidad de Alcalá, pág. 2, 2010. Cfr. SOLER MARTÍNEZ, J.A., *Protección constitucional de la intimid (ad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías,* o.c., pág. 106.

[51] STS 698/2021 de 22 de febrero de 2021, FJ 7. (ECLI:ES:TS:2021:698).

[52] Además de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, hay otras muchas leyes que establecen en su

> *1. A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679[53], a fin de evitar situaciones discriminatorias, el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá el tratamiento de dichos datos al amparo de los restantes supuestos contemplados en el artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así proceda[54].*

Según lo expuesto, la regla general establecida para los datos sensibles es la prohibición de su tratamiento, puesto que se trata de informaciones que el legislador constitucional ha considerado mucho más delicadas que otras, al establecer la prohibición de declarar sobre la ideología, religión o creencias.

La finalidad de esas prohibiciones y restricciones consiste en garantizar una mayor protección frente a tales tratamientos, que, en atención a la particular sensibilidad de esos datos, pueden constituir una injerencia especialmente grave en los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales[55].

No obstante, este principio general prohibitivo puede aceptar excepciones siempre y cuando se cumpla con el sistema de garantías arbitrado por el legislador. En este sentido, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 9.1 RGPD, en el apartado 2 del mismo precepto se autoriza el tratamiento de todos esos datos cuando concurra alguna de las diez circunstancias allí previstas [letras a) a j)]. La eficacia habilitante de varios de los supuestos allí previstos está condicionada a que el Derecho de la Unión o el de los Estados miembros los prevean y regulen expresamente en su ámbito de competencias

Así, en lo que aquí interesa, el art. 9.2 d) señala que no será de aplicación la prohibición contenida en el nº 1 de este mismo artículo cuando

---

articulado la protección de los datos de carácter religioso. Así, a título de ejemplo, la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (art. 8.2); Ley 5/2014, de 4 de abril, se Seguridad Privada (at. 8.4 b); Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil (art. 53.2); Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar (art. 79.2); entre otras.

[53] Art. 9.2 a) RGPD: "El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes: a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado".

[54] Art. 9 LOPDGDD.

[55] STJUE de 24 de septiembre de 2019, (Gran Sala), Asunto C-136/17. Cuestión prejudicial, Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Francia. (ECLI:EU:C:2019:773).

> *el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados*[56]

El tratamiento de las categorías especiales de datos personales es uno de los ámbitos en los que de manera expresa el Reglamento General de Protección de Datos ha reconocido a los Estados miembros "margen de maniobra" a la hora de "especificar sus normas", tal como lo califica su Considerando 10[57].

La exigencia de especial protección de esta categoría de datos está prevista en el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (art. 6)[58].

En definitiva, los datos religiosos son datos personales sensibles cuya necesidad de protección es, en esa medida, superior a la de otros datos personales. Una protección adecuada y específica frente a su tratamiento constituye, en suma, una exigencia constitucional, sin perjuicio de que, como se ha visto, también represente una exigencia derivada del Derecho de la Unión Europea[59].

---

[56] Cfr. Considerando nº 55 del RGPD.

[57] Art. 9.2 g) RGPD: "*el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado*". Cfr. STC 76/2019, de 22 de mayo, BOE nº 151 de 25.6.2019, FJ 4. En la primera circunstancia habilitante para el tratamiento de los datos personales especialmente protegidos, recogida en la letra a) del apartado 2 del art. 9 RGPD, es necesario el consentimiento explícito del interesado. Sin embargo, el legislador español ha optado por excluir plenamente la eficacia habilitante del consentimiento del afectado. Con arreglo al art. 9.1 LOPDGDD, "*el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico*". Y para "los tratamientos de datos contemplados en las letras g), h) e i) del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2016/679 fundados en el Derecho español", el art. 9.2 LOPDGDD señala que "*deberán estar amparados en una norma con rango de ley, que podrá establecer requisitos adicionales relativos a su seguridad y confidencialidad*".

[58] Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, BOE nº 274, de 15.11.1985. La exigencia del Convenio de 1981 ha sido igualmente afirmada por la Agencia Española de Protección de Datos en su Circular 1/2019 (BOE nº 60 de 11.3.2019) en relación a las campañas electorales-

[59] El RGPD 2016/679 contiene menciones a la religión o a la libertad religiosa en los Considerandos 4, 55, 71 y 75.

Por otra parte, y en relación a las normas vigentes sobre protección de datos de las Iglesias, asociaciones religiosas, el Reglamento europeo, en su art. 91 dispone:

> 1.- *Cuando en un Estado miembro, las iglesias, asociaciones o comunidades religiosas apliquen, en el momento de la entrada en vigor del presente reglamento, apliquen un conjunto de normas relativas a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de tales datos, podrán seguir aplicándose las anteriores normas, siempre que sean conformes con el presente reglamento*[60].
>
> 2.- *Las Iglesias y las asociaciones religiosas que apliquen normas generales de conformidad con el apartado 1 del presente artículo estarán sujetas al control de una autoridad de control independiente, que podrá ser específica, siempre que cumpla las condiciones establecidas en el capítulo VI del presente Reglamento*[61].

En todo caso, "la actividad de las Confesiones religiosas queda sometida, sin excepciones, al Reglamento comunitario 2016/679 de Protección de Datos

---

[60] La Unión Europea, en su Declaración nº 11 de 2 de octubre de 1997, sobre el estatuto de las Iglesias y las organizaciones no confesionales, adjunta al Acta Final del Tratado de Ámsterdam, ha reconocido explícitamente que respeta y no prejuzga el estatuto reconocido, en virtud del Derecho nacional, a las iglesias, asociaciones o comunidades religiosas en los Estados miembros, y que respeta asimismo el estatuto de las organizaciones filosóficas y no confesionales. *https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/agua/legislacion/Amsterdam_1999_tcm30-215441.pdf*, pág. 133. (Última consulta 26 de agosto de 2024)

[61] Arts. 51 y 52. Se refieren a las condiciones de la autoridad de control para supervisar la aplicación del Reglamento, control independiente, ámbito, poderes, funciones, recursos humanos, técnicos y financieros, etc. Algunos países miembros de la Unión Europea han establecido regulación propia en relación al art. 91 del Reglamento 2016/679: 1/ Alemania: La Iglesia católica alemana ha aprobado una nueva Ley de Protección de datos de la Iglesia (KDG)de 29 de diciembre de 2017; La Ley de la Iglesia sobre protección de datos de la Iglesia Evangélica en Alemania es 15 de noviembre de 2017; 2/ Italia: el 24 de mayo de 2018, la Conferencia Episcopal Italiana promulga un Decreto General sobre las disposiciones para la tutela del derecho de buena fama y a la confidencialidad. En este Decreto General se establece que el ordenamiento canónico es un ordenamiento independiente y autónomo pero que se regula por el ordenamiento comunitario; 3/ Francia: las Confesiones religiosas no han elaborado normas propias sobre protección de los datos personales antes de la entrada en vigor del Reglamento comunitario 2016/679, aunque han surgidos dudas y problemas sobre su aplicación; 4/Polonia: los Obispos polacos han aprobado un Decreto general sobre la protección de las personas en relación con el procesamiento de datos personales, de 13 de marzo de 2018, que pretende adaptar la normativa interna canónica al RGPD. La Iglesia católica polaca cuenta, además, con un órgano de control especifico denominado Supervisor de Protección de Datos de la Iglesia (KIOD); 5/ Malta: La Iglesia católica de Malta ha aprobado un Decreto general de protección de datos personales, que entró en vigor el 21 de mayo de 2018, que garantiza la autonomía interna de la Iglesia; 6/ Portugal: la Iglesia católica portuguesa no ha elaborado un Decreto general sobre protección de datos personales por lo que, en este sentido, queda sometida al contenido del Reglamento comunitario en relación a estos datos sensibles; y, 7/ Finlandia: no se reconoce la existencia de Derecho confesional sobre protección de datos personales, a ninguna confesión tampoco a las religiones oficiales (Iglesia evangélica de Finlandia y la Iglesia ortodoxa de Finlandia). En este sentido, la Declaración de privacidad de 2 de mayo de 2018 de la Iglesia Ortodoxa de Finlandia establece el pleno cumplimiento de las disposiciones del RGPD.

Personales, independientemente de que el artículo 91 de este Reglamento comunitario faculta a las Confesiones religiosas a la elaboración de normas propias sobre la protección de este derecho fundamental, si bien dicha normativa confesional debe estar conforme al Derecho comunitario"[62].

Por otro lado, existe también otra disposición posterior, la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016, para la protección de las personas físicas en el tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación y detección de infracciones penales[63] que distingue el tratamiento de datos por categorías especiales. Y así, en el artículo 10 diferencia el tratamiento de datos personales, en función de si tienen "un origen étnico o racial, las opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas…"; que sólo se permitirá y cuando "sea estrictamente necesario", salvaguardando "los derechos y libertades del interesado", que "el tratamiento sea necesario para satisfacer los intereses vitales", que se refiera a "datos que se hayan hecho manifiestamente públicos", y que lo "autorice el Derecho de la Unión o del Estado miembro"[64].

En otro orden de cosas, la diversidad religiosa en España se ha incrementado notablemente durante las últimas décadas como consecuencia, principalmente, de la inmigración al tiempo que, la población en general ha experimentado un evidente proceso de secularización[65].

No obstante lo anterior, la amplísima mayoría social española es de culto católico, lo que supone una circunstancia que obliga al Estado a mantener una especial relación con la Iglesia católica de conformidad con el art. 16.3 CE. En este sentido, entre los años 1976 y 1979 se firmaron los nuevos Acuerdos concordatarios, que tienen rango de tratado internacional[66]. Estos Acuerdos son los que, posteriormente, han inspirado y moldeado las relaciones entre el Estado y las Confesiones minoritarias en nuestro país.

---

[62]Cfr. RODRIGUEZ GARCÍA, José Antonio, "Autonomía de las confesiones y derecho comunitario: la protección de los datos personales en este contexto", (o.c.) pág. 60.
[63] Se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, DOCE 119/89 DE 4.5.2016.
[64] Cfr. ULLOA RUBIO, Ignacio, "Libertad religiosa, protección de datos y derecho al olvido", *Anuario de Derecho Canónico,* 6 Supl., 2018, pág. 46 y ss.
[65] ALBERT-BLANCO, Víctor, "Inmigración y religión en España: un paisaje plural y en transformación" *Mediterráneo Económico,* Universidad Autónoma de Barcelona, 2022, 36, págs. 239- 249,
[66] Acuerdos firmados entre el Estado español y la Santa Sede: 1/ Asuntos Jurídicos, de 28 de julio de 1976; 2/ Enseñanza y Asuntos Culturales; 3/ Asuntos Económicos; y, 4/ Asistencia religiosas a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos. Estos tres últimos Acuerdos son de la misma fecha, 3 de enero de 1979.

La pertenencia a una religión constituye una de las manifestaciones típicas del derecho de libertad religiosa. Las relaciones entre la persona y la Confesión a la que pertenece deben regirse por la normativa confesional, permaneciendo los poderes públicos ajenos a este ámbito de libertad del individuo y de autonomía para los grupos religiosos, conforme con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ya se ha expuesto con anterioridad[67].

La nueva normativa europea sobre protección de datos ha llevado a la Iglesia Católica en España, a través de la Conferencia Episcopal Española, a aprobar un Decreto General[68] que permite introducir cláusulas que protejan los intereses específicos de la Iglesia Católica, como Confesión religiosa, y que, respetando la autonomía organizativa de la Iglesia reconocida en los Tratados Internacionales, tanto a nivel personal como institucional, garantice y complemente sus peculiaridades y que ofrezca un nivel de protección adecuado respecto a las normas civiles ya citadas, sin perjuicio del deber de respetar y cumplir, en lo que sea de pertinente aplicación, tanto la normativa europea como la estatal, considerando, en todo caso, que "las excepciones previstas en el Reglamento de la Unión Europea respecto a algunos derechos que es necesario proteger son insuficientes en la normativa europea, aconseja que la Iglesia, desde su propia tradición canónica, garantice y complemente un nivel de protección adecuado respecto a las normas civiles"[69].

El citado Decreto General, que no es objeto de análisis pormenorizado en este trabajo, dictado en el ejercicio del derecho de libertad religiosa, indispensable para la existencia del pluralismo en una sociedad democrática, garantiza, en todo caso, continuar aplicando las normas relativas a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento; y, por otro lado, asegura el cumplimiento del citado derecho fundamental, tanto a los fieles católicos, como a los que se relacionan, de alguna manera, con la Iglesia, sin perjuicio, como ya se ha indicado, de la aplicación de la legislación civil vigente en esta

---

[67] Cfr., entre otras, STEDH (Gran Sala) (26.10.2000) *Hassan et Tchaouch vs. Bulgaria* (ECLI:CE:ECHR:2000:1026JUD003098596) y STEDH Gran Sala (9.7.2013) caso *Sindicatul Pâstorul cel Bun vs. Romania*. (ECLI:CE:ECHR:2013:0709JUD000233009).

[68] Decreto General de la Conferencia Episcopal Española, aprobado por la CXI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Española, celebrada entre los días 16 y 20 de abril de 2018, entró en vigor el 25 de mayo de 2018. Cfr. LÓPEZ NIETO, Jesús Miguel; SOLER MARTÍNEZ, José Antonio, *Normativa básica de protección de datos de la Iglesia Católica en España,* Editorial Laborum, Murcia, 2022, pág. 44 y ss. Se trata de una compilación de normas propias de la Iglesia católica (art. 1 del Decreto General). El Decreto General de la Conferencia Episcopal española no crea un órgano de control confesional de protección de datos personales (art. 42)

[69] Cfr. LÓPEZ NIETO, J.M.-SOLER MARTÍNEZ, J.A., *Normativa básica de protección de datos de la Iglesia Católica en España,* o.c., págs. 47 y 48.

materia[70]. Su objeto es "la protección de los derechos personales de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos de carácter personal, así como garantizar que la adquisición, almacenamiento y utilización de los datos relativos a los fieles, a los organismos eclesiásticos, a las asociaciones eclesiásticas, así como a las personas que entran en contacto con los mismos sujetos, y que todo ello se lleve a cabo en el pleno respeto del derecho de la persona a la buena reputación y a la confidencialidad reconocido por el canon 220 del Código de Derecho Canónico"[71].

En todo caso, como reconoce el Tribunal Constitucional, "la aparición de conflictos jurídicos por razón de las creencias religiosas no puede extrañar en una sociedad que proclama la libertad de creencias y de culto de los individuos y comunidades, así como la laicidad y neutralidad del Estado. La respuesta constitucional a la situación crítica resultante (…) sólo puede resultar de un juicio ponderado que atienda a las peculiaridades de cada caso"[72].

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

1º.- La protección de datos es un derecho reconocido internacionalmente y consagrado en la Constitución Española como un derecho fundamental que persigue garantizar un poder de control sobre los datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. El tratamiento de datos no va a tener como único bien jurídico tutelado el derecho a la intimidad, sino que también podrá afectar a otros derechos, como la libertad religiosa, la ideológica, o la igualdad[73].

2º.- El Ordenamiento jurídico español reconoce a las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas plena autonomía, que se fundamenta en el derecho de libertad religiosa y en el principio de no confesionalidad del Estado,

---

[70] Ibidem, pág. 48.

[71] Art. 1 del Decreto General de la Conferencia Episcopal Española; Cfr. SOLER MARTÍNEZ, José Antonio., *Protección constitucional de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías,* o.c., pág. 113; Cf. STJUE (17.4.2018) Caso *Vera Egenberger y Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, C-414/16, apartado 58 (ECLI:EU:C:2018:257) y STJUE (11.9.2018) (ECLI:EU:C:2018:696).

[72] STC 154/2002, de 18 de julio de 2002, FJ 7; Cfr. MARTÍ, José María, *Derecho común de reunión y asociación y fenómeno religioso*, en DE LA HERA, Alberto; MOTILLA, Agustín; PALOMINO, Rafael. (Coords.), "El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas", Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003, pág. 13.

[73] SSTC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, FJ 7º; 199/2013 de 5 de diciembre de 2013, FJ 12º (ECLI:ES:TC:2000:292) y 39/2016 de 3 de marzo de 2016, FJ 3. (ECLI:ES:TC:2016:39).

y poder para establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y, en especial, de los de libertad, igualdad y no discriminación[74].

3º.- El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[75] y la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión, expresan la neutralidad de la Unión Europea respecto a las relaciones de los Estados miembros con las Iglesias o Comunidades religiosas y el reconocimiento del principio de autonomía interna de las Confesiones como contenido del derecho colectivo de la libertad religiosa. La actividad de las Confesiones religiosas queda sometida al cumplimiento del Reglamento comunitario 2016/679, que no puede considerarse una injerencia en la autonomía organizativa, independientemente de que el artículo 91 del citado Reglamento faculte a las Confesiones religiosas a la elaboración de normas propias sobre la protección de este derecho fundamental[76].

4º.- Los datos sensibles o especialmente protegidos son aquellos datos cuyo tratamiento requiere de una protección reforzada, debido a su incidencia especial en la intimidad, las libertades públicas y los derechos fundamentales de la persona, considerados categorías especiales de datos, su tratamiento, en principio, está prohibido, salvo excepciones, tanto por el Reglamento General de Protección de Datos como por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, que es más estricta, en este punto que la norma comunitaria. En concreto, la información que revela la religión o creencias de un individuo, en lo que aquí interesa, es un dato de carácter personal, puesto que afecta a una persona física identificada o identificable y, en este sentido, es objeto de una especial protección.

5º.- Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas, como cualquier otra organización, tratan datos personales de sus miembros, voluntarios, trabajadores. Estas instituciones confesionales están sujetas al Reglamento General de Protección de Datos y a la legislación estatal correspondiente, si bien tienen un régimen específico, como se desarrolla en esta exposición. Sobre el particular,

---

[74] Art. 6.1 LOLR.
[75] Art. 17 TFUE.
[76] Cfr. STJUE (Gran Sala) de 10 de julio de 2018, C-25/17, Cuestión prejudicial Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia. (ECLI:EU:C:2018:551).

señalar que en España conviven diferentes Confesiones religiosas, si bien la Iglesia Católica es la mayoritaria y la única que ha aprobado una norma interna (Decreto General) que, por un lado, garantice y complemente sus peculiaridades y continuar aplicando las disposiciones relativas a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento; y, por otro lado, asegura el cumplimiento del derecho fundamental a la protección de datos, tanto a los fieles católicos, como a los que se relacionan, de alguna manera, con la Iglesia, sin perjuicio, como ya se ha indicado, de la aplicación de la legislación civil vigente en esta materia y del Reglamento comunitario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE LA HERA, Alberto; MOTILLA, Agustín; PALOMINO, Rafael. (Coords.), *El ejercicio de la libertad religiosa en España. Cuestiones disputadas,* Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2003.

FERRER ORTÍZ, Javier y FORNÉS, Juan, *Derecho Eclesiástico del Estado,* Eunsa, Navarra, 1996.

GARCÍA GARCÍA, Ricardo. (Coord.), *El contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa en su vertiente individual y colectiva: la Ley Orgánica de Libertad Religiosa,* en "Derecho y Religión", Edisofer, Madrid, 2020.

LÓPEZ NIETO, Jesús Miguel; SOLER MARTÍNEZ, José Antonio, *Normativa básica de protección de datos de la Iglesia Católica en España,* Editorial Laborum, Murcia, 2022.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: De guerras de religión a meras cuestiones administrativas: (un estudio de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa*), Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007.

TESIS DOCTORAL

RIASCOS GÓMEZ, Libardo. *El Derecho a la intimidad, la visión iusinformática y el delito de los datos personales,* Universidad de Lérida, 2007.

VALERO ESTARELLAS, María José, *Neutralidad del Estado y protección de la autonomía religiosa en Europa*, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

REVISTAS

ALBERT-BLANCO, Víctor, "Inmigración y religión en España: un paisaje plural y en transformación" *Mediterráneo Económico,* Universidad Autónoma de Barcelona, 2022.

CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago.: "Entidades religiosas y relaciones laborales", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 13, nº 25, Montevideo. 2014.

MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, "La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa", en *Proyección nacional e internacional de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa*, Ministerio de Justicia, Madrid 2001.

NIETO NÚÑEZ, Silverio, "Derechos y límites de la libertad religiosa en la sociedad democrática", en *Los nuevos escenarios de la libertad religiosa*, Instituto Social León XIII, 2006.

PALOMINO LOZANO, Rafael, "Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas: el concepto legal de Confesión religiosa en la LOLR y la doctrina", *Iustel, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, nº 19*, 2009

RODRÍGUEZ GARCÍA, José Antonio, "Autonomía de las Confesiones y derecho comunitario: la protección de datos personales en este contexto"*, Iustel, Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* 49, 2019.

ROSSELL GRANADOS, Jaime, "El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*,1999.

ROSSELL GRANADOS, Jaime., "Cuarenta años de libertad religiosa en España: la vigencia de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa"*, Anuario de Derecho Canónico, nº 11, 2022, Universidad Católica de Valencia*,

SOLER MARTÍNEZ, José Antonio, "Protección constitucional de la intimidad y de los datos de carácter personal frente a las nuevas tecnologías"*, Iustel, Anuario de Derecho Canónico 11*, 2022.

ULLOA RUBIO, Ignacio, "Libertad religiosa, protección de datos y derecho al olvido"*, Anuario de Derecho Canónico,* 6 Supl., 2018.

WEBGRAFÍA

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidro, *Las Confesiones religiosas y su autonomía según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,*
https://revistas.uam.es/em/article/download/294/280

GARCÍA GARCÍA, Ricardo., "La libertad religiosa en España: colaboración entre Estado y Confesiones religiosas"*,*
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/679441/EM_30_1.pdf?sequence=1

JOSÉ ANTONIO SOLER MARTÍNEZ
Universidad de Extremadura
área adscrito; Derecho Constitucional / Derecho Público
puesto docente; Profesor Sustituto
joseantoniosoler@icam.es
ORCID 0009-0000-5990-8564

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 447-469
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.447

LA TRANSPARENCIA SOBRE LA IDENTIDAD DE LOS ASISTENTES PARLAMENTARIOS: UN ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA MESA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS DE 28 DE MAYO DE 2024

TRANSPARENCY ON THE IDENTITY OF PARLIAMENTARY ASSISTANTS: AN ANALYSIS OF THE RESOLUTION OF THE BUREAU OF THE CONGRESS OF DEPUTIES OF MAY 28, 2024

ALVARO GONZALEZ-JULIANA MUÑOZ
Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

El Congreso de los Diputados pone a disposición de los grupos parlamentarios un número de asistentes para apoyar a los diputados en el ejercicio de sus funciones. Al margen de este personal eventual, los grupos parlamentarios también pueden contratar con cargo a sus propios fondos otros empleados que realicen funciones similares de apoyo y asistencia. A diferencia de lo que ocurre con el personal asistente nombrado por el Congreso de los Diputados, la identidad de las personas contratadas directamente por los grupos parlamentarios no es pública. En este trabajo examinamos críticamente los argumentos aducidos por el Congreso de los Diputados para denegar el acceso a la información sobre los asesores contratados directamente por los grupos parlamentarios.

Palabras clave: Asistentes parlamentarios, personal, asesor, ideología política, Congreso de los Diputados, acceso a la información pública, transparencia.

ABSTRACT

The Congress of Deputies provides the parliamentary groups with assistants to support deputies in exercising their functions. In addition, the parliamentary groups may also hire other employees to perform similar support functions with their own funds. However, contrary to what happens with the staff employed by the Congress of Deputies, the identity of the staff hired directly by the parliamentary groups is not public. In this article, we critically examine the arguments put forward by the Congress of Deputies to deny access to information on the advisors hired directly by the parliamentary groups.

Keywords: Parliamentary assistants, advisory staff, political ideology, Congress of Deputies, access to public information, transparency.

Sumario: I. Introducción II. Los grupos parlamentarios y la contratación de asistentes. III. Los grupos parlamentarios y el Congreso de los Diputados en la Ley de transparencia. IV. La falta de transparencia con relación a los asistentes contratados directamente por los grupos parlamentarios: análisis de los argumentos aducidos por el Congreso de los Diputados. IV.1. ¿La identidad del personal al servicio de los grupos parlamentarios obra en poder del Congreso de los Diputados y se trata de una actividad sujeta a Derecho administrativo? IV.2. ¿Conocer la identidad del personal al servicio de los grupos parlamentarios se incardina en las finalidades de la Ley de transparencia? IV.3. ¿Conocer la identidad del personal al servicio de los grupos parlamentarios afecta a datos personales potencialmente reveladores de la ideología? V. A modo de conclusión. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El Congreso de los Diputados pone a disposición de los grupos parlamentarios un número de asistentes para apoyar a los diputados en el ejercicio de sus funciones. El artículo 2 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales permite la posibilidad de que los grupos parlamentarios cuenten con personal eventual que realice funciones de asistencia y de confianza que nombra el Presidente del Congreso de los Diputados a propuesta del portavoz del grupo. La identidad de aquellas personas que forman parte de este personal al servicio de los grupos parlamentarios es pública en la medida en que se publica el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

Al margen del personal eventual, los grupos parlamentarios pueden contratar con cargos a sus propios fondos otros empleados que realicen funciones similares de apoyo a los diputados. Sin embargo, la relación de personas vinculadas laboralmente con los grupos parlamentarios no se publica ni en la web del Congreso ni en ninguna publicación oficial.

Pues bien, recientemente, un ciudadano, en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, dirigió al Congreso de los Diputados una solicitud de información en la que interesaba la relación de personas que tienen un vínculo laboral con los grupos parlamentarios y que, en consecuencia, están acreditados para acceder al Congreso de los Diputados en términos análogos al personal eventual que presta servicio a los diputados. Sin embargo, el Congreso de los Diputados desestimó esta solicitud de acceso a la información[1].

En este artículo expondremos de forma breve el nombramiento del personal eventual asistente y la contratación de los asistentes por los grupos parlamentarios. A continuación, analizaremos la transparencia de los grupos parlamentarios y del Congreso de los Diputados. Finalmente, examinaremos críticamente los argumentos que alega el Congreso de los Diputados para denegar la información sobre los asesores contratados directamente por los grupos parlamentarios.

I. LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS Y LA CONTRATACIÓN DE ASISTENTES

De sobra es conocido que, en la actualidad, los grupos parlamentarios, como trasunto de los partidos políticos en las asambleas legislativas, son los auténticos protagonistas de la vida parlamentaria[2].

Los reglamentos parlamentarios del Congreso de los Diputados (RC) y del Senado (RS) otorgan a los grupos parlamentarios unas funciones vitales para el desarrollo de las actividades parlamentarias, ya que participan en la iniciativa legislativa[3], determinan la composición de las comisiones y de la Diputación

[1] Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados de 28 de mayo de 2024 (n.º de referencia 2024/25).
[2] SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 161; PAUNER CHULVI, Cristina, «El estatuto de los parlamentarios en un contexto multinivel: las relaciones entre parlamentarios, grupos y partidos», en *Revista de Derecho Político*, n.º 78, 2010, p. 219.
[3] Artículos 126 RC y 108 RS.

Permanente[4], y a través de sus portavoces, forman parte de uno de los órganos más importantes de la Cámaras parlamentarias: la Junta de Portavoces. Aunque es la Mesa el órgano rector de la Cámara[5], la Junta de Portavoces es, de facto, el órgano de dirección política. Es en ella donde se establece la conexión con el Gobierno y donde se decide lo que va a ser políticamente la vida de la Cámara a través de la fijación del orden del día[6].

En atención a la relevancia de sus funciones, los reglamentos parlamentarios prevén la concesión de una subvención a los grupos parlamentarios de cada una de las Cámaras. Aunque los reglamentos no especifican la finalidad que persiguen, el Tribunal Constitucional ha sostenido que «resulta evidente que la finalidad de las diversas clases de subvenciones, establecidas en beneficio de los grupos parlamentarios, no es otra que la de facilitar la participación de sus miembros en el ejercicio de las funciones institucionales de la Cámara a la que pertenecen, para lo cual se dota a los Grupos en que los diputados, por imperativo reglamentario, han de integrarse, de los recursos económicos necesarios»[7].

En concreto, el artículo 28.1 RC, establece que «el Congreso pondrá a disposición de los Grupos Parlamentarios, locales y medios materiales suficientes y les asignará, con cargo a su Presupuesto, una subvención fija idéntica para todos y otra variable en función del número de Diputados de cada uno de ellos». Añade el citado precepto que las concretas cuantías las fijará la Mesa de la Cámara dentro de los límites de la correspondiente consignación presupuestaria.

Pese a la finalidad a la que está dirigida la subvención, ni el RC ni el RS determinan los gastos que pueden financiarse con la dotación económica que reciben de la Cámara parlamentaria.

En el Congreso de los Diputados no se dispone de información similar, pero en el caso del Senado, como respuesta ante la falta de previsión reglamentaria, los portavoces de los grupos parlamentarios adoptaron en 2018 un acuerdo unánime que presentaron a la Mesa del Senado por el que se comprometían, en virtud del principio de transparencia, a publicar los aspectos organizativos y la actividad económico-financiera de los grupos parlamentarios. La parte más relevante del acuerdo se refiere a la publicidad de las

[4] Artículos 40 y 56 RC y 51 y 45 RS.
[5] Artículos 30 RC y 35 RS.
[6] Artículos 67 RC y 44 RS.
[7] STC 214/1990, de 20 de diciembre, FJ 7, ECLI:ES:TC:1990:214; STC 15/1992, de 10 de febrero, FJ 5, ECLI:ES:TC:1992:15.

cuentas anuales que nos permite conocer, aunque de forma muy genérica, el destino dado a los fondos que provienen de la subvención. En concreto, el anexo de información complementaria que acompaña a las cuentas anuales permite clasificar los gastos satisfechos con la subvención en tres grandes apartados: *(i)* los gastos de personal, que incluye los sueldos y salarios del personal contratado por el grupo parlamentario, los gastos de Seguridad Social, así como indemnizaciones y otros gastos sociales (formación, acción social, etc.); *(ii)* los gastos de la actividad que no están incluidos en el gasto de personal, que comprenden, entre otros, los servicios de profesionales, transportes, servicios bancarios, publicidad, periódicos y libros, y gastos de material de oficina; y *(iii)* las aportaciones de los grupos parlamentarios a los partidos políticos.

En lo que se refiere a este último apartado, su consideración como gasto resulta dudosa, pese a que se intente justificar el trasvase de fondos como una contraprestación genérica por un servicio de asesoría técnica. En todo caso, estas aportaciones económicas a los partidos políticos están permitidas por el artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica de financiación de los partidos políticos[8], aunque resulte criticable en cuanto desvirtúa la afectación de la subvención. En el Informe de fiscalización de las cuentas anuales de los partidos políticos del ejercicio 2020, publicado en junio de 2024, el Tribunal de Cuentas recomienda que los reglamentos parlamentarios establezcan las condiciones y requisitos para que los grupos parlamentarios puedan efectuar aportaciones a los partidos políticos que, en todo caso, deben responder a la finalidad de la dotación económica que reciben. Además, el Tribunal de Cuentas sugiere que las relaciones de colaboración entre las formaciones políticas y los grupos parlamentarios se formalicen mediante convenios en los que se recojan los servicios que la formación política se compromete a prestar, incluyendo una valoración económica de los mismos[9].

Junto a esta subvención[10], el artículo 2.1 del Estatuto del Personal de las Cortes Generales permite que los grupos parlamentarios cuenten con personal eventual que desarrolle funciones de asistencia directa y de

[8] Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.
[9] *Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de las cuentas anuales de los partidos políticos, ejercicio 2020*, pp. 395 y 396.
[10] Para un análisis más detallado de la transparencia de las subvenciones a los grupos parlamentarios, véase nuestro trabajo González-Juliana Muñoz, Álvaro, «Subvenciones a grupos parlamentarios y rendición de cuentas. Reflexiones en torno al alcance de la Ley de transparencia», en *Estudios en derecho a la información*, n.º 18, 2024, pp. 209-234.

confianza en el número que determine la Mesa respectiva de cada Cámara, que serán nombrados y separados libremente por el Presidente de cada Cámara parlamentaria a propuesta del portavoz del grupo parlamentario correspondiente.

En concreto, el Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 18 de agosto de 2023 acordó autorizar para los grupos parlamentarios un número de asistentes que no supere la ratio de 1 por diputado, con la excepción del grupo mixto y de los grupos parlamentarios que tienen 10 o menos diputados, en cuyo caso pueden contar adicionalmente con un coordinador para la atención de cada uno de esos grupos parlamentarios.

El Acuerdo de la Mesa recoge también otras reglas que permiten a los grupos parlamentarios reconvertir determinado número de asistentes –la categoría básica que sirve de referencia y que tiene una retribución menor– en otros puestos con mayor remuneración, eso sí, a costa de reducir su número. Así, los grupos parlamentarios pueden reconvertir tres puestos de asistente en dos de asistentes-técnicos, distribuyéndose por mitad la suma de las retribuciones de aquellos. Igualmente, pueden reconvertir dos puestos de asistentes en uno de asesor –la categoría superior–, cuya retribución no puede ser superior al doble de la retribución correspondiente a un asistente. Finalmente, el Acuerdo también permite la reconversión de determinado número de asistentes *rasos* en asistentes A, B, y C, con mayores remuneraciones.

La información sobre este personal eventual adscrito a los grupos parlamentarios que proporciona el Congreso de los Diputados en su página web es muy limitada. Únicamente se publica el número de asistentes que corresponde a cada grupo parlamentario –la ratio de un asistente por diputado–, sin indicar la cifra real del personal eventual que presta servicio a los grupos parlamentarios. Tampoco se da publicidad a la identidad de las personas que cubren estos puestos, ni a su perfil y trayectoria profesional, pese a que su identidad es, en realidad, pública, en la medida en que su nombramiento por el Presidente del Congreso de los Diputados se publica en el Diario Oficial de las Cortes Generales. La publicación en el Diario Oficial garantiza la publicidad del nombramiento, pero obliga a realizar una búsqueda individualizada que entraña cierta dificultad y que, por lo tanto, no está al alcance de todos los ciudadanos. Por ello, sería recomendable que el Congreso de los Diputados incluyese la información sobre los asistentes junto al resto de información que publica sobre los grupos parlamentarios. Así mismo, pese a que no están publicadas, el Congreso de los Diputados sí que ha facilitado, en función de las diferentes categorías o niveles, las

retribuciones del personal eventual al servicio de los grupos en virtud del derecho de acceso a la información[11].

Al margen de este personal eventual, los grupos parlamentarios también pueden contratar con cargos a sus propios fondos otros empleados que realicen funciones similares de apoyo a los diputados.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el personal eventual adscrito a los grupos parlamentarios, en la web del Congreso de los Diputados no hay ninguna información sobre el personal contratado directamente por los grupos parlamentarios: ni cuántos son, ni quiénes son, ni su trayectoria o perfil profesional, ni sus remuneraciones.

Así, pese a que unos y otros pueden desarrollar las mismas funciones de asistencia a los grupos parlamentarios, existe una aplicación dispar de la transparencia, al permitirse conocer la identidad del personal eventual asistente nombrado por el Presidente del Congreso, mientras que se mantiene la opacidad con relación al personal contratado directamente por los grupos parlamentarios con cargos a sus propios fondos.

A continuación, analizaremos brevemente el particular régimen de transparencia al que está sujeto el Congreso de los Diputados, para, posteriormente, examinar los argumentos del Congreso de Diputados para justificar la falta de transparencia con relación a los asistentes contratados directamente por los grupos parlamentarios.

III. LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS Y EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS EN LA LEY DE TRANSPARENCIA

A diferencia de los partidos políticos a los que la Ley de transparencia (LTE)[12] les impone algunas obligaciones de publicidad activa, los grupos parlamentarios no están incluidos dentro del ámbito de aplicación de la norma, lo que determina que no tienen obligaciones de transparencia directa para con la ciudadanía: ni están obligados por las reglas de publicidad activa ni son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública.

[11] Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados de 28 de mayo de 2024 (n.º referencia 2023/161).
[12] Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Con todo, que los grupos parlamentarios no estén sujetos directamente a la LTE no implica que la información sobre su actividad permanezca opaca, en la medida en que dicha información obre en poder de otros sujetos obligados por la LTE, como es el caso de la Cámaras parlamentarias.

En efecto, el artículo 2.1.f) LTE incluye dentro del ámbito de aplicación a las Cámaras parlamentarias, lo que determina que el Congreso de los Diputados está sujeto tanto a las reglas de publicidad activa previstas en el capítulo II de la LTE —salvo aquellas expresamente dirigidas a las administraciones públicas— como a las disposiciones reguladoras del derecho de acceso a la información pública.

Sin embargo, la aplicación de la LTE a las instituciones parlamentarias presenta algunas particularidades que se concretan en tres aspectos principales[13].

En primer lugar, la aplicación de la LTE a las cámaras parlamentarias no afecta a toda la información que tienen en su poder, sino que se limita únicamente a aquellas actividades que llevan a cabo con sujeción al Derecho administrativo.

En segundo lugar, con el propósito de respetar la autonomía parlamentaria, la LTE establece que las cámaras parlamentarias deben regular en sus propios reglamentos la aplicación concreta de la LTE. Así, son las propias cámaras parlamentarias las que deben dictar las correspondientes normas de adaptación de la LTE, cuyas disposiciones son las que ordenan el ejercicio del derecho de acceso a la información en el ámbito parlamentario. De este modo, cabe la posibilidad de que las cámara parlamentarias amplíen el ámbito material previsto en la LTE, reconociendo el derecho de acceso a la información que obre en poder de la Cámara, tanto en el ejercicio de sus funciones parlamentarias como de su actividad sujeta a Derecho administrativo.

En tercer lugar, contra las resoluciones dictadas por las Cámaras parlamentarias en materia de acceso a la información no es posible interponer reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG), por lo que únicamente cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo.

Pues bien, las normas de adaptación de la LTE del Congreso de los Diputados (*Normas de la Mesa del Congreso de los Diputados, de 20 de enero de*

[13] Para un análisis más amplio del régimen de transparencia de las Cámaras parlamentarias, véase nuestro trabajo GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ, Álvaro, «Los parlamentos en la Ley de transparencia», *Revista Jurídica de Castilla y León,* n.º 61, 2024, pp. 35-63.

2015, para la aplicación de las disposiciones de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a la Cámara, en relación con su actividad sujeta a derecho administrativo (NTC)[14]) han mantenido el ámbito material de la transparencia previsto en la LTE –la información relacionada con las actividades sujetas a Derecho administrativo–, estableciendo además, ante la imposibilidad de acudir al CTBG, un recurso potestativo que resuelve la Mesa del Congreso.

IV. LA FALTA DE TRANSPARENCIA CON RELACIÓN A LOS ASISTENTES CONTRATADOS DIRECTAMENTE POR LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS: ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS ADUCIDOS POR EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Como decíamos al inicio del trabajo, hace unos meses, un ciudadano dirigió al Congreso de los Diputados una solicitud de información en la que interesaba la relación de personas que tienen un vínculo laboral con los grupos parlamentarios y que, en consecuencia, están acreditados para acceder al Congreso de los Diputados en términos análogos al personal eventual que presta servicio a los diputados.

La Resolución de la Secretaría General del Congreso de los Diputados que resolvió la solicitud únicamente concedió el acceso a un cuadro que recogía el número de personas que están acreditadas como personal contratado por los grupos parlamentarios.

Posteriormente, la Mesa del Congreso, en la Resolución que resuelve el recurso planteado por el solicitante contra esta Resolución de la Secretaría General[15], matizó que, en realidad, el cuadro facilitado hacía referencia a las personas acreditadas a pedido de los grupos parlamentarios, pero no al del su personal contratado, que el Congreso de los Diputados dice desconocer.

Por otra parte, la Mesa del Congreso denegó el acceso a la identidad del personal contratado al servicio de los grupos parlamentarios arguyendo principalmente que *(i)* que la información no obra en poder de la Cámara y no ha sido elaborada en el ejercicio de sus actividades sujetas a Derecho administrativo, *(ii)*

[14] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, número 595, de 23 de enero de 2015.
[15] Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados de 28 de mayo de 2024 (n.º de referencia 2024/25).

que el acceso a la información no responde a las finalidades de la Ley de transparencia, y *(iii)* que la información contiene datos personales potencialmente reveladores de la ideología de las personas afectadas.

A continuación, examinamos estos tres argumentos.

IV.1. ¿La identidad del personal al servicio de los grupos parlamentarios obra en poder del Congreso de los Diputados y se trata de una actividad sujeta a Derecho administrativo?

La Mesa del Congreso de los Diputados arguye, como primer argumento, que la información solicitada no recae dentro de las actividades sujetas a Derecho administrativo, cuyo contenido constituye el objeto del derecho de acceso a la información pública en la Cámara parlamentaria.

Con efecto, como decíamos antes, las NTC han mantenido el ámbito material de la transparencia previsto en la LTE, por lo que únicamente cabe el acceso a la información relacionada con las actividades que el Congreso de los Diputados ejerce con sujeción al Derecho administrativo.

De este modo, cabe analizar preliminarmente lo que debe entenderse, a estos efectos, por actividades sujetas a Derecho administrativo.

Sin embargo, ni la LTE ni las NTC delimitan el ámbito concreto de las actividades que el Congreso de los Diputados realiza con sujeción al Derecho administrativo.

En todo caso, de lo que no cabe duda es de la existencia de una actividad administrativa en las cámaras parlamentarias, pues como afirmó el Tribunal Supremo hace ya unos años, *«hay en el Legislativo actos de administración ajenos al contenido específico de sus soberanas funciones legislativas»*[16].

En efecto, para el desarrollo de las funciones constitucionales encomendadas, el Congreso de los Diputados necesita realizar una serie de actividades de carácter instrumental, como son la selección de personal, la celebración de contratos o la gestión de su propio patrimonio. Estas actividades auxiliares de las cámaras parlamentarias comportan *«una propia y genuina actividad*

[16] ATS de 18 de febrero de 1987, FJ 2, ECLI:ES:TS:1987:147A.

administrativa»[17], que se rige por el Derecho administrativo y cuyo control se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así, la expresión «actividades sujetas a Derecho administrativo» que emplea el artículo 2.1.f) LTE debe conectarse necesariamente con el artículo 1.3.a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[18], que reconoce la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados. Así lo reconoce, de hecho, la Mesa del Congreso al resolver sobre distintas solicitudes de información[19], postura que ha confirmado el Tribunal Supremo[20].

La finalidad parece clara: limitar la transparencia de las cámaras parlamentarias a las actividades instrumentales que desarrollan en materia de personal, contratación y gestión patrimonial, dejando al margen las actividades típicas del Congreso de los Diputados y del Senado, que son propias del Derecho parlamentario. La función legislativa y el control al Gobierno permanecen, por lo tanto, fuera del foco de la transparencia. Pese a este propósito, la doctrina ha resaltado la existencia de zonas grises en la actividad de los parlamentos, como, por ejemplo, la información sobre las dietas que perciben los parlamentarios y, en general, sobre las cuestiones que atañen a su estatuto, que no serían propiamente ni actividad auxiliar o materialmente administrativa, ni tampoco actividad legislativa o de control político. Para evitar estas zonas grises, y que la transparencia se aplicase a todas las actividades distintas de las funciones constitucionales, se podría haber optado por la óptica inversa que establece el artículo 2.4.1 de la Ley de acceso a la información ambiental[21], que excluye del ámbito de aplicación de la norma a las Cortes Generales «cuando actúen en el ejercicio de funciones legislativas o judiciales»[22].

---

[17] STS de 27 de noviembre de 2009, FJ 2, ECLI:ES:TS:2009:7515.
[18] Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
[19] Entre otras, Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados de 3 de noviembre de 2020 (n.º de referencia 2020/90).
[20] STS de 21 de abril de 2023, FJ 4, ECLI:ES:TS:2023:1648.
[21] Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.
[22] FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «El acceso a la información sobre la actividad de los parlamentos», en *Una década de ley de transparencia en España* (Coords. Joaquín MESEGUER YEBRA y Fran DELGADO MORALES), La Ley, Madrid, 2023, p. 3.

Pues bien, argumenta la Mesa del Congreso que la información sobre los asistentes de los grupos parlamentarios no se incardina dentro de las actividades sujetas a Derecho administrativo del Congreso de los Diputados en la medida en que la relación laboral se establece entre el grupo y sus contratados, al margen, por tanto, de la Cámara, a diferencia de lo que ocurre con el personal eventual, que es nombrado por el Presidente del Congreso a propuesta del portavoz del grupo.

Sin embargo, podría considerarse que el acceso a esta información sí que recae dentro de la actividad administrativa de la Cámara si atendemos a que la remuneración del personal asesor deriva de la subvención que reciben los grupos del Congreso de los Diputados, que, sí se trata, en nuestra opinión, de una actividad sujeta a Derecho administrativo.

Algunos autores, en cambio, sostienen que la información relativa a la concesión de las subvenciones a los grupos parlamentarios no encaja dentro de las actividades de las cámaras parlamentarias sujetas a Derecho administrativo debido a que estas ayudas están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones[23] y se regulan por los reglamentos parlamentarios[24].

Como decíamos, a nuestro modo de ver, la actividad subvencional de las cámaras parlamentarias es una actividad administrativa, tanto cuando conceden subvenciones a otras entidades para fines diversos[25], como cuando se conceden a los grupos parlamentarios, con independencia de que la regulación principal de estas ayudas se encuentre en los reglamentos parlamentarios. Esta es la posición que mantienen algunos parlamentos autonómicos, como, por ejemplo, la Asamblea de Madrid, que califica como administrativa —y no parlamentaria— la solicitud de acceso a la contabilidad de los grupos parlamentarios[26]. También es la postura que, de manera implícita, ha sostenido el Congreso de los

[23] Artículo 4.d) Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.
[24] RIDAO, Joan, «La financiación de los grupos parlamentarios y su adecuación a los actuales requerimientos de transparencia y rendición de cuentas», en *Los grupos parlamentarios: evolución y perspectivas de futuro. Seminario celebrado en Seminario celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 24 y 25 de enero de 2022*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2022, p. 236; NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio, «El control de las subvenciones concedidas por las cámaras legislativas a los grupos parlamentarios», en *El Parlamento y los Tribunales de Justicia* (Coords. Francesc PAU I VALL y Luis ORDOKI URDACI), Tecnos, Madrid, 2017, p. 159.
[25] Como, por ejemplo, la Asociación de exdiputados y exsenadores de las Cortes Generales, que recibe del Congreso de los Diputados una subvención para atender sus gastos de secretariado, o la Fundación contra el Terrorismo y la Violencia Alberto Jiménez-Becerril y la Fundación Mujeres, que reciben subvenciones del Senado.
[26] Resoluciones de la Secretaría General de la Asamblea de Madrid de 22 de junio de 2022 y de 28 de febrero de 2020.

Diputados, ya que al responder a una solicitud de acceso a la información en la que se pedía la documentación justificativa de la subvención aportada por los grupos parlamentarios, no ha objetado que la información no recaiga dentro del contenido objeto del derecho de acceso a la información reconocido en la Cámara parlamentaria[27], como sí ha hecho en otras ocasiones ante solicitudes de contenido parlamentario[28].

Así pues, dado que la información sobre la subvención encaja dentro de las actividades sujetas a Derecho administrativo, también lo es, por derivación, la relacionada con los asistentes parlamentarios, en la medida en que su remuneración proviene de aquella.

Sin embargo, que el hecho de que la información sobre el personal asesor de los grupos parlamentarios encaje dentro de las actividades sujetas a Derecho administrativo no permite, por sí mismo su conocimiento, si el Congreso de los Diputados argumenta que no tiene en su poder dicha información. Así ocurre en nuestro caso, en el que la Mesa sostiene que el Congreso de los Diputados no dispone de los datos de las personas acreditadas como personal contratado por cada uno de los grupos parlamentarios.

En efecto, el derecho de acceso exige que la información objeto de petición exista en poder del sujeto obligado en el momento en el que se solicita. Así lo establece el artículo 13 LTE al definir la información pública como los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones.

Así, para que el derecho de acceso prospere es necesario que el Congreso de los Diputados tenga en su poder la información con anterioridad a la solicitud[29], pues la LTE no ampara el derecho a obtener un documento expresamente elaborado para responder a una solicitud de información[30].

---

[27] Resolución de la Secretaría General del Congreso de los Diputados de 18 de octubre de 2023.
[28] Entre otras, Resolución de la Secretaría General del Congreso de los Diputados de 30 de abril de 2015.
[29] Resoluciones CTBG 356/2022, de 13 de octubre de 2022; 290/2022, de 16 de septiembre de 2022; 279/2022, de 14 de septiembre de 2022; 178/2022, de 17 de agosto de 2022, entre otras muchas.
[30] Resoluciones CTBG 276/2018, de 17 de julio de 2018; 277/2022, de 13 de septiembre de 2022, entre otras. La jurisprudencia, también sostiene que «el derecho a la información no puede ser confundido con el derecho a la confección de un informe por un órgano público a instancias de un particular» (SAN de 24 de enero de 2017, FJ 4, ECLI:ES:AN:2017:75; SAN de 11 de septiembre de 2017¸ FJ 4, ECLI:ES:AN:2017:3559; y SJJCA número 9, de 25 de abril de 2016, FJ 4, ECLI:ES:AN: 2016:5121).

Ahora bien, debe ponerse de relieve que el artículo 13 LTE no alude a la posesión de la información por el sujeto obligado, sino que se refiere a la que «obra en su poder». El matiz es sustancial ya que «poseer» y «obrar en poder» no son sinónimos. La posesión es una noción que hace referencia a la disponibilidad material de la información: en nuestro caso se trata, pues, de aquella información que se encuentra en manos del Congreso de los Diputados. En cambio, el «obrar en poder» tiene un ámbito más amplio: alcanza a aquella información que, aunque no se posea materialmente, el Congreso de los Diputados tienen la potestad o el poder jurídico para exigir que le sea entregada. Así lo ha interpretado, respecto de la Administración pública catalana, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP) que, en varias de sus resoluciones, ha sostenido que la información en poder de la Administración «es un concepto más amplio que la posesión real, ya que incluye también la potencial, es decir, la información que la Administración tiene el poder de tener en sus manos [...] o la capacidad jurídica de requerirla a otras entidades obligadas jurídicamente a facilitarla»[31].

Así pues, habida cuenta de que la información sobre el personal asistente contratado por los grupos parlamentarios deriva de la subvención que estos reciben, podemos entender que la información obra en poder del Congreso de los Diputados en la medida en que la Cámara dispone del poder jurídico para requerir su entrega. Así lo determina expresamente el artículo 28.1 RC, que establece que los grupos parlamentarios deben poner a disposición de la Mesa del Congreso la contabilidad específica de la subvención siempre que ésta lo pida.

De esta forma, cabe sostener que el Congreso de los Diputados tiene en su poder la información sobre los asistentes parlamentarios al disponer de la capacidad jurídica para requerírsela a los grupos parlamentarios.

Por lo tanto, la negativa del Congreso de los Diputados a conceder el acceso a la información sobre el personal asesor contratado directamente por los grupos parlamentarios difícilmente puede justificarse en el hecho de que esa información no obra en poder de la Cámara y no ha sido elaborada en el ejercicio de sus actividades sujetas a Derecho administrativo.

[31] Entre otras, Resolución GAIP 51/2018, de 23 de marzo de 2018.

IV.2. ¿Conocer la identidad del personal al servicio de los grupos parlamentarios se incardina en las finalidades de la Ley de transparencia?

Como segundo argumento para denegar la información sobre los asistentes contratados directamente por los grupos parlamentarios, la Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados sostiene que el acceso a la información solicitada carece de interés público y no responde a las finalidades de la LTE que enumera el CTBG en su Criterio interpretativo 3/2016, de 14 de julio de 2016.

Antes de entrar analizar lo que establece el citado Criterio interpretativo, debe tenerse en cuenta que, en principio, la ausencia de subordinación del Congreso de los Diputados al CTBG que establece el artículo 23.2 LTE determina que la doctrina emanada de las resoluciones del órgano de garantía de la transparencia no vincula a las instituciones parlamentarias[32], lo que no impide que puede valorarse como referente interpretativo[33], tal como ocurre en este caso.

Pues bien, en el Criterio interpretativo 3/2016, el CTBG delimita el alcance del concepto de solicitud *repetitiva* o *abusiva* con relación a la causa de inadmisión de la solicitud del artículo 18.1.e) LTE. En efecto, este precepto recoge dos motivos diferentes de inadmisión: de un lado, las solicitudes que «sean manifiestamente repetitivas», y de otro lado, las que tengan «un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley».

Con relación al segundo motivo, que es el aquí nos interesa, del Criterio interpretativo se desprende que el elemento que realmente sirve al CTBG para valorar la existencia del carácter abusivo de una solicitud viene dado por la finalidad que ésta persigue, considerándose que no será abusiva cuando esté «justificada con la finalidad de la Ley»[34]. El Criterio interpretativo, sirviéndose del preámbulo de la LTE, considera que una solicitud se ajusta «la finalidad de la Ley» cuando «se fundamenta en el interés legítimo de: *i)* someter a escrutinio la acción de los responsables públicos; *ii)* conocer cómo se toman

[32] Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados de 18 de abril de 2023 (n.º de referencia 2022/155).
[33] Resolución de la Mesa del Congreso de los Diputados de 20 de junio de 2017 (n.º de referencia 2017/9).
[34] BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, «Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información: algunas cuestiones sobre las que reflexionar», en *Transparencia y comunidades autónomas: Una perspectiva multinivel* (Coords. Andrés BOIX PALOP y Jorge CASTELLANOS CLARAMUNT, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 77.

las decisiones públicas; *iii)* conocer cómo se manejan los fondos públicos; y *iv)* conocer bajo qué criterios actúan las instituciones públicas»[35].

La Resolución de la Mesa no justifica las razones por las que considera que la solicitud no se ajusta a la finalidad de la LTE, cuando puede fácilmente deducirse que la identidad del personal adscrito a los grupos parlamentarios permite, como mínimo, conocer cómo se gastan los fondos públicos, valorando, por ejemplo, la idoneidad de su contratación.

De este modo, puede afirmarse que la solicitud de acceso a la información sobre el personal contratado por los grupos parlamentarios persigue un interés público concordante con las finalidades de la Ley de transparencia al posibilitar el control ciudadano sobre cómo se manejan los fondos públicos.

En todo caso, aunque se admitiese que la solicitud de información no persigue un interés público, esta circunstancia no sería razón suficiente para denegar el acceso. El artículo 17.3 LTE exime al solicitante de motivar su solicitud, lo que posibilita que el derecho de acceso a la información se utilice no solo con un propósito público, como es la rendición de cuentas y el control del poder público, sino también para un fin privado que interese en exclusiva al solicitante, interés privado que, de acuerdo con el artículo 14.2 LTE puede, incluso, prevalecer en el juicio ponderativo y justificar el acceso aunque éste suponga un perjuicio para alguno de los bienes protegidos por los límites al derecho de acceso a la información.

De este modo, la LTE permite el ejercicio del derecho de acceso a la información guiado por interés puramente privado, al margen de las finalidades públicas indicadas en el preámbulo de la norma a las que se refiere el Criterio interpretativo 3/2016, de 14 de julio de 2016. Así lo entiende, además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2020 que considera conforme a la LTE el ejercicio del derecho de acceso a la información para la obtención de un interés privado.

En efecto, afirma el Tribunal Supremo que no puede mantenerse que la persecución de un interés privado legítimo no tenga cabida en la LTE, destacando, además, que una solicitud de este tipo puede, incluso, «contribuir –de forma indirecta si se quiere– a esa finalidad de la LTE, reseñada en su preámbulo, de fiscalización de la actividad pública que contribuya a la necesaria regeneración

[35] Criterio interpretativo CTBG 3/2016, de 14 de julio de 2016, p. 5.

democrática, promueva la eficiencia y eficacia del Estado y favorezca el crecimiento económico»[36].

En definitiva, no cabe la denegación del acceso a la información sobre los asistentes contratados por los grupos parlamentarios con fundamento en que esta solicitud no se ajusta a la finalidad de la LTE, cuando, por un lado, puede afirmarse que la solicitud sí que persigue un interés público, el de conocer cómo se manejan los fondos públicos y, por otro lado, que la LTE permite el ejercicio del derecho de acceso a la información guiado por un interés puramente privado.

IV.3. ¿Conocer la identidad del personal al servicio de los grupos parlamentarios afecta a datos personales potencialmente reveladores de la ideología?

Como tercer argumento para denegar el acceso a la información sobre los asistentes parlamentarios contratados directamente por los grupos parlamentarios, la Mesa del Congreso apunta que la información que se solicita contiene datos personales potencialmente reveladores de la ideología de las personas afectadas.

El artículo 15.1 LTE establece que si la información contiene datos personales que revelen la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, el acceso únicamente puede autorizarse en caso de que se cuente con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, manifestación de voluntad que, de acuerdo con los artículos 4.11 y 7 del Reglamento General de Protección de Datos[37] y artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Protección de datos[38], debe ser libre, específica e inequívoca[39].

No obstante, el artículo 15.1 LTE matiza que no será necesario este consentimiento expreso cuando el afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.

[36] STS de 20 de noviembre de 2020, FJ 4, ECLI:ES:TS:2020:3870.
[37] 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 sus 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).
[38] Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
[39] Véase FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano; PÉREZ MONGUIÓ, José María, *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 314.

Así, en nuestro caso, cabría la divulgación de la información sin necesidad de consentimiento expreso, si con anterioridad a la solicitud, fuera de dominio público la pertenencia del asistente a un partido político, por ejemplo, porque haya tenido un cargo relevante en la formación política[40], porque haya concurrido en las listas electorales del partido político en alguna cita electoral, ya sea en las elecciones generales, autonómicas o locales[41], o porque lo haya publicado en sus redes sociales.

Sin embargo, la comprobación de que el asistente ha hecho manifiestamente públicos con anterioridad a la solicitud datos que releven su ideología requeriría una labor de investigación que difícilmente la Cámara parlamentaria puede desempeñar.

De este modo, parece que si el asistente parlamentario no presta su consentimiento ni su ideología es manifiestamente pública no cabría divulgar su identidad en aplicación del artículo 15.1 LTE.

Sin embargo, cabe preguntarse si, realmente, conocer la identidad del personal asistente adscrito a los grupos parlamentarios supone relevar su ideología. De ser así, se entendería, implícitamente, que trabajar para un grupo parlamentario revela la ideología del asistente, que será la propia del partido político con la que se identifica el grupo. El problema es que esa identificación automática genera dudas.

Seguramente, la gran mayoría de los asistentes parlamentarios pertenecen o están vinculados al partido político con el que se relaciona el grupo parlamentario, pero no tiene por qué ser necesariamente así. Probablemente, quien trabaja para un grupo parlamentario tiene cierta sintonía o, al menos, no tiene un especial rechazo, por las ideas que defiende su empleador, pero como puede ocurrir con cualquier otro trabajador y empresa, de tal modo que, al menos en teoría, la divulgación de la identidad de los asesores no tendría por qué conllevar la revelación de su ideología, al ser posible, por ejemplo, la existencia de asesores independientes escogidos por su experiencia técnica.

---

[40] Criterio interpretativo CTBG 2/2016, de 5 de julio de 2016, p. 4.

[41] Resolución CTBG 130/2020, de 1 de junio de 2020, FJ 7. Véase también MARTÍNEZ, Ricard, «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia», en *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público* (Coords. Julián VALERO TORRIJOS y Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 267.

De hecho, el nombramiento del personal eventual adscrito a los grupos parlamentarios, que ejerce funciones análogas al personal contratado directamente por los grupos parlamentarios, se publica en el Diario de las Cortes Generales, por lo que su identidad es pública sin que se haya considerado que la publicación oficial revele la ideología de este personal asesor.

En otra situación nos encontraríamos si la solicitud tuviera como objeto, precisamente, conocer la afiliación política de los asistentes de los grupos parlamentarios, que, claramente, no tendría cabida al amparo de la LTE. De hecho, el CTBG denegó, con acierto, el acceso en un caso similar en el que, entre otras informaciones, se solicitaba la afiliación política de los cargos de confianza y altos cargos de la Dirección de la Memoria Histórica[42].

Por otra parte, cabe preguntarse si la solicitud analizada no encajaría dentro de los datos meramente identificativos, a los que hace referencia el artículo 15.2 LTE, que son datos personales «menos susceptibles de afectar a la privacidad de las personas, con un régimen de accesibilidad más favorable al solicitante»[43].

Este precepto establece que, con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.

En efecto, junto con el funcionamiento y actividad, el artículo 15.2 LTE alude a la «organización del órgano», referencia que debe conectarse con el artículo 6.1 LTE que establece como objeto de publicidad activa la estructura organizativa de los sujetos obligados, debiendo incluirse «un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional». Así, dentro de los datos relativos a la organización del órgano se incluyen, de acuerdo con la doctrina del CBTG, el nombre y apellidos, dirección, teléfono y el cargo o puesto de trabajo, excluyéndose otros datos como el DNI o la firma manuscrita[44].

Lo que no resulta tan claro es si se puede considerar a los asistentes parlamentarios «responsables» a los efectos del artículo 15.2 LTE.

---

[42] Resolución CTBG 253/2019, de 4 de julio de 2019.
[43] STS de 22 de junio de 2020, FJ 3, ECLI:ES:TS:2020:1928.
[44] Criterio interpretativo CTBG 4/2015, de 23 de julio de 2015, p. 5.

Por otra parte, debe notarse que el artículo 15.2 LTE hace referencia a los «órganos» de los sujetos obligados, de tal modo que la aplicación de este precepto al caso exigiría considerar a los grupos parlamentarios como órganos de las Cámaras, opción por la que se ha decantado el CTBG[45], dentro de las otras explicaciones que la doctrina ha dado sobre la naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios: como órganos de los partidos políticos; como órganos de los partidos y de las Cámaras simultáneamente; o como sujetos privados que ejercen funciones públicas[46]. El propio Congreso de los Diputados parece asumir la postura adoptada por el CTBG en la medida en que la información sobre los grupos parlamentarios aparece reflejada en la web en un apartado dedicado a la «Organización de la Cámara».

Con todo, es discutible que el artículo 15.2 LTE pueda aplicarse a nuestro caso, ya que es dudoso que los grupos parlamentarios puedan calificarse como órganos de las cámaras parlamentarias y, todavía más dudoso es que los asistentes sean responsables de los mismos.

En todo caso, lo que parece claro es el acceso a la identidad de los asistentes es especialmente relevante en cuanto ejercen, en un sentido amplio del término, cargos públicos[47], que intervienen, aunque de forma indirecta, en la toma de decisiones públicas, que son remunerados con fondos públicos y cuya contratación es libre, por lo que la transparencia permite que la ciudadanía pueda comprobar, entre otros aspectos, si reúnen los requisitos de cualificación necesarios para la actividad que desarrollan o la existencia de posibles conflictos de intereses.

De hecho, CTBG ha reconocido el acceso a la identidad de las personas que han asesorado a la Administración en la elaboración de un proyecto de ley, con independencia de que sean o no empleados públicos[48].

Al fin y al cabo, como ha recordado la jurisprudencia, «la identificación de quienes ostentan un empleo público es la regla general»[49] y la transparencia

[45] Criterio interpretativo CTBG 3/2019, de 20 de diciembre de 2019, p. 72.
[46] SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 156. En general, sobre la naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios, véase, SAINZ ARNAIZ, Alejandro, *Los grupos parlamentarios*, Congreso de los Diputados Madrid, 1989; PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás, *Los grupos parlamentarios*, Tecnos, Madrid, 1989; MORALES ARROYO, José María, *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales*, CEPC, Madrid, 1990.
[47] FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «La transparencia de las aportaciones financieras a los grupos políticos locales», en *Revista española de la transparencia*, n.º 16, 2023, p. 135.
[48] Resolución CTBG 375/2022, de 19 de octubre de 2022.
[49] SAN de 16 de marzo de 2021, FJ 2, ECLI:ES:AN:2021:956.

consiste «en la visibilidad de lo que hay y de los que están detrás de las declaraciones formalizadas de conocimiento o de voluntad de las Administraciones y, singularmente, en la posibilidad de conocer la identidad de las personas que, integradas en su organización o incluso desde fuera de ella, han tomado parte o han influido en su elaboración»[50].

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La identidad del personal eventual al servicio de los grupos parlamentarios es pública en la medida en que su nombramiento (y separación) corresponde al Presidente del Congreso de los Diputados a propuesta del portavoz del grupo parlamentario, publicándose en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. En cambio, la relación de personas vinculadas laboralmente con los grupos parlamentarios no se publica ni en la web del Congreso ni en ninguna publicación oficial.

El Congreso de los Diputados ha denegado el acceso a la identidad de los asistentes contratados directamente por los grupos parlamentarios arguyendo que *(i)* la información no obra en poder de la Cámara y no ha sido elaborada en el ejercicio de sus actividades sujetas a Derecho administrativo, *(ii)* que el acceso a la información no responde a las finalidades de la Ley de transparencia, y *(iii)* que la información contiene datos personales potencialmente reveladores de la ideología de las personas afectadas.

Como se ha discutido a lo largo del trabajo, los dos primeros argumentos no permiten sustentar la negativa del Congreso de los Diputados a facilitar la información solicitada. Más dudas genera el tercer argumento aducido por el Congreso de los Diputados relativo a la protección de la ideología de los asistentes.

Sin embargo, difícilmente puede sostenerse que el conocimiento de la identidad de los asistentes contratados por los grupos parlamentarios suponga revelar su ideología, cuando no se plantea esta problemática con relación al personal eventual nombrado por el Presidente del Congreso de los Diputados a propuesta de los portavoces de los grupos. Al fin y al cabo, unos y otros ejercen funciones materialmente idénticas.

[50] SJCCA número 12, de 4 de mayo de 2018, FJ 3, ECLI:ES:AN:2018:1914.

Además, el acceso a la identidad de los asistentes contratados por los grupos parlamentarios permite a la ciudadanía formarse una opinión crítica informada, al conocer como gestionan la contratación del personal asistente y quiénes están detrás de las decisiones que los grupos parlamentarios puedan adoptar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barrero Rodríguez, Concepción, «Las causas de inadmisión de las solicitudes de acceso a la información: algunas cuestiones sobre las que reflexionar», en *Transparencia y comunidades autónomas: Una perspectiva multinivel* (Coords. Andrés Boix Palop y Jorge Castellanos Claramunt, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

Fernández Ramos, Severiano, «El acceso a la información sobre la actividad de los parlamentos», en *Una década de ley de transparencia en España* (Coords. Joaquín Meseguer Yebra y Fran Delgado Morales), La Ley, Madrid, 2023.

Fernández Ramos, Severiano, «La transparencia de las aportaciones financieras a los grupos políticos locales», en *Revista española de la transparencia*, n.º 16, 2023.

Fernández Ramos, Severiano; Pérez Monguió, José María, *El derecho al acceso a la información pública en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

González-Juliana Muñoz, Álvaro, «Los parlamentos en la Ley de transparencia», en *Revista Jurídica de Castilla y León,* n.º 61, 2024.

González-Juliana Muñoz, Álvaro, «Subvenciones a grupos parlamentarios y rendición de cuentas. Reflexiones en torno al alcance de la Ley de transparencia», en *Estudios en derecho a la información*, n.º 18, 2024.

Martínez, Ricard, «De la opacidad a la casa de cristal. El conflicto entre privacidad y transparencia», en *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público* (Coords. Julián Valero Torrijos y Manuel Fernández Salmerón), Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Morales Arroyo, José María, *Los grupos parlamentarios en las Cortes Generales*, CEPC, Madrid, 1990.

Navarro Méndez, José Ignacio, «El control de las subvenciones concedidas por las cámaras legislativas a los grupos parlamentarios», en *El Parlamento y los Tribunales de Justicia* (Coords. Francesc Pau i Vall y Luis Ordoki Urdaci), Tecnos, Madrid, 2017.

Pauner Chulvi, Cristina, «El estatuto de los parlamentarios en un contexto multinivel: las relaciones entre parlamentarios, grupos y partidos», en *Revista de Derecho Político*, n.º 78, 2010.

Pérez-Serrano Jáuregui, Nicolás, *Los grupos parlamentarios*, Tecnos, Madrid, 1989.

Ridao, Joan, «La financiación de los grupos parlamentarios y su adecuación a los actuales requerimientos de transparencia y rendición de cuentas», en *Los grupos parlamentarios: evolución y perspectivas de futuro. Seminario celebrado en Seminario celebrado en Vitoria-Gasteiz los días 24 y 25 de enero de 2022*, Parlamento Vasco, Vitoria, 2022.

Sainz Arnaiz, Alejandro, *Los grupos parlamentarios*, Congreso de los Diputados Madrid, 1989.

Santaolalla López, Fernando, *Derecho parlamentario español*, Dykinson, Madrid, 2019.

ALVARO GONZALEZ-JULIANA MUÑOZ
Universidad de Extremadura
Derecho Administrativo
Profesor Ayudante Doctor
agonzalezjuliana@unex.es
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5048-5710

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 471-483
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.471

PREFERENCIA POR CENTRO EDUCATIVO ACONFESIONAL COMO CAUCE DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ANTE CONVICCIONES RELIGIOSAS DIVERGENTES

PREFERENCE FOR A NON-DENOMINATIONAL EDUCATIONAL CENTER AS A CHANNEL FOR THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN THE FACE OF DIVERGENT RELIGIOUS CONVICTIONS

JOSÉ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ[1]

Consejo Consultivo de Castilla y León

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 26/2024, de 14 de febrero de 2024. Recurso de amparo núm. 4958-2021. *Vulneración del derecho a que los hijos reciban una formación religiosa y moral acorde con las convicciones de los padres: resoluciones judiciales que acuerdan la escolarización de una menor en un centro concertado religioso que no puede entenderse justificada en su interés superior en el seno de una familia con convicciones religiosas divergentes y que no salvaguardan su derecho a desarrollar sus propias convicciones y creencias en un contexto escolar libre de adoctrinamiento.*

[1] José Sánchez Hernández es Asesor jurídico del Consejo Consultivo de Castilla y León y profesor colaborador en la Universidad de Salamanca. Doctorando en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca. Graduado en Derecho, Máster en Práctica Jurídica y Máster en Abogacía Digital y Nuevas Tecnologías por la Universidad de Salamanca, y Máster en Derechos Fundamentales por la UNED. Jose.sanchez@cccyl.es Orcid: 0009-0001-6755-4329

ABSTRACT

Ruling of the Constitutional Court no. 26/2024, of February 14, 2024. Appeal for protection no. 4958-2021. Violation of the right for children to receive a religious and moral education in accordance with the parents' convictions: judicial resolutions that agree to the schooling of a minor in a religious subsidized center that cannot be understood as justified in her best interests within a family with divergent religious convictions and that do not safeguard their right to develop their own convictions and beliefs in a school context free of indoctrination.

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ampara la decisión en la elección de un colegio aconfesional ante las discrepancias religiosas entre los progenitores, optando por la "neutralidad" y de acuerdo con el interés superior de la menor. Lo hace en una divergencia de opiniones, reconoce, de naturaleza sustancial e irreconciliable, que daría lugar a un procedimiento judicial en el ejercicio de la patria potestad, y en la que la madre tenía preferencia en la elección de un colegio aconfesional frente a la opción del centro religioso que mantenía el padre. Se fundamentarían, así, el derecho fundamental a la libertad religiosa de la progenitora (artículo 16.1 CE) en relación con el derecho a que su hija reciba la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE). De cierta manera, el Pleno del Tribunal Constitucional en este pronunciamiento hace un ejercicio de razonamiento ponderado, tomando en consideración los bienes y derechos dignos de protección constitucional, y tomando como punto de partida el principio de aconfesionalidad del Estado (artículo 16.3 CE).

Para comprender esta postura, tenemos que hacer una serie de puntualizaciones. Debe partirse inevitablemente, para SALCEDO HERNÁNDEZ, de las libertades de pensamiento, religiosa y de conciencia como núcleo indispensable de la libertad cívica[2]. Es más, para FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR se configuran en nuestro ordenamiento constitucional como una cuestión de

[2] José Ramon Salcedo Hernández, "Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia·, en *Anales de derecho*, ISSN 1989-5992, Nº 15, 1997, pág. 88.

índice exclusivamente social[3], mientras que, para COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, representan una realidad inherente al enriquecedor pluralismo de una sociedad civil de ciudadanos libres[4]. Sin embargo, DE FUENMAYOR da un paso más allá, y plantea la exigencia de aplicación integral y común de un régimen general de libertad religiosa en la sociedad civil[5], aún más si cabe, como añade PALOMINO LOZANO, en ese choque o desencuentro entre dos realidades *sagradas*: libertad religiosa y libertad de expresión[6]. Así las cosas, lo cierto es que nuestra Constitución Española de 1978 consagra en su artículo 16.1 las *libertades* ideológica, religiosa y de culto; triada de libertades, que, como puntualiza ARECES PIÑOL, nos permite preguntarnos, si se trata de tres libertades distintas o, por el contrario, se trata de una sola libertad con diferentes dimensiones[7]. En cualquier caso, ambas tres, ya advierte HERVADA XIBERTA, cuentan con elementos independientes[8], se encuentran incardinadas bajo el *prius* de la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, y atienden al valor interpretativo otorgado por el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna.

Es claro, por su parte, que esta *dignitatis humanae,* como valor básico, *supra* e intangible, que fundamenta y justifica los derechos fundamentales y convertido en norma constitucional obligatoria[9], es una cualidad exclusiva del ser humano, que cobra especial relevancia en materia de libertad religiosa, por lo que cabe entenderse indistintamente como "valor supremo"[10], "principio

[3] Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, "Estado laico y libertad religiosa", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Número 54. Verano, 1978. Pág. 27.
[4] José María Coello De Portugal Martínez Del Peral, "La libertad religiosa de los antiguos y la libertad religiosa de los modernos", en *RDUNED. Revista de derecho UNED*, ISSN-e 2255-3436, ISSN 1886-9912, Nº. 7, 2010, pág. 195.
[5] Amadeo De Fuenmayor, "Libertad religiosa y libertad de predicación", en *Ius canonicum*, ISSN 0021-325X, Vol. 14, Nº 28, 1974, pág. 355.
[6] Rafael Palomino Lozano, "Libertad religiosa y libertad de expresión, en *Ius canonicum*, ISSN 0021-325X, Vol. 49, Nº 98, 2009, pág. 517.
[7] María Teresa Areces Piñol, "Las fronteras entre la libertad religiosa y la libertad ideológica", en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, ISSN 0213-8123, Nº 10, 1994, pág. 30.
[8] Javier Hervada Xiberta, "Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia", en *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, ISSN-e 0120-8942, Nº. 3, 1994, pág. 119.
[9] Carlos María Romeo Casabona, "La genética y la biotecnología en las fronteras del Derecho", en Acta Bioethica, ISSN-e 1726-569X, ISSN 0717-5906, Vol. 8, Nº. 2, 2002, pág. 296.
[10] César Landa Arroyo, *Los derechos fundamentales*, Editorial PUCP, Lima, 2017, págs. 17 y 18.

nuclear"[11], "valor básico"[12][13], "referente"[14][15], "corredor"[16], "calidad"[17], "*prius*" o "actitud"[18].

Para el Tribunal Constitucional en sus repetidas Sentencias, la cuestión requiere de este primer acercamiento dogmático-teórico. Y ello es importante, porque la libertad religiosa implica el derecho que tiene todo individuo para manifestar sus creencias y practicar públicamente el culto, y que no se puede entenderse, según ROSSELL, sin la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia[19]. Siendo ello así, la dimensión objetiva de la libertad religiosa, según las SSTC núm. 101/2004, de 2 de junio y núm. 34/2011, de 28 de marzo, comporta una doble exigencia: "primero, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; segundo, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias"; entendiéndose la declaración de neutralidad (entre otras, SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), como una manifestación de la idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que "veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales" (STC 177/1996, de 11 de noviembre). Entonces, el principio de neutralidad del Estado en materia religiosa (artículo 16.3 CE), que pretende se garantice que ni se favorezca ni se privilegie ninguna religión en particular, tiene como objetivo principal el promover un ambiente educativo inclusivo y respetuoso con la diversidad religiosa; es más, debe respetarse la libertad de elección de cada familia en función de sus valores y creencias.

---

[11] Francisco Fernández Segado, "La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Nº. 50, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, 1996, pág. 19.
[12] Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 318-319.
[13] JESÚS IGNACIO DELGADO-ROJAS "DIETMAR VON DER PFORDTEN", EN *EUNOMÍA: REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD*, Nº. 20, ISSN-E 2253-6655, 2021, PÁG. 487.
[14] Jesús González Pérez, *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas. Madrid, 1986.
[15] Gregorio Peces-Barba Martínez, "La dignidad humana", en *Los desafíos de los derechos humanos hoy: Valladolid, 18 a 20 de octubre de 2006* / coord. por Rafael F. de Asís Roig, David Bondia García y Elena Maza Zorrilla, 2007, ISBN 978-84-9849-120-3, pág. 157.
[16] Aurelio de Prada García, "Dignidad Humana", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 56, ISSN 0008-77502022, pág. 449.
[17] Víctor García Toma, "La dignidad humana y los derechos fundamentales", en *Derecho & Sociedad*, Nº. 51, ISSN 2079-3634, 2018, págs. 14 y
[18] Recurso electrónico: https://www.nuevarevista.net/manuel-atienza-sobre-la-dignidad-humana/ [Fecha de consulta: 05/05/2024].
[19] Jaime Rossell, "El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, ISSN 0213-8123, Nº 15, 1999, pág. 91.

Precisamente, para la STC 24/1982, de 13 de mayo (F.J.1º) uno de los dos principios básicos que determinan esa actitud del Estado hacia el conjunto de relaciones entre Estado e Iglesias y confesiones es el de la libertad religiosa, "entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo". En este punto, ROSSELL advierte que, de lo que se trata no es de sólo "regular la interioridad de la persona sino, […] intentar hacer viable que la persona pueda vivir y comportarse externamente de acuerdo con sus convicciones religiosas o ideológicas"[20], y cuya titularidad alcanza su dimensión individual y comunitaria (STC núm. 46/20021, F.J.4º).

Al final, se exige a los poderes públicos, como pretensión *de iure condendo,* esa "actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional" (STC núm. 38/2007, F.J. 5º). Es precisamente, en este extremo, donde toma especial importancia el principio de aconfesionalidad del Estado. REVENGA SÁNCHEZ avanza sobre la *rousoniana* "religión civil" como intento de resolver el conflicto religioso[21]; o sea, el Estado será aconfesional (sin entrar en debates estériles con el término *laicidad*). Es más, y como advierte MOTILLA DE LA CALLE, tutelará esa libertad religiosa, pero dentro de la más estricta neutralidad en materia religiosa[22], siendo la forma en que nuestra Constitución, como añade MÚGICA HERZOG, materializaría la llave para resolver estos problemas de convivencia de forma civilizada[23]. Por ello, el artículo 16.3 CE optaría por la vía intermedia de la aconfesionalidad, como apunta CORRAL SALVADOR, ya que "se decidió por la ruptura del régimen de confesionalidad, pero sin la vuelta al laicismo de la IIª República"[24].

Finalmente, cabe destacarse que el Pleno del Alto Tribunal prioriza el interés superior del menor, en relación con el derecho a que su hija reciba la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (que trataremos

---

[20] *Ibidem,* pág. 123.
[21] Miguel Revenga Sánchez, *La libertad religiosa desde la constitución*, Fundación Manuel Giménez Abad, págs. 7 y 8. Recurso electrónico: https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/images/Documentos/2011/20110304_epp_revenga_sanchez_m_es_0.pdf [Fecha de consulta: 05/05/2024].
[22] Agustín Motilla de la Calle, "Estado laico y libertad religiosa", en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, ISSN 0213-8123, Nº 24, 2008 (Ejemplar dedicado a: Actas del Congreso sobre "Estado español, libertad religiosa y principios ético-cívicos"), pág. 70.
[23] Enrique Múgica Herzog,"La Constitución española y la Libertad religiosa", en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, ISSN 0213-8123, Nº 24, 2008 (Ejemplar dedicado a: Actas del Congreso sobre "Estado español, libertad religiosa y principios ético-cívicos"), pág. 130.
[24] Carlos Corral Salvador, "La aconfesionalidad como justo equilibrio entre dos extremos", en *Estudios eclesiásticos: Revista de investigación e información teológica y canónica*, ISSN 0210-1610, Vol. 80, Nº. 315, 2005, pág. 838.

posteriormente). En este caso, GARCÍA COSTA vincula esa formación religiosa y moral a los valores superiores del ordenamiento jurídico (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político) del artículo 1.1 CE[25]. Por su parte, PRIETO ÁLVAREZ[26] y GÓMEZ ABEJA[27] abordan la cuestión de la objeción de conciencia: el primero, con respecto a la presencia de crucifijos en las aulas públicos, y la segunda, con la implantación del moderno *pin* parental.

2. ANTECEDENTES DE HECHO

El recurso de amparo se interpone fruto de un desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, en el que el padre propone un colegio religioso y concertado, y la madre un colegio público y laico *(vid.* Antecedente de Hecho 2). Solicitada la intervención judicial, el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona dicta auto el 23 de julio de 2019 estimando la solicitud formulada por el padre, y considerando que la opción de un progenitor no puede primar sobre el otro, por lo que debe atenderse a otras cuestiones de la enseñanza, donde el colegio propuesto por el padre ofrece mayores ventajas. Frente a la resolución, la madre presenta recurso de apelación por considerar que se vulneraba el derecho a la dignidad de la persona (art. 10 CE), el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la menor y de la madre.

Desestimado el recurso de apelación, mediante auto dictado por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 21 de mayo de 2021, la recurrente presenta demanda de amparo, bajo la consideración de que se han vulnerado el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE) y el derecho fundamental a que su hija reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

Finalmente, mediante providencia de 12 de septiembre de 2022, la Sección Segunda del Tribunal Constitucional acuerda admitir a trámite el recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia

[25] Francisco Manuel García Costa, "La educación constitucional: caracterización general y recepción en el sistema constitucional español", en *Revista de educación y derecho = Education and law review*, ISSN 2013-584X, ISSN-e 2386-4885, Nº. Extra 1, 2021, pág. 185.
[26] Tomás Prieto Álvarez, "La presencia del crucifijo en las escuelas públicas es compatible con la Constitución (una réplica)", en *Revista jurídica de Castilla y León*, ISSN 1696-6759, Nº. 31, 2013.
[27] Laura Gómez Abeja,"Apuntes constitucionales sobre el pin parental", en *Revista española de derecho constitucional*, ISSN 0211-5743, Año nº 42, Nº 124, 2022, págs. 203-225.

constitucional (vía artículo 50.1 LOTC), ya que el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)]. Por ello, la cuestión constitucional consiste en determinar si el órgano judicial ha realizado correctamente la ponderación de los intereses en conflicto en una materia que afecta a derechos fundamentales sustantivos, teniendo en cuenta el interés superior de la menor (*vid*. Fundamento de Derecho 1º).

3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

Sobre el derecho a la libertad religiosa (artículo 16.1 CE), el TC recuerda que el derecho a la libertad religiosa presenta una dimensión objetiva que comporta una doble exigencia: la neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; y el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas iglesias. Además, proyecta una dimensión interna y otra externa, presentándose esta última como la facultad de los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros con plena inmunidad de coacción del Estado. Esta inmunidad se conecta con el art. 16.3 CE, estableciendo un principio de neutralidad de los poderes públicos en materia religiosa, y configurándose como presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (*vid*. Fundamento de Derecho 2º a).

Es más, el derecho a la libertad religiosa y libertad de creencias encuentra "su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos (SSTEDH de 25 de mayo de 1993, asunto Kokkinakis, § 42 a 44 y 47; de 24 de febrero de 1998, asunto Larissis, § 45 y 47)". Y, por ello, queda sujeta "únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás" (art. 14.3).

Sobre el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), el Alto Tribunal reconoce que guarda estrecha relación también con el derecho a escoger centro docente, que se deriva de lo dispuesto en el artículo 27.1 CE, como capacidad de optar entre los diversos centros existentes, sean públicos o privados. En definitiva, el ejercicio de la facultad de escoger centro docente constituye

"un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral" (*vid*. Fundamento de Derecho 2º b).

Así las cosas, tras analizar el interés superior de la menor (Fundamento de Derecho 4º y la extensa jurisprudencia del TEDH (Fundamento de Derecho 3º), el Tribunal concluye, resultado de un ejercicio de ponderación, con el desarrollo en un entorno de neutralidad, con el fin de que la menor pueda formar sus propias convicciones de manera libre (*vid*. Fundamento de Derecho 5º), puesto que "el colegio público no confesional resulta más acorde para favorecer el libre desarrollo de las convicciones de la menor desde una posición de neutralidad con respecto a las divergentes posiciones de sus progenitores" y "permitiendo que pueda desarrollar una opinión crítica en el seno de una familia caracterizada por la diversidad en esta materia"

En resumidas cuentas, se produce la estimación del recurso de amparo, al haber sido vulnerado el derecho de la recurrente a que su hija reciba la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

4. VOTO PARTICULAR

Primero, se formula voto particular discrepante por los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, doña Concepción Espejel Jorquera y don César Tolosa Tribiño. Se afea la decisión del Pleno, ya que "la sentencia solo puede ser entendida desde una óptica que [...] propugna la prohibición no solo de que la menor reciba formación religiosa, sino que tenga cualquier contacto con lo que la sentencia define como "el elemento religioso [que] trasciende de la asignatura de religión y se hace presente de manera general en el proyecto educativo" del centro" (*vid*. punto 1 *in fine*). Es más, se "prescinde de ese juicio probatorio y crea el suyo propio sustituyendo a los órganos judiciales, apreciando como único medio de prueba decisivo para dirimir en qué centro debe ser escolarizado la menor, el contenido de un programa escrito elaborado por el centro concertado en el que se expone su ideario y que aportó la madre en el recurso de apelación" (*vid*. punto 2).

El voto particular, de la misma forma, indica que se "ha sustituido a los tribunales ordinarios en el ejercicio de una competencia que es exclusiva de estos, y en contra de lo previsto en nuestra ley orgánica reguladora [art. 44.1 b) *in fine*] para decir, sobre la base de un "folleto", lo que no está probado realmente", y

"no demuestra mínimamente por qué el ideario cristiano del centro concertado, bien sea el recogido en el "folleto" que toma como base de sus apreciaciones, o bien por evidenciarlo otro elemento de prueba, incumple alguno de los requisitos de nuestra doctrina para ser constitucionalmente válido".

Segundo, se emite voto particular concurrente formulado por el magistrado don Juan Carlos Campo Moreno. Discrepando de la fundamentación jurídica utilizada, que no de fallo, entiende que no estaba en juego ningún derecho fundamental de titularidad de los padres, sino la propia libertad religiosa de la hija menor. En su opinión, el Tribunal debió entender que no actuaba en el presente supuesto en defensa de un derecho fundamental propio (pues el artículo 27.3 CE no opera en las relaciones horizontales entre los padres), sino en defensa de la libertad religiosa de su hija, que la menor no podía ejercer por sí misma por razón de su corta edad. Entonces, la libertad religiosa de la menor solo podía salvaguardarse, en el concreto contexto de conflicto entre los padres, con la escolarización en un centro educativo que guardase una mínima neutralidad en relación con el hecho religioso, requisito que, como ya se ha explicado, no cumplía el colegio propuesto por el padre.

5. CONCLUSIONES

Se discrepa sobre la facultad de elección del centro escolar de la menor, si bien se ha obviado hasta ahora que el colegio concertado religioso permitía la inscripción de la menor en una asignatura alternativa a la religión católica. Lo cierto es que, para GÓMEZ ABEJA, desde la perspectiva del artículo 27.3 CE, el sentido finalista de la educación -*ex* artículo 27.2 CE- determina que la participación obligatoria de los menores en las actividades complementarias sea una injerencia legítima en aquella libertad[28]. Sin embargo, ello no quiere decir que exista una garantía para que en el futuro los hijos procesen las mismas creencias que los padres, ni mucho menos, sino que, como añade VALERO HEREDIA, tan sólo es una facultad temporal que han de ejercer en su representación[29]. Por eso mismo, está condicionada a que el menor carezca de la madurez suficiente como para decidir por sí mismo, o sea, se protege jurídicamente el proceso de

[28] *Ibidem, pág. 221.*
[29] Ana Valero Heredia, "El pin parental es inconstitucional", *Infolibre*. Recurso electrónico: https://www.infolibre.es/opinion/blogs/al-reves-al-derecho/pin-parental-inconstitucional_132_1247506.html [Fecha de consulta: 05/05/2024].

formación, gestación y maduración de sus convicciones: la libre formación de su conciencia. Es, por ello, por lo que, vía STC 133/2010, se requiere de la convivencia participada en libertad, el respeto por el pluralismo de ideas y creencias y la formación de ciudadanos activos, participativos y críticos, evitándose un adoctrinamiento ideológico (STEDH de 25 de mayo de 1993, *caso Kokkinakis c. Grecia*).

Precisamente, el limite estará, en palabras de CONTRERAS MAZARÍO, en la repercusión jurídica del artículo 27 CE, en su apartado segundo[30]. En otras palabras, debe garantizar, en todo caso, la libertad de enseñanza (y de formación religiosa y moral), mientras se asegure el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. ¿Acaso aquí no se respetan esos límites? Es evidente que la neutralidad ideológica y religiosa mantenida por el Pleno desvirtúa por complejo la conciliación con el derecho de los padres a que sus hijos reciban esa formación religiosa y moral de su elección. Es más, incluso el padre de la menor y el propio centro educativo concertado religioso dan la opción a una alternativa a la asignatura de religión. Es claro que la libertad religiosa del padre (artículo 16.1 CE), en relación con el derecho a que su hija reciba la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE), queda limitada. Por su parte, nada obsta para se ponga en riesgo la madurez suficiente de la menor, precisamente, pues la libre formación de su conciencia, la convivencia participada en libertad y el desarrollo de su personalidad humana quedan intactos (artículo 27.2 CE).

Entonces, la infracción del principio de igualdad entre ambos progenitores en el ejercicio activo de la patria potestad sí que sienta un grave precedente. Precisamente, ese papel positivo del Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.1 CE) y la búsqueda de una eficacia de los derechos y libertades fundamentales pasa necesariamente por promover condiciones para que la libertad e igualdad del individuo sean reales y efectivas (artículo 9.2 CE); igualdad ante la ley (artículo 14 CE). Y esto, para parte de la doctrina, parece haber sido obviado. Es más, el impacto por la diversidad educativa pudiera quedar afectada negativamente, pues, al final, el Pleno del Tribunal favorece un único punto de vista. El argumento, en este extremo, es doble: a) por una parte, la arbitrariedad en la

[30] José María Contreras Mazarío, "Valores educativos, ideario constitucional y derecho de los padres: la cuestión del «pin o censura parental", en *Revista de Derecho Político*, ISSN 0211-979X, Nº 110, 2021, pág. 82.

interpretación del interés superior del menor es palpable; y b) el principio de neutralidad (art. 16.1 CE) queda vilipendiado de gran manera[31]. Es más, el derecho al ideario de los centros concertados y privados cuenta ya con las limites propias del artículo 27.3 CE, pues como derecho autónomo y como advierte NICOLÁS MUÑIZ, el ideario no ha de circunscribirse a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa, sino que puede extenderse a los distintos aspectos de la actividad de los centros[32]. Por todo ello, para parte de la doctrina, el Pleno erra y no pondera adecuadamente los intereses, y no solo ello, sino que usurpa esas funciones a los tribunales ordinarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Areces Piñol, M.T. "Las fronteras entre la libertad religiosa y la libertad ideológica", en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, ISSN 0213-8123, Nº 10, 1994.

Coello De Portugal Martínez Del Peral, J.M. "La libertad religiosa de los antiguos y la libertad religiosa de los modernos", en *RDUNED. Revista de derecho UNED*, ISSN-e 2255-3436, ISSN 1886-9912, Nº. 7, 2010.

Contreras Mazarío, J.M. "Valores educativos, ideario constitucional y derecho de los padres: la cuestión del «pin o censura parental", en *Revista de Derecho Político*, ISSN 0211-979X, Nº 110, 2021.

Corral Salvador, C. "La aconfesionalidad como justo equilibrio entre dos extremos", en *Estudios eclesiásticos: Revista de investigación e información teológica y canónica*, ISSN 0210-1610, Vol. 80, Nº. 315, 2005.

De Fuenmayor, A. "Libertad religiosa y libertad de predicación", en *Ius canonicum*, ISSN 0021-325X, Vol. 14, Nº 28, 1974.

De Prada García, A. "Dignidad Humana", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Nº 56, ISSN 0008-7750, 2022.

Delgado-Rojas, J.I. "Dietmar von der Pfordten", en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº. 20, ISSN-e 2253-6655, 2021.

Fernández Segado, F. "La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Nº. 50, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, 1996.

Fernández-Miranda Campoamor, A. "Estado laico y libertad religiosa", en *Revista de la*

[31] Esta cuestión es abordada por Salvador Pérez Álvarez, "Laicidad, secularización y régimen jurídico de los inicios de la vida en España", en *Biotecnología y bioderecho* / coord. por Salvador Tarodo Soria, Paulino César Pardo Prieto, 2011, ISBN 978-84-938666-2-4, págs. 293-322

[32] Jaime Nicolás Muñiz, "Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española", en *Revista española de derecho constitucional*, ISSN 0211-5743, Año nº 3, Nº 7, 1983, pág. 351.

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Número 54. Verano, 1978.

García Costa, F.M. "La educación constitucional: caracterización general y recepción en el sistema constitucional español", en *Revista de educación y derecho = Education and law review*, ISSN 2013-584X, ISSN-e 2386-4885, Nº. Extra 1, 2021.

García Toma, V. "La dignidad humana y los derechos fundamentales", en *Derecho & Sociedad*, Nº. 51, ISSN 2079-3634, 2018.

Gómez Abeja, L. "Apuntes constitucionales sobre el pin parental", en *Revista española de derecho constitucional*, ISSN 0211-5743, Año nº 42, Nº 124, 2022.

González Pérez, J. *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas. Madrid, 1986.

Hervada Xiberta, J. "Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia", en *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, ISSN-e 0120-8942, Nº. 3, 1994.

Landa Arroyo, C. *Los derechos fundamentales*, Editorial PUCP, Lima, 2017.

Motilla de la Calle, A. "Estado laico y libertad religiosa", en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, ISSN 0213-8123, Nº 24, 2008 (Ejemplar dedicado a: Actas del Congreso sobre "Estado español, libertad religiosa y principios ético-cívicos").

Múgica Herzog, E. "La Constitución española y la Libertad religiosa", en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, ISSN 0213-8123, Nº 24, 2008 (Ejemplar dedicado a: Actas del Congreso sobre "Estado español, libertad religiosa y principios ético-cívicos").

Nicolás Muñiz, J. "Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española", en *Revista española de derecho constitucional*, ISSN 0211-5743, Año nº 3, Nº 7, 1983.

Palomino Lozano, R. "Libertad religiosa y libertad de expresión, en *Ius canonicum*, ISSN 0021-325X, Vol. 49, Nº 98, 2009.

Peces-Barba Martínez, G. "La dignidad humana", en *Los desafíos de los derechos humanos hoy: Valladolid, 18 a 20 de octubre de 2006* / coord. por Rafael F. de Asís Roig, David Bondia García y Elena Maza Zorrilla, 2007, ISBN 978-84-9849-120-3.

Pérez Álvarez, S. "Laicidad, secularización y régimen jurídico de los inicios de la vida en España", en *Biotecnología y bioderecho* / coord. por Salvador Tarodo Soria, Paulino César Pardo Prieto, 2011, ISBN 978-84-938666-2-4.

Pérez Luño, A.E. *Derechos Humanos, Estado de Derechos y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

Prieto Álvarez, T. "La presencia del crucifijo en las escuelas públicas es compatible con la Constitución (una réplica)", en *Revista jurídica de Castilla y León*, ISSN 1696-6759, Nº. 31, 2013.

Revenga Sánchez, M. *La libertad religiosa desde la constitución*, Fundación Manuel Giménez Abad. Recurso electrónico: https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/images/Documentos/2011/20110304_epp_revenga_sanchez_m_es_0.pdf [Fecha de consulta: 05/05/2024].

Romeo Casabona, C.M. "La genética y la biotecnología en las fronteras del Derecho", en Acta Bioethica, ISSN-e 1726-569X, ISSN 0717-5906, Vol. 8, Nº. 2, 2002.

Rossell, J. "El concepto y contenido del derecho de libertad religiosa en la doctrina científica española y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, ISSN 0213-8123, Nº 15, 1999.

Salcedo Hernández, J.R "Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia·, en *Anales de derecho*, ISSN 1989-5992, Nº 15, 1997.

Valero Heredia, A. "El pin parental es inconstitucional", *Infolibre*. Recurso electrónico: https://www.infolibre.es/opinion/blogs/al-reves-al-derecho/pin-parental-inconstitucional_132_1247506.html [Fecha de consulta: 05/05/2024].

JOSÉ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Asesor jurídico
Consejo Consultivo de Castilla y León
Jose.sanchez@cccyl.es
ORCID: 0009-0001-6755-4329

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 485-511
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.485

EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES CON FINES JURISDICCIONALES Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA «*HABEAS DATA*»

THE PROCESSING OF PERSONAL DATA FOR JURISDICTIONAL PURPOSES AND THE EXERCISE OF THE RIGHT TO INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION «HABEAS DATA»

MATI DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ ALFARO
Universidad Pontificia Comillas

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

El ejercicio de la potestad jurisdiccional exige la adecuada ponderación entre el principio de publicidad del proceso y la protección de los datos personales de todos los implicados en el procedimiento judicial. En el presente trabajo se analiza el marco normativo que rige la actividad jurisdiccional en esta materia y las dificultades prácticas que genera su escasa regulación de cara a la efectiva protección de los derechos de los interesados.

Palabras clave: Protección de datos personales, jurisdicción, habeas data, autoridad de control, responsable de tratamiento.

ABSTRACT

The exercise of jurisdictional power requires an appropriate balance between the principle of publicity of the process and the protection of the personal data of those involved in the judicial procedure. This paper analyzes the regulatory framework

governing the jurisdictional activity in this area and the practical difficulties generated by its scarce regulation with a view to the effective protection of the rights of the interested parties.

Keywords: *personal data protection, jurisdiction, habeas data, supervisory authority, data controller.*

Sumario: I. Introducción. II. El tratamiento jurisdiccional de datos personales, 2.1. Marco normativo del tratamiento de datos personales en el ámbito judicial, 2.2. El tratamiento de datos personales por la Administración de Justicia: tratamientos con fines jurisdiccionales y no jurisdiccionales, 2.3. Los datos objeto de tratamiento en el ámbito jurisdiccional, 2.4. La autoridad de control y sus funciones en el tratamiento de datos personales en el ámbito jurisdiccional, 2.5. El responsable de tratamiento de los datos con fines jurisdiccionales. III. Algunas especialidades en materia de tratamiento de datos personales con fines jurisdiccionales en el procedimiento penal. IV. El ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación «habeas data» cuando se produzca el tratamiento de datos personales con fines jurisdiccionales. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los procedimientos judiciales producen una importante cantidad de documentación en la que se recoge información relativa a las circunstancias personales de los ciudadanos inmersos en el proceso, tanto de quienes litigan como de los profesionales que de una u otra forma intervienen en el procedimiento (abogados, peritos, jueces, fiscales etc.), o de los terceros llamados a colaborar con la administración de justicia (*vgr*. los testigos). Los titulares de datos personales obtenidos en el ejercicio de la función jurisdiccional conservan los mismos derechos y facultades que la Constitución española (en adelante, CE)[1] y la Ley les reconoce a todos los ciudadanos, aunque, como se explica en el presente trabajo, esa protección debe adaptarse a ciertas especialidades que vienen determinadas por la propia organización y las normas que afectan a la esfera de la Administración de Justicia.

[1] *BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Por ello, si bien, se reconoce a los jueces y tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional, este ejercicio debe realizarse de modo que se asegure a los ciudadanos la tutela efectiva de sus derechos, tales como el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la vez que se cumple con el principio de publicidad del proceso[2]. Así, con el ánimo de evitar posibles desafueros, se ha desarrollado un sistema jurisdiccional con una serie de límites y garantías, entre los que destaca el principio de legalidad, que persigue reducir al máximo el arbitrio de los jueces en el ejercicio de la tutela de los derechos de los ciudadanos.

En lo referente al tratamiento de datos personales de los administrados, debe tenerse en cuenta que, tal y como ha declarado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC)[3], un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta. A estos efectos, el TC recuerda que para la restricción por parte de los poderes públicos de cualesquiera derechos constitucionales debe garantizarse el respeto de los principios de previa habilitación normativa y superación de los juicios de proporcionalidad en sentido amplio, y de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, *ad exemplum*, la sentencia TC 123/2002, de 20 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TC:2002:123), cuando que: «(…) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple estos tres requisitos: a) si la medida acordada puede conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); b) si es necesaria en el sentido de que no exista otro medio más moderado para conseguir el fin propuesto con igual eficacia (juicio de necesidad); c) si la medida es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»[4].

---

[2] Arts. 18, 24, 120 y Título VI CE. Al respecto, RODRÍGUEZ VALLS, María Teresa, «Principio de publicidad procesal y derecho a la protección de datos de carácter personal: aproximación a la problemática actual en Juzgados y Tribunales españoles», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 71, 2010.

[3] Así lo ha reconocido el TC en Sentencia 143/1994, de 9 de mayo de 1994, recurso de amparo 3192/1992 (ECLI:ES:TC:1994:143). Véase también, RODRÍGUEZ VALLS, María Teresa, «Principio de publicidad procesal y derecho a la protección de datos …», ob. cit.

[4] En el mismo sentido, el TS en sentencia 610/2016, 7 de Julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:3621), recuerda que la afectación a la intimidad habrá de graduarse conforme a los factores y circunstancias concurrentes en cada caso, y recordando la necesidad de un permanente ajuste al principio de

Por ello, con el fin de establecer un criterio interpretativo en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el ámbito judicial debe recordarse que nos encontramos ante un derecho fundamental protegido por el artículo 18.4 CE[5], el cual establece que: «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». El artículo 18.4 CE incorpora un instituto de garantía de otros derechos, principalmente el honor y la intimidad, la garantía de la intimidad entendida en su vertiente positiva se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona[6].

Así, el artículo 18.4 CE garantiza un ámbito de protección específico, pero también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del mismo precepto -honor e intimidad-, por tanto, aunque los bienes protegidos por los derechos a la intimidad, al honor y a la protección de datos se encuentran parcialmente entrelazados, su objeto no es necesariamente coincidente. La protección de los datos personales permite en muchos casos la salvaguarda de la intimidad personal y el honor,

proporcionalidad en la triple vertiente de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

[5] La inclusión del precepto cuarto en el artículo 18 CE constituye un hito, en un momento, 1978, en el que sólo la Constitución portuguesa de 1976 hacía referencia a la utilización de la informática –en su artículo 35- («1. Todos los ciudadanos tienen derecho a tener conocimiento de lo que consta en registro mecanográficos respecto a ellos y del fin a que se destinan informaciones, pudiendo exigir la rectificación de los datos y su actualización, al respecto STC 94/1998, de 4 de mayo de 1998 (ECLI:ES:TC:1998:94).

Configurado por la jurisprudencia constitucional como derecho fundamental al menos desde la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:292), construyéndolo a partir del contenido del art. 18.4 CE (y previa su distinción con el derecho a la intimidad personal y familiar del 18.1 CE). También se recoge como derecho fundamental en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DOUE* C 364/1, de 18 de diciembre de 2000), además, el texto literal del este artículo 8 ha sido incorporado como artículo II-68 al Proyecto de Constitución para Europa (*DOUE* C310/1 de 16 de diciembre de 2004), que también recoge el derecho a la protección de datos en su Primera Parte, concretamente en el artículo I-51, dentro del Título VI, «La vida democrática de la Unión», al respecto, debe destacarse que el texto de la Carta/Constitución no sólo establece el derecho, sino que lo regula en sus elementos esenciales. Asimismo, el derecho a la protección de datos se encuentra incorporado en el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*DOUE* C 83/47, de 30 de marzo de 2017). Véase al respecto GUERRERO PICÓ, María del Carmen, El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal, Thomson Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2006, p. 135.

[6] Cfr. la STC 254/1993, de 20 de julio de 1993 (ECLI:ES:TC:1993:254). En el mismo sentido, la STC 290/2000, de 30 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:290), establece el vínculo entre los apartados 1 y 4 del art. 18 CE, poniendo de manifiesto que el art. 18.4 CE contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos, sin que, por ello, deje de ser un derecho fundamental, «el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento automatizado de datos».

pero también la protección de otros derechos tales como el la libertad sindical o la ausencia de discriminación, entre otros[7].

Como ha reconocido el TC en sentencia 290/2000, de 30 de noviembre (ECLI:ES:TC:2000:290), el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporta por sí solo una protección suficiente frente a las realidades derivadas del acelerado avance tecnológico, por lo que en el apartado 4 del artículo 18 CE se pone de manifiesto la existencia de los riesgos asociados a este progreso encomendando al legislador el desarrollo de mecanismos de garantía «como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona», pero que es también, «en sí mismo, un derecho o libertad fundamental»[8].

En consecuencia, la llamada «libertad informática», configurada en el artículo 18.4 CE, es el derecho del ciudadano a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención (*habeas data*)[9]. En este sentido, el TC en su sentencia 94/1998, de 4 de mayo de 1998 (ECLI:ES:TC:1998:94), reconoció que nos encontramos ante un derecho fundamental a la protección de datos por el que se garantiza a la persona el control sobre sus datos, cualesquiera datos personales, y sobre su uso y destino, para evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados.

Además, el derecho configurado en el artículo 18.4 CE es un derecho autónomo e independiente, que consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales, que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al titular de los datos personales saber quién los posee y para qué finalidades, pudiendo oponerse a esa posesión

---

[7] BAYO DELGADO, Joaquín, «La protección de datos de la Unión Europea: la Administración de Justicia», en *Revista Derecho y Jueces El Derecho*, núm. 27, 1 de septiembre de 2005.
[8] Fundamento Jurídico 4º STC 290/2000, de 30 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:290).
[9] *Vid.* STC 254/1993, de 20 de julio (ECLI:ES:TC:1993:254), la «libertad informática», reconocida por el art. 18.4 CE, ya no es la libertad de negar información sobre los propios hechos privados o datos personales, sino la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático: lo que se conoce con el nombre de *habeas data*. En el mismo sentido, el Fundamento Jurídico Quinto de la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:292) y la jurisprudencia citada en la misma. Al respecto véase PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César, *El procedimiento de habeas data: El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 53 y ss.

o uso[10]. En definitiva, el derecho fundamental comprende un conjunto de facultades que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de éstos.

Como veremos en el presente trabajo, pese a la importancia que tiene el derecho de protección de datos personales como derecho fundamental, uno de los principales problemas del sistema actual de protección de datos es la insuficiencia del marco normativo vigente en su aplicación al ámbito de la Administración de Justicia, que hace muy difícil resolver los conflictos existentes entre las normas procesales y las normas específicas de protección de datos.

II. EL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE DATOS PERSONALES

2.1. Marco normativo del tratamiento de datos personales en el ámbito judicial

La concreción y desarrollo del derecho fundamental de protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales se asienta sobre el 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[11] (en adelante, RGPD). La eficacia directa de dicho texto normativo trajo consigo la necesidad reforma de la

[10] Cfr. la STC Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:292. El concepto actual de privacidad tiene sus orígenes en los Estados Unidos de América, donde el juez americano Thomas Cooley asentó en 1888 la definición de privacidad como «*the right to be let alone*», o el derecho a que ser dejado solo o a ser dejado en paz, *vid*. MCINTYRE COOLEY, Thomas, *A Treatise on the Law of Torts, Or the Wrongs which Arise Independently of Contract*, vol. 1, Callaghan & Co., Chicago,1907, esta idea respecto a la libertad del individuo a controlar todo lo referente a su privacidad fue acogida por WARREN II, Samuel D., BRANDEIS, Louis, «The right to privacy», *Harvard Law Review*, Vol. IV, núm. 5, diciembre 15, 1890, disponible en https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html, estos autores ponían de manifiesto su preocupación por cómo los avances tecnológicos de la época -las fotografías instantáneas- afectaban a la protección de la imagen y la privacidad de las personas, y abogaban por ofrecer algún remedio legal frente a la circulación no autorizada de retratos de personas privadas. Por su parte, PÉREZ GIL, Julio, «Investigación penal y nuevas tecnologías: algunos de los retos pendientes», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 7, 2005, p. 227, señala que: «la protección de datos personales en su dimensión de autodeterminación informativa, esto es, entendida como la facultad de un sujeto de decidir qué es lo que los demás conocen de él». En un sentido similar, LUCENA CID se refiere a "la facultad de toda persona para ejercer control sobre la información personal almacenada en medios informáticos tanto por las administraciones públicas como entidades u organizaciones privadas", en LUCENA CID, Isabel Victoria, «La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización», *Revista internacional de pensamiento político*, I época, volumen 7, 2012, p. 135.

[11] *DOUE* L 119/1, de 4 de mayo de 2016.

legislación nacional vigente, lo cual se materializó en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD)[12].

Los apartados 4 y 5 del artículo 2 de la LOPD remiten la protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia a la directa aplicación del RGPD, así, establecen que el tratamiento de datos llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales de los procesos de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina Judicial y por el Ministerio Fiscal deberán regirse por lo dispuesto en el RGPD, la LOPD y las disposición de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ)[13] que le sean aplicables[14]. Todo ello, a pesar de que, como podremos constatar en el presente trabajo, el régimen jurídico previsto en el RGPD tiene difícil adaptación a las características estructurales, organizativas y funcionales de los órganos jurisdiccionales tal y como vienen establecidas en la CE y en la LOPJ[15].

Por otro lado, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio[16], añadió un nuevo capítulo a la LOPJ, bajo la rúbrica «Protección de datos de carácter personal en el ámbito de la Administración de Justicia». Se trata del capítulo I *Bis* del Título III del Libro III, integrado por los artículos 236 *bis* a 236 *decies*, a todos los cuales ha dado nueva redacción la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección,

---

[12] *BOE* núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

[13] Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, publicada en el *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985.

[14] *Vid*. RODRÍGUEZ ROCA, Alejandro, *La protección de datos personales en los juzgados y tribunales. Un enfoque desde la perspectiva laboral*, *La Ley*, Madrid, 2022, p. 23, destaca que la superposición de las normas de protección y datos y las del Derecho Procesal tiene dos consecuencias: «la primera es que las disposiciones procesales deben respetar el derecho a la protección de datos, porque de lo contrario estarían vulnerando un derecho fundamental. La segunda es que, respetando ese núcleo esencial, la ley procesal específica puede regular, razonablemente y de modo adecuado al caso concreto, cómo ejercer determinados aspectos o facultades previstas de forma genérica en la normativa de protección de datos. Un ejemplo puede ser el derecho de acceso a los propios datos: la particular forma de su ejercicio puede ser modulada por la ley procesal, pues la LOPD, siendo general, no puede descender a los detalles de todas sus posibles aplicaciones».

[15] TRONCOSO REIGADA, Antonio, *La Protección de Datos Personales. En Busca del Equilibrio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 283. Véase también, RODRÍGUEZ ROCA, Alejandro, *La protección de datos personales en los juzgados*…, ob. cit., sostiene que el contenido del artículo 236 *bis* LOPJ constituye una mera declaración de intenciones sin apoyo normativo suficiente, porque no basta con enunciar que la normativa de protección de datos es aplicable a la Administración de Justicia, sino que es necesario adaptar sus instituciones a un ámbito que de por sí revela una aparente colisión entre principios esenciales, y destaca que este marco normativo es difícil de adaptar a la Administración de Justicia dada su estructura orgánica y organizativa que la hace muy diferente del resto de organismos del poder público del Estado.

[16] *BOE* núm. 174, de 22 de julio de 2015.

investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (en adelante, LO 7/2021)[17].

Por su parte, la LO 7/2021 es el resultado de la transposición de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, que deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal[18], esta Directiva se aprobó con el objetivo de establecer un marco más sólido y coherente para la protección de datos personales en la Unión Europea, y para facilitar la libre circulación de datos personales entre las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, ya que la fragmentación y complejidad de la regulación existente en este campo perjudicaba la necesaria confianza entre los actores de la cooperación policial y judicial penal en Europa, quienes mostraban recelos a compartir información, entre otros motivos, por la ausencia de una mínima armonización en cuanto a la protección de los datos de carácter personal.

2.2. El tratamiento de datos personales por la Administración de Justicia: tratamientos con fines jurisdiccionales y no jurisdiccionales

El artículo 236 *bis* LOPJ, en la redacción dada al mismo por la LO 7/2021, señala en su apartado 1 que el tratamiento de los datos personales en el ámbito de la Administración de Justicia podrá realizarse con fines jurisdiccionales o no jurisdiccionales, estableciendo que tendrá fines jurisdiccionales el tratamiento de los datos que se encuentran incorporados a los procesos que tengan por finalidad el ejercicio de la actividad jurisdiccional. El carácter jurisdiccional del tratamiento requiere, por tanto, el cumplimiento de dos condiciones: en primer lugar, que los datos que se tratan se encuentren incorporados a un procedimiento judicial y, en segundo lugar, que la finalidad del tratamiento sea el ejercicio mismo de la actividad jurisdiccional.

Los tratamientos con fines jurisdiccionales, como su nombre indica, se vinculan al ejercicio de la actividad judicial, rigiéndose por lo regulado en el RGPD, la LOPD, así como las especialidades recogidas tanto en la LOPJ y en las normas

[17] *BOE* núm. 126, de 27 de mayo de 2021.
[18] *DOUE* L 119/89, de 4 de mayo de 2016.

procesales[19]. El control de los datos tratados con fines jurisdiccionales corresponde, respecto a los tratamientos de los juzgados y tribunales, a la Dirección de Supervisión y Control de Protección de Datos del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) y a la Unidad de Supervisión y Control de Protección de Datos respecto a aquellos tratamientos cuya responsabilidad sea de la Fiscalía General del Estado[20]. Por su parte, los tratamientos de datos de con finalidad no jurisdiccional, también conocidos con el nombre de gubernativos, son aquellos que obviamente no están relacionados con el ejercicio de la función jurisdiccional, siendo de aplicación el RGPD y la LOPD[21].

La diferenciación de tipos de tratamiento incide especialmente en la determinación de la autoridad de control de tales tratamientos, a la que se asigna, entre otras funciones, la supervisión del cumplimiento de la normativa de protección de datos y la constatación de los posibles indicios de infracciones en esta materia a través de los correspondientes procedimientos. Asimismo, el tipo de tratamiento determina el régimen de ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación y, además, afecta al régimen de las comunicaciones o cesiones de datos entre ambos tipos de tratamientos.

---

[19] El artículo 2 LOPD establece en lo relativo al ámbito de aplicación de sus Títulos I a IX y de sus artículos 89 a 94 que: «El tratamiento de datos llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales de los procesos de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina Judicial, se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la presente ley orgánica, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, que le sean aplicables». Al respecto Cremades López de Teruel, Fernando Javier, «La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y el Poder Judicial: un juego de mercaderes en el templo del Reglamento General de la Unión Europea», *Diario La Ley*, núm. 9430, 2019, critica que la LOPD no haya realizado una adaptación del RGPD, y que el tratamiento que hace la LOPD de la protección de datos en el ámbito del Poder Judicial resulta escueto, aunque no exento de contenido, lo cual afecta al sistema de fuentes que ha de serle aplicable.

[20] La autoridad de control de la Fiscalía General del Estado no se encuentra en funcionamiento debido que está pendiente de dotación presupuestaria y desarrollo reglamentario. Sin perjuicio de ello, Fiscalía General del Estado aprobó, con fecha 20 de diciembre de 2020, la Instrucción 2/2019, de 20 de diciembre, sobre la protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal: el responsable y el Delegado de Protección de Datos, en la que se realiza una identificación del Ministerio Fiscal como responsable del tratamiento de datos, con sus obligaciones incluyendo las relativas de las diferentes fiscalías, unidades y demás órganos, las obligaciones de todos los fiscales, y las funciones y actuaciones de su delegado de protección de datos, que estará apoyado por sus adjuntos, uno en cada Comunidad Autónoma. Publicada en el BOE *núm.* 19, de 22 de enero de 2020.

[21] En cuanto al ejercicio de derechos, se podrá llevar a cabo según lo dispuesto en ambas normas y la competencia para su control se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD), no obstante, los datos tratados con finalidad no jurisdiccional pueden ser comunicados al CGPJ, a la Fiscalía General del Estado y a la Ministerio de Justicia, siempre y cuando estas comunicaciones estén justificada y resulten necesarias para el ejercicio de sus respectivas competencias.

2.3. Los datos objeto de tratamiento en el ámbito jurisdiccional

El ejercicio de la potestad jurisdiccional trae consigo la creación de ficheros de datos personales de titularidad pública que, como ya hemos mencionado, se clasifican en función de su finalidad en jurisdiccionales o no jurisdiccionales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 236 *bis* LOPJ, la existencia de esta clasificación condiciona la asignación de las funciones de responsables de los correspondientes tratamientos, según se considere que el fichero tiene una u otra finalidad.

Para la determinación de la finalidad del fichero como jurisdiccional o no jurisdiccional resulta necesario diferenciar cuáles son los datos que tienen una relación directa con el ejercicio de la actividad jurisdiccional de los que no la tienen. En principio, el tratamiento debe circunscribirse a los que resulten estrictamente necesarios para la tramitación de los procesos y su adecuada gestión realizada por las Oficinas Judiciales, las Unidades Procesales de Apoyo Directo y los Servicios Comunes. En esta misma línea, deberá entenderse como ficheros con fines jurisdiccionales los datos que se encuentran en LexNet, puesto que las notificaciones y presentación de escritos dentro del proceso son necesarios para el ejercicio de la potestad jurisdiccional[22].

En lo que respecta al tratamiento de datos personales con fines jurisdiccionales, lo primero que debe tenerse en cuenta es que existe una limitación legal respecto a los datos deben ser tratados, de modo que sólo deben figurar en las resoluciones y actuaciones procesales los que resulten «adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados». En este sentido, el artículo 236 *quinquies* LOPJ[23] reconoce a jueces, magistrados, fiscales y a letrados de la Administración de Justicia la facultad de adoptar las medidas que sean necesarias para la supresión de los datos personales de las resoluciones y de los documentos a los que puedan acceder las partes durante la

[22] Cfr. SANCHO ALONSO, Jesús, *La función institucional del secretario judicial-letrado de la Administración de Justicia*. Tesis dirigida por Ángel Sánchez Blanco, Universidad de Málaga, Departamento de Derecho público, 2017, p. 407, disponible en: https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/16630, fecha de la consulta 14 de septiembre de 2024.

[23]Del mismo modo, la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal, sostiene que no se aprecian obstáculos que impidan aplicar las reglas recogidas en el art. 236 *quinquies* LOPJ a la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal, pues el acceso a los datos personales de víctimas, sospechosos, testigos y peritos, tales como el domicilio personal, documento de identidad, número de teléfono, dirección de correo electrónico u otros análogos, no solo no contribuye al mejor ejercicio de los derechos de defensa y/o a la tutela judicial efectiva, sino que supone una limitación innecesaria del derecho a la intimidad.

tramitación del proceso, siempre que no sean necesarios para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión[24].

Por su parte, el artículo 236 *ter* LOPJ, que regula el sistema de garantías procesales dentro del sistema de protección de datos personales, en su apartado 3 exime del requisito del consentimiento del titular para el tratamiento con fines jurisdiccionales. Así, los datos personales tratados con fines jurisdiccionales podrán ser recabados sin el consentimiento del interesado, con independencia de que se trate de datos facilitados por las partes u obtenidos a solicitud de los órganos competentes, todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas procesales respecto a los requisitos para la validez de los medios de prueba (artículo 236 *ter*.3 LOPJ).

Por tanto, la Administración de Justicia no requiere del consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos cuando se realice en atención del interés público (artículo 6.1.c) RGPD), o bien, en el ejercicio de las potestades conferidas al responsable del tratamiento (artículo 6.1.c) RGPD). La causa que legitima el tratamiento es el ejercicio de la función pública y la existencia de normas que autorizan la obtención y almacenamiento de los de datos de carácter personal, tanto de las partes del proceso como de terceros.

2.4. La autoridad de control y sus funciones en el tratamiento de datos personales en el ámbito jurisdiccional

La figura de la autoridad de control se ha venido contemplando desde la aparición de las primeras normas en materia de protección de datos[25], así, el

[24] RODRÍGUEZ ROCA, Alejandro, *La protección de datos personales en los juzgados...*, ob. cit., advierte que la labor de supresión de datos personales puede dar lugar a indefensión, con la consiguiente vulneración del artículo 24.2 CE, a la parte que tenga que defenderse de los documentos que sean anonimizados, ya que puede llevarle a desconocer datos que pueden resultar determinantes para su defensa, importancia ésta que resulta muy difícil de predecir en el momento de la supresión de los datos personales y considera que se trata de una ambigua la salvaguarda que puede llevar incluso a plantearnos su constitucionalidad. Del mismo modo, FRIEYRO ELÍCEGUI, Sofía, «Tratamiento de datos personales en el orden jurisdiccional penal. Protección de menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 8 de febrero de 2023, se pronuncia sobre la posible controversia en la valoración de cuándo la supresión de datos personales en las resoluciones y documentos que obren en un procedimiento penal puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva. Se puede entender que se deja en manos de los letrados de la Administración de Justicia, que no tienen por qué conocer el fondo del asunto, la valoración de la afectación de dicho derecho fundamental en las resoluciones de su competencia.

[25] En España, la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal, *BOE* núm. 262, de 31 de octubre de 1992 - derogada

Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter persona, del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981[26], también conocido como núm. 108, hacía referencia a la autoridad «controladora del fichero» como un organismo independiente con competencia para decidir cuál era la finalidad del fichero automatizado, las categorías de datos que debían registrarse y las operaciones de tratamiento que se le debían aplicar, afirmando su función como garante del cumplimiento de la normativa sobre la materia[27].

En cuanto a la actuación de la autoridad de control en el ámbito judicial, cabe recordar que antes de la reforma de la LOPJ, introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio[28], se atribuía a la AEPD la competencia de autoridad de control en materia de protección de datos sobre juzgados y tribunales, en este periodo la AEPD desarrolló intervenciones de inspección en los órganos jurisdiccionales, sin embargo, el Tribunal Supremo (en adelante, TS), en sentencia núm. 8497/2011, de 2 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8497), declaró la incompetencia de la AEPD para ejercer función de autoridad de control sobre juzgados y tribunales y para declarar la infracción en los requerimientos dirigidos a los mismos, entendiendo que el ejercicio de estas competencias por al AEPD suponían una injerencia en la independencia del Poder Judicial[29].

---

por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre-, fue la primera norma en asignar el control de su aplicación a un organismo independiente, la denominada Agencia de Protección de Datos, posteriormente, el RD 428/1993, de 26 de marzo, *BOE*, núm. 106, de 4 de mayo de 1993, derogado por RD 389/2021, de 1 de junio, aprobó su Estatuto y dedicó el Título VI LOPD a la regulación de la naturaleza, régimen jurídico y funciones. Con estas disposiciones el legislador español se anticipó al contenido del artículo 28 de la Directiva 95/46/CE, -derogada por Reglamento 2016/679, de 27 de abril-, que obligaba al establecimiento de una autoridad de control, encargada de vigilar la aplicación de las normas relativas al tratamiento de datos de carácter personal, si bien, esta última norma tuvo algunas repercusiones en el funcionamiento de la Agencia que tendrían que corregirse posteriormente a través de la LOPD.

[26] Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, publicado en el *BOE* núm. 274, de 15 de noviembre de 1985.

[27] STC 290/2000, de 30 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:20), recuerda que las autoridades de control ejercen una función tuitiva.

[28] *BOE* núm. 174, de 22 de julio de 2015.

[29] El TS considera excluido el poder de decisión de la AEPD en base a que el CGPJ tiene reconocida la función tutelar en materia de protección de datos de carácter personal en relación con los ficheros judiciales por formar parte de su ámbito de gobierno interno y, así preservar los principios de unidad e independencia de la organización judicial e impedir cualquier tipo de intromisión o injerencia por parte de una autoridad administrativa. *Vid.* FRESNEDA PLAZA, Felipe, «Régimen sancionador y protección de datos», *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 29, 2012. LESMES SERRANO, Carlos, «Las potestades de fiscalización de la agencia española de protección de datos en el ámbito de la Administración de Justicia», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, 2012, p. 2. Disponible en https://revistas.lefebvre.es/revista-de-jurisprudencia/

Con la aprobación del RGDP se impuso un cambio estructural de carácter sustantivo, introduciendo las reglas para la determinación de las condiciones de constitución, organización y funcionamiento de las autoridades de control, que deben cumplirse para que sean consideradas como tales y para que puedan asumir las funciones que se les atribuyen, como consecuencia de ello, el RGPD dispone que cada Estado miembro debe de encomendar a una autoridad de control (o varias) la supervisión de la aplicación del Reglamento -en España, la AEPD y las agencias de carácter autonómico-.

Sin embargo, el RGPD no contiene normas específicas relativas a la implementación de la protección de datos en el ámbito de la Administración de Justicia[30], existiendo una falta de reserva jurisdiccional explícita en materia de tratamiento de datos a cargo de los tribunales de justicia, esto genera inseguridad jurídica puesto que el sistema general de protección de datos personales no puede adaptarse con facilidad a la Administración de Justicia, debido a las complejidades de su propia organización y de los principios que lo regulan[31].

Tal y como se explica en el considerando 20 del RGPD, con el fin de preservar la independencia del Poder Judicial en el desempeño de sus funciones, incluida la toma de decisiones, la competencia de las autoridades de control no debe abarcar el tratamiento de datos personales cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial, así, el artículo 55.3 RGPD establece que: «Las autoridades de control no serán competentes para controlar las operaciones de tratamiento efectuadas por los tribunales en el ejercicio de su función judicial» y, en consecuencia, el control de esas operaciones de tratamiento de datos ha de poder encomendarse a organismos específicos establecidos dentro del sistema judicial del Estado miembro, los cuales deben, en particular, garantizar el cumplimiento de las normas del RGPD, concienciar a los miembros del Poder Judicial acerca de sus obligaciones y atender las reclamaciones en relación con tales operaciones de tratamiento de datos.

---

hemeroteca/tribunas/1557 . MARCOS AYJÓN, Miguel, *La protección de datos de carácter personal en la justicia penal*, Bosch, Barcelona, 2020, p. 226.

[30] Véase al respecto SOLAR CALVO, María del Puerto, «Nueva regulación europea en protección de datos. Urgente necesidad de una normativa nacional», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 7, 2018. RODRÍGUEZ ROCA, Alejandro, *La protección de datos personales en los juzgados…*, ob. cit., califica como una oportunidad perdida que el RGPD no contenga una regulación específica respecto a los datos tratados en el ámbito de la Administración de Justicia, y destaca que hay tres aspectos relevantes en los que resulta precisa una regulación expresa en determinados para conseguir conciliar los derechos de los diferentes sistemas de ordenación, a saber: la cuestión de los ficheros policiales; la cesión de datos entre Administraciones y; el acceso al expediente penitenciario.

[31] TRONCOSO REIGADA, Antonio, *La Protección de Datos Personales…*, ob. cit., p. 279.

En este contexto, la LOPJ ha asignado al CGPJ las competencias propias de la autoridad de control de protección de datos, en el caso de los tratamientos de datos personales con fines jurisdiccionales[32] (artículo 236 *octies* LOPJ), las cuales son ejercidas por la Dirección de Supervisión y Control de Protección de Datos del CGPJ, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 236 *nonies*[33]. De este modo, aunque en la LOPD no se diga nada, el CGPJ tiene reconocida la función de tutela de los ficheros judiciales en materia de protección de datos, ello se justifica en la necesidad de preservar los principios de unidad e independencia de la organización judicial (artículo 104 LOPJ), y de evitar cualquier tipo de injerencia por parte de otra autoridad administrativa[34]. Sin perjuicio de lo anterior, los tratamientos de datos personales en la Administración de Justicia deben llevarse a cabo por el órgano competente y dentro de él, por quien tenga la competencia

[32] Cabe señalar que anteriormente la STS 8497/2011, Sala Tercera, de 2 de diciembre 2011, Rec. 2706/2008 (ECLI:ES:TS:2011:8497), determinó que el control sobre posibles incumplimientos en los tratamientos de datos jurisdiccionales recaía en el CGPJ y no en la AEPD, como había ocurrido anteriormente a que se dictase dicha sentencia: «Es pues el Consejo General del Poder Judicial al que la LOPJ encarga de la función tuitiva en esta materia no solo por razón del apoderamiento reglamentario al que el art. 230 hace referencia, sino también por tener atribuidas con carácter exclusivo las potestades precisas para el necesario control de la observancia de derechos y garantías, pues solo al órgano de gobierno judicial corresponde la inspección de Juzgados y Tribunales (art. 107.3 LOPJ)».

[33] La designación del CGPJ como autoridad de control, en el caso de los tratamientos de datos con fines jurisdiccionales, ha sido cuestionada por parte de la doctrina, por considerar que no garantiza el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 51 a 59 RGPD, esto es: que la autoridad de control ha de ser independiente, con recursos propios, materiales, personales y financieros, y, en concreto, se ha de asegurar que el miembro o los miembros de cada autoridad de control sean ajenos a toda influencia externa, ya sea directa o indirecta, y no soliciten ni admitan ninguna instrucción; ha de disponer en todo momento de los recursos humanos, técnicos y financieros, así como de las infraestructuras necesarias para el cumplimiento efectivo de sus funciones y el ejercicio de sus poderes; ha de elegir y disponer de su propio personal; y ha de estar sujeta a un control financiero que no afecte a su independencia, disponiendo de un presupuesto anual, público e independiente, *Vid*. CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, Fernando Javier, «La nueva Ley …», ob. cit., véase también RODRÍGUEZ ROCA, Alejandro, *La protección de datos personales en los juzgados…,* ob. cit., critica que en España se sigue aplicando la LOPJ sin valorar las contradicciones que su articulado tiene con el vigente RGPD, para este autor, quien está ejerciendo las competencias de autoridad de control sobre los tribunales es el CGPJ y puesto que la propia LOPJ diferencia entre los tratamientos con fines jurisdiccionales y los tratamientos sin fines jurisdiccionales, el régimen jurídico de los datos que se almacenan en la Administración de Justicia es especial o común dependiendo de aquella clasificación. Véase también, CREMADES LÓPEZ DE TERUEL, Fernando Javier, SANCHO ALONSO, Jesús, «Protección de datos y Poder Judicial», *Diario La Ley*, núm. 9293, Sección Tribuna, noviembre de 2018.

[34] *Vid*. MARCOS AYJÓN, Miguel, «La protección de datos de carácter personal en la Oficina Judicial Penal», *La Ley Penal*, núm. 135, noviembre-diciembre 2018, señala que: «Como se ha expuesto en el epígrafe sobre la autoridad de control, contenido en el Capítulo II, es el CGPJ quien tiene singularmente reconocida la función tutelar en materia de protección de datos en relación a los ficheros judiciales, toda vez que forman parte de su ámbito de gobierno, circunstancia que se justifica en la necesidad de preservar los principios de unidad e independencia de la organización judicial, y que impide cualquier tipo intromisión e injerencia por parte de una autoridad administrativa». Asimismo, DELGADO MARTÍN, Joaquín, «Reflexiones sobre la protección de datos personales en la Administración de Justicia», *Diario La Ley*, núm. 9363, Sección Tribuna, 21 de febrero de 2019.

atribuida por la normativa vigente, a quien asume la función de responsable del tratamiento como analizaremos más adelante[35].

Por su parte, la Directiva (UE) 2016/680 exige que la autoridad de control designada pueda ejercer con plena independencia las facultades de inspección, supervisión, la posible adopción de medidas cautelares, y sanción, bien directamente, bien mediante la comunicación de los hechos a la autoridad judicial que, con arreglo al derecho nacional, tenga capacidad para imponerlas[36]. Por tanto, las funciones asignadas al CGPJ como autoridad de control de protección de datos respecto de los tratamientos con fines jurisdiccionales se ejercen, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 236 *nonies* LOPJ, por la Dirección de Supervisión y Control de Protección de Datos. Tales funciones se relacionan en el apartado 1 del artículo 236 *octies* LOPJ, dichas funciones son la supervisión del cumplimiento de la normativa; la sensibilización de los profesionales de la Administración de Justicia; la emisión de informes sobre los códigos de conducta; contribuir a la correcta aplicación de la normativa; informar a los interesados sobre el ejercicio de sus derechos; y tramitar reclamaciones presentadas por los interesados.

Por último, cabe tener en cuenta que, a pesar de que se atribuya al CGPJ las competencias de la autoridad de control respecto a los datos tratados con fines jurisdiccionales, los artículos el 44.3 LOPD y 236 *octies* apartado 3 LOPJ prevén la necesidad de establecer mecanismos de colaboración entre el CGPJ la AEPD, para asegurar el adecuado ejercicio de las respectivas competencias atribuidas.

En cumplimiento de este mandato, se ha suscrito el Convenio de colaboración entre el CGPJ y la AEPD, firmado el 6 de julio de 2017[37], en virtud del

---

[35] De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 236 *bis* de la LOPJ.

[36] En este sentido el artículo 28.3 de la Directiva (UE) 2016/680 establece que las autoridades de control deberán disponer de poderes de investigación, como el derecho de acceder a los datos que sean objeto de un tratamiento y el de recabar toda la información necesaria para el cumplimiento de su misión de control; poderes efectivos de intervención y garantizar una publicación adecuada de dichos dictámenes, o el de ordenar el bloqueo, la supresión o la destrucción de datos, o incluso prohibir provisional o definitivamente un tratamiento, o el de dirigir una advertencia o amonestación al responsable del tratamiento o el de someter la cuestión a los parlamentos u otras instituciones políticas nacionales; y capacidad procesal en caso de infracciones a las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva o de poner dichas infracciones en conocimiento de la autoridad judicial. Además, las decisiones de la autoridad de control lesivas de derechos podrán ser objeto de recurso jurisdiccional.

[37] Disponible en el siguiente enlace: https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/convenio-aepd-cgpj.pdf, fecha de la consulta 15 de septiembre de 2024. El Convenio contiene cuatro líneas de actuación como son: (1) inspección, en el que ambas partes se compromete a prestar asistencia en la realización de las mismas; (2) responsabilidad activa, consistente en la generación de instrumentos para el mejor cumplimiento de las obligaciones de protección de datos, incluyendo la elaboración,

mismo, la AEPD se compromete prestar asistencia a los órganos inspectores del CGPJ ante la posible comisión de una infracción de la normativa de protección de datos en los ficheros jurisdiccionales. Mientras que, cuando se trate del supuesto de ficheros jurisdiccionales, el CGPJ se compromete a notificar a la AEPD su intención de iniciar una inspección a un determinado órgano judicial para investigar si existe una posible infracción del derecho a la protección de datos, estas inspecciones se realizan con la presencia de profesionales de ambas entidades, de modo que la AEPD presta asistencia técnica al CCPJ, sin que ello suponga asunción de ninguna competencia[38].

2.5. El responsable de tratamiento de los datos con fines jurisdiccionales

De acuerdo con lo previsto por el artículo 4.7 RGPD, el responsable de tratamiento es la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento, la determinación de estos los fines y medios de los tratamientos en el ámbito judicial viene en gran medida establecida en la normativa orgánica judicial y las propias leyes procesales. No obstante, ante la falta de una atribución específica de la condición de responsable del tratamiento por la LOPJ, que se limita a establecer en el apartado 2 del artículo 236 *bis* que los tratamientos de datos personales en la Administración de Justicia se llevarán a cabo por el órgano competente y, dentro de él, por quien tenga la competencia atribuida por la normativa vigente, la condición de responsable del tratamiento recae en el órgano jurisdiccional u oficina judicial ante el que se sigue el proceso, respecto de los tratamientos de los datos obrantes en el mismo desarrollados en el ejercicio de la actividad jurisdiccional (ficheros de datos personales con fines jurisdiccionales) con arreglo a las previsiones contenidas en las normas orgánicas y procesales.

Así las cosas, en el caso de los ficheros tratados con fines jurisdiccionales, el responsable del tratamiento es el órgano jurisdiccional y dentro del él, el juez o el letrado de la Administración de Justicia según las normas de competencia.

---

modificación o ampliación de códigos de buenas prácticas para usuarios de los sistemas de información de la Administración de Justicia; (3) formación, con la impartición de cursos y seminarios de forma conjunta; y (4) ayuda recíproca, facilitándose ambas partes información útil y prestación de asistencia mutua de conformidad con lo dispuesto en el RGPD.

[38] La colaboración abarca, además, el intercambio para la elaboración de códigos de buenas prácticas para usuarios de los sistemas de información de la Administración de Justicia y, por último, el Convenio establece la posibilidad de desarrollar actuaciones conjuntas en materia de formación sobre normativa española y comunitaria de protección de datos.

El responsable del tratamiento tendrá entre sus funciones la tramitación y resolución del ejercicio de los derechos derivados del sistema de protección de datos personales (información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación) de acuerdo con el artículo 236 *septies* LOPJ, que se tramitarán conforme a las normas de aplicación al proceso en que fueron recabados. Asimismo, el responsable del tratamiento podrá dar instrucciones pertinentes para que el tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros judiciales se realice de acuerdo con los derechos y principios previstos en el sistema de protección de datos[39].

Por otro lado, en cuanto a la figura del responsable de tratamiento de datos personales en el ámbito jurisdiccional, es necesario tener en cuenta que la Fiscalía General del Estado aprobó, con fecha 20 de diciembre de 2020, la Instrucción 2/2019, de 20 de diciembre, sobre la protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal, en la que se realiza una identificación del Ministerio Fiscal como responsable del tratamiento de datos, con sus obligaciones incluyendo las relativas de las diferentes fiscalías, unidades y demás órganos, las obligaciones de todos los fiscales, y las funciones y actuaciones de su delegado de protección de datos, que estará apoyado por sus adjuntos, uno en cada Comunidad Autónoma[40].

Por su parte, el apartado 7.4 de la Instrucción 2/2019 establece la obligación de los integrantes del Ministerio Fiscal y de la plantilla de funcionarios que prestan servicio en las distintas fiscalías de conocer y cumplir las normas, procedimientos e instrucciones impartidas en materia de protección de datos así como la participación en actividades formativas; en concreto en el apartado 7.3 letra f) recoge medidas básicas que se deberán cumplir, de manera semejante a como hace el CGPJ, entre otras, la destrucción de forma segura de documentos y dispositivos en desuso, o no abrir archivos o enlaces adjuntos que puedan acompañar a correos electrónicos remitidos por fuentes desconocidas.

---

[39] *Vid.* MARCOS AYJÓN, Miguel, «La protección de datos de carácter personal en la Oficina …», ob. cit., p. 12.

[40] El apartado 7.1 de la citada instrucción, establece los principios que deben regir la actuación del Ministerio Fiscal como responsable del tratamiento de datos personales, y que son: licitud, lealtad y transparencia en relación con el interesado; limitación de la finalidad, de manera que los datos se traten con fines determinados, explícitos y legítimos; minimización de datos, pues se deben limitar a lo necesario en relación con los fines del tratamiento; exactitud, debiéndose mantener los datos actualizados; limitación del plazo de conservación; integridad y confidencialidad, a cuyos efectos se deberán adoptar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar una seguridad adecuada de los datos personales, incluida la protección contra el tratamiento y acceso no autorizado o ilícito y contra la pérdida, destrucción o daño accidental.

III. ALGUNAS ESPECIALIDADES EN MATERIA DE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES CON FINES JURISDICCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

En relación al tratamiento de los datos personales llevados a cabo con ocasión de la tramitación de los procesos penales por fiscalías y órganos judiciales, el artículo 236 *ter*.2 LOPJ se remite a lo previsto en la LO 7/2021, todo ello, sin perjuicio de las especialidades establecidas en la propia LOPJ y en las leyes procesales y, en su caso, en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal[41].

La LO 7/2021 tiene por objeto establecer las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública (artículo 1 LO 7/2021), siendo de aplicación tanto al tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales, como al tratamiento no automatizado de datos personales contenidos o destinados a ser incluidos en un fichero[42].

La conservación de los datos referidos a estos procedimiento sólo puede hacerse durante el tiempo necesario para cumplir los fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública, y se debe revisar por el responsable del tratamiento, como máximo cada tres años, la necesidad de conservar, limitar o suprimir los datos personales contenidos en cada una de las actividades de tratamiento, en atención a la edad del afectado, el carácter de los datos y a la conclusión de una investigación o procedimiento penal (artículo 8 LO 7/2021). Se establece también un plazo máximo de 20 años para la supresión de los datos, con determinadas excepciones que son la existencia de investigaciones abiertas, delitos que

[41] Publicada en el *BOE* núm. 11, de 13 de enero de1982.

[42] Además, la LO 7/2021 establece un deber de colaboración de las administraciones públicas y de cualquier persona física o jurídica con las autoridades judiciales, el Ministerio Fiscal y con la policía judicial, cuando actúe en el ejercicio de las funciones que le encomienda el artículo 549.1 LOPJ, solamente se excluye este deber de colaboración en los supuestos en que legalmente sea exigible la autorización judicial para recabar los datos. Con carácter general, a efectos de garantizar la actividad investigadora, se prevé que el interesado no sea informado de la transmisión de sus datos a las autoridades competentes, ni de que se ha facilitado el acceso a sus datos de cualquier forma.

no hayan prescrito, la no conclusión de la ejecución de la pena, en supuestos de reincidencia, o en que exista una necesidad de proteger a las víctimas u por otras circunstancias motivadas[43].

Por otro lado, se prohíbe la elaboración de perfiles que produzcan efectos jurídicos negativos para el interesado o que le afecten significativamente, salvo autorización expresa por norma legal o de derecho de la Unión Europea (artículo 14 LO 7/2021); y se prohíbe, en todo caso, la elaboración de perfiles que dé lugar a una discriminación de las personas físicas sobre la base de las categorías especiales de datos personales a que se refiere el artículo 13 LOPJ. Asimismo, la LO 7/2021 regula el ejercicio de derechos por parte del interesado, en particular, los derechos de información, de acceso a sus datos personales del interesado, derechos a la rectificación de datos inexactos o a que se completen sus datos, supresión de datos personales por infracción de los artículos 6,11 o 13. Además, se establece la limitación de su tratamiento en aquellos casos en que el interesado ponga en duda la exactitud de los datos personales y no pueda determinarse su exactitud o inexactitud, o bien cuando los datos personales tengan que conservarse a efectos probatorios; estos derechos pueden ser limitados o se puede denegar su ejercicio cuando ello resulte necesario y proporcional para la consecución de determinados fines delimitados en el artículo 24 LO 7/2021[44].

El artículo 26 LO 7/2021 se refiere específicamente a los derechos de los interesados como consecuencia de investigaciones y procesos penales, supuestos en que para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, supresión y limitación del tratamiento se deberá atender a lo previsto en las normas procesales penales cuando los datos personales figuren en una resolución judicial, o en un registro, diligencias o expedientes tramitados en el curso de investigaciones y procesos penales. Si los datos son objeto de tratamiento con fines jurisdiccionales del que sea responsable un órgano del orden jurisdiccional

[43] Cuando se trate de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical, así como de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, los datos relativos a la salud o a la vida sexual o a la orientación sexual de una persona física, sólo se permite su tratamiento cuando sea estrictamente necesario, con sujeción a las garantías adecuadas para los derechos y libertades del interesado y cuando se cumplan alguna de las circunstancias que menciona el artículo 13 LO 7/2021, a saber: previsión legal; que sea necesario para proteger intereses vitales o derechos y libertades fundamentales del interesado o de otra persona física; o que el tratamiento se refiera a datos que el interesado haya hecho manifiestamente públicos.

[44] Los fines dispuestos en el artículo 24 LO 7/2021 son: impedir que se obstaculicen investigaciones o procedimientos judiciales; evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o a la ejecución de sanciones penales; proteger la seguridad pública; proteger la seguridad nacional y proteger los derechos y libertades de otras personas.

penal, o el Ministerio Fiscal, el ejercicio de estos derechos se debe realizar conforme a lo previsto en la LOPJ, en las normas procesales y en su caso, en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y, a falta de una regulación en dichas normas, se prevé la aplicación de la LO 7/2021.

Del mismo modo, a los efectos del tratamiento de datos personales con fines jurisdiccionales en materia penal es necesario tener en cuenta el contenido de la Circular 2/2022, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado[45]. En esta Circular se reconoce la posibilidad de aplicar las reglas del art 236 *quinquies* LOPJ a la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal, pues el acceso a los datos personales de víctimas, sospechosos, testigos y peritos, como el domicilio personal o el documento de identidad, no contribuye al mejor ejercicio de los derechos de defensa y/o tutela judicial efectiva, y sí supone una limitación innecesaria del derecho a la intimidad.

La citada Circular reconoce que estos datos de naturaleza personal se recojan en documento o archivo aparte y que se adjunten al atestado policial en sobre cerrado o en archivo aparte en caso de remitirse digitalmente y, además, insiste la conveniencia de que la policía judicial ponga una diligencia de constancia con expresión del dato puesto en conocimiento de la persona sospechosa en los casos en que ello sea necesario para garantizar el ejercicio efectivo de su derecho de defensa. Igualmente, en la tramitación de las diligencias de investigación, los datos personales de víctimas, encausados, testigos y peritos deben ser recogidos en documento anexo que se adjuntará a las diligencias en sobre cerrado o archivo aparte, en caso de tratarse de un expediente digital.

Igualmente, se prevé que, al formular denuncia o querella, los fiscales deberán solicitar al órgano judicial que mantenga el carácter reservado de los datos personales impidiendo su acceso a las partes; los fiscales deberán dictar decreto motivado exponiendo, en su caso, la conveniencia de que la persona sospechosa acceda a alguno de los datos personales para garantizar su derecho de defensa. Además, en el curso de la tramitación de las diligencias de investigación, los fiscales únicamente han de recabar y consignar aquellos datos personales que sean adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines de estas actuaciones, debiéndose siempre tener en cuenta que el derecho a la protección de datos no puede prevalecer sobre el derecho a la tutela judicial efectiva ni impedir al Ministerio Fiscal el ejercicio de sus funciones.

[45] *BOE* núm. 1, de 2 de enero de 2023.

IV. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN, ACCESO, RECTIFICACIÓN, SUPRESIÓN, OPOSICIÓN Y LIMITACIÓN «HABEAS DATA» CUANDO SE PRODUZCA EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES CON FINES JURISDICCIONALES

La protección de datos personales se consigue a través de la consolidación de un elenco de derechos subjetivos a favor de los titulares de los datos personales: información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación, recogidos en los artículos 15 a 21 del RGPD. El ejercicio de estos derechos se realiza a través de un procedimiento de defensa de la autodeterminación informativa conocido como *habeas data,* el cual se materializa en una acción que sirve de instrumento para proteger los derechos de los titulares de datos personales que están amparados por el sistema de protección frente a los perjuicios que puede ocasionarles el tratamiento de información personal errónea, antigua o falsa, o frente a un uso indebido, no autorizado, potencialmente discriminatorio o lesivo del derecho a la intimidad personal o familiar[46].

El ejercicio de los derechos derivados del sistema de protección de datos personales presenta algunas especialidades en el ámbito de la Administración de Justicia, como veremos a continuación[47]. En primer lugar, en cuanto al régimen jurídico aplicable, el artículo 236 *octies* LOPJ prevé que las solicitudes de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en relación con los datos tratados con fines jurisdiccionales se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación al proceso en que los datos fueron recabados, no siendo de aplicación las disposiciones establecidas al efecto por la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

En segundo lugar, a falta de un desarrollo específico en la LOPD para el ámbito de la Administración de Justicia, resulta necesario acudir al contenido del Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales del CGPJ[48] (en adelante, RAA), en el que se establecen las disposiciones que afectan principalmente al derecho de acceso, rectificación y cancelación,

---

[46] PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique César, *El procedimiento de habeas data...,* ob. cit., p. 117.

[47] El artículo 2.4 LOPD establece que el tratamiento de datos llevado a cabo con ocasión de la tramitación por los órganos judiciales de los procesos de los que sean competentes, así como el realizado dentro de la gestión de la Oficina Judicial, se regirán por lo dispuesto en el RGPD y en la propia LOP, sin perjuicio de las disposiciones de la LOPJ que le sean aplicables.

[48] Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, publicado en el *BOE* núm. 231, de 27 de septiembre de 2005.

recogiendo especialidades en el procedimiento de ejercicio del *habeas data* en el seno de la Administración de Justicia.

Estas especialidades nacen del contenido de las disposiciones legales que regulan el secreto de sumario en el ámbito penal y la tutela de la intimidad ajena, que se consideran motivos por los que se puede denegar el acceso a datos personales (artículos 84.3 y 4 RAA) y, además, se justifican en la cautela encaminada a impedir que el derecho de autodeterminación informativa se utilice para alterar las circunstancias que constan en el proceso judicial, lo que permite fundamentar la denegación de los derechos de rectificación o de cancelación (artículo 84.5 RAA).

En cuanto al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación, el artículo 93.1 del RAA establece que podrán reivindicarse por el afectado en la sede del órgano judicial titular del fichero y ante el responsable de este. Así, pues, aunque el derecho de acceso se encuentre regulado en el artículo 13 LOPD, su ejercicio está sujeto a los dispuesto en el artículo 93 del RAA, por tanto, salvo que el afectado acredite debidamente un interés legítimo al respecto[49], la solicitud de acceso será denegada cuando los datos afecten a unas diligencias judiciales penales que sean o hayan sido declaradas secretas (artículo 93.3 RAA)[50]; y

[49] Del mismo modo, en lo referente al acceso a los datos, el artículo 236 *septies*.2 LOPJ señala que en todo caso se denegará el acceso a los datos objeto de tratamiento con fines jurisdiccionales cuando las diligencias judiciales en que se haya recabado la información hayan sido declaradas secretas o reservadas. El primero se refiere sólo a los datos personales que consten en el fichero, mientras que el segundo es un derecho que permite conocer el contenido de las actuaciones judiciales, sin embargo, en muchas ocasiones esta diferencia no es tan nítida puesto que dentro de las resoluciones habrá datos respecto de los cuales será aplicable la protección en cuanto a tales. El derecho de acceso se encuentra regulado por el artículo 15 RGPD como la facultad de todo ciudadano a conocer la información almacenada sobre sí mismo y, en virtud del cual, el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento la confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, el afectado puede dirigirse al titular del fichero para conocer los datos que sobre él tiene registrados. Véase también el artículo 8.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[50] En lo que respecta a la publicidad de las actuaciones judiciales y el ejercicio del de derecho de acceso, salvo que las actuaciones judiciales hayan sido declaradas secretas o reservadas conforme a la ley, el artículo 234 LOPJ reconoce a los interesados el derecho a que los letrados de la Administración de Justicia y los funcionarios competentes de la oficina judicial les faciliten cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones procesales, pudiendo examinarlas. Asimismo, se reconoce a las partes y a cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo el derecho a obtener, copias simples de los escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos ni reservados, así como a que se les expidan testimonios y certificados conforme a las leyes procesales. Se permite también, por el artículo 235 LOPJ, el acceso, por quienes no son parte en el procedimiento pero acrediten un interés legítimo y directo, a las resoluciones judiciales, o a determinados extremos de las mismas, o a otras actuaciones procesales, previa disociación, anonimización u otra medida de protección de los datos de carácter personal que las mismos contengan y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados.

tampoco podrá ejercitarse en perjuicio del derecho a la intimidad de terceros (artículo 93.4 RAA) [51].

Además, el RAA establece una prohibición de modificación o cancelación de datos, mediante el ejercicio del *habeas data*, cuando esos datos reflejen hechos constatados en un procedimiento jurisdiccional o en un expediente gubernativo (artículo 93.5 RAA)[52]. En definitiva, todas estas medidas están encaminadas a evitar que el ejercicio de derechos de protección de datos impida o perjudiquen la función jurisdiccional.

Por otro lado, en lo que respecta al derecho de oposición, su ejercicio tiene difícil aplicación frente a la Administración de Justicia. En la práctica resulta complicado encontrar una vía para hacer prevalecer el interés particular del afectado por el tratamiento de los datos sobre el interés general de la función jurisdiccional para que prospere la oposición ante el órgano correspondiente. No obstante, no se puede descartar totalmente la posibilidad del ejercicio del derecho de oposición, por ejemplo, en los casos en que el juez o el letrado de la Administración de Justicia incurrieran en algún tipo de exceso a la hora de recabar datos del afectado, en este supuesto podría ejercitarse el derecho ante el responsable del fichero o del tratamiento de acuerdo con lo que prevé el RAA.

En cuanto al procedimiento de *habeas data* en el seno de la Administración de Justicia, el RAA mantiene en su artículo 93.1 que las solicitudes de acceso, rectificación y cancelación deberán formularse ante el responsable del fichero, de acuerdo con lo establecido en el artículo 91 RAA. En sintonía con lo dispuesto en el RGPD y en la LOPD, el plazo para obtener la rectificación o la cancelación, cuando procedan, se fija en diez días, mientras que el plazo establecido para que el responsable del fichero resuelva sobre el acceso será de un mes. Además, 17.2 LOPD establece legalmente la gratuidad de los procedimientos relativos al

[51] El derecho de acceso, como contenido del derecho a la protección de datos en la Administración de Justicia, difiere del derecho de acceso a las actuaciones judiciales que forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, esta distinción es importante para evitar equívocos sobre el régimen aplicable.

[52] El uso de la expresión "datos que reflejen hechos constatados" ha sido criticada por parte de la doctrina, por entender que sólo se puede afirmar que un hecho ha quedado constatado cuando haya sido declarado probado en la resolución judicial que ponga fin al proceso, lo que daría lugar a que no puedan ser modificados o cancelados, de acuerdo con este artículo, únicamente cuando se trate de hechos probados, excluyendo el resto de datos que de acuerdo con el RGPD sean datos personales, véase al respecto MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, Juan José, «La agencia de protección de datos y los ficheros de datos jurisdiccionales. La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 13, 1997, pp. 87 y ss. RODRÍGUEZ ROCA, Alejandro, *La protección de datos personales en los juzgados*…, ob. cit.

ejercicio de los derechos del afectado, así, prevé que «no se exigirá contraprestación alguna por el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación».

Finalmente, es preciso señalar que cabe la posibilidad de solicitar la impugnación de las resoluciones expresas o presuntas denegatorias de cualquiera de las solicitudes de acceso, cancelación o rectificación ante la Administración de Justicia, así, el artículo 94 RAA remite al procedimiento previsto en su artículo 4.3. RAA, en el que se dispone que, sin perjuicio de lo establecido en las leyes de procedimiento, el acuerdo denegatorio del letrado de la Administración de Justicia será revisable por el juez o presidente a petición del interesado, que lo deberá solicitar en el plazo de tres días desde la correspondiente notificación. Si, transcurridos dos días desde la solicitud, no hubiere recaído acuerdo expreso del letrado, ni se hubiere expedido el testimonio o certificación solicitados, ni realizada tampoco la exhibición de que se trate, se entenderá que la petición ha sido denegada y, en su consecuencia, el interesado podrá ejercitar ante el juez o presidente el derecho de revisión mencionado anteriormente. Contra el acuerdo del juez o presidente se podrán interponer los recursos establecidos en el Reglamento número 1/2000, de 26 de julio, de los órganos de gobierno de tribunales[53].

V. CONCLUSIONES

La protección de datos requiere de la existencia de un sistema eficaz, sustentado en un desarrollo normativo completo y preciso, por lo que, la insuficiencia del marco normativo actual que hace muy difícil resolver los conflictos que se ponen de manifiesto entre las normas procesales y las de protección de datos.

El sistema de protección de datos no se ha desarrollado poniendo el énfasis en la Administración pública, ni mucho menos en la Administración de Justicia, la mayoría de sus normas están encaminadas a salvaguardar los derechos de los ciudadanos frente a la actuación de las empresas privadas. Esta falta de especificidad tiene como efectos que haya dificultades para coordinar el contenido de las normas de protección de datos con las normas de organización de la Administración de Justicia, así, mientras el sistema de protección de datos se basa en la garantía de la privacidad, las normas procesales desarrollan un sistema

[53] Acuerdo de 26 de julio de 2000, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de Tribunales, publicado en el *BOE* núm. 216, de 8 de septiembre de 2000.

basado en la publicidad, lo cual es un punto de partida en el que resulta difícil la conciliación de ambos sistemas, y una mera remisión – como ha hecho en la LOPD- no permite dar una adecuada respuesta a toda la problemática práctica que se puede presentar en esta materia.

Se requiere un desarrollo más específico de algunos aspectos relevantes del sistema de protección, el cual debe realizarse a través de una Ley Orgánica, al tratarse de un derecho fundamental. En particular, entendemos que el legislador debe concretar el contenido del procedimiento por el cual se ejercitan los derechos de datos personales: información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación, recogidos en los artículos 15 a 21 del RGPD y, en particular, resulta necesario revisar y actualizar la regulación del derecho de acceso a las actuaciones judiciales, ya que su tratamiento afecta directamente al derecho de defensa.

Además, la posición de responsable del tratamiento de datos personales incorporados en ficheros judiciales, en los términos del sistema general de protección de datos, pero adaptado a la Administración de Justicia es de naturaleza compleja. Por un lado, tenemos a los órganos jurisdiccionales y dentro de éstos, los letrados de la Administración de Justicia y los jueces, según el ejercicio de sus respectivas competencias son los responsables funcionales del tratamiento de los datos y, por otro lado, el CGPJ que es quien, de acuerdo con lo previsto LOPJ y el RGPD, tiene la capacidad para determinar la finalidad, contenido y uso de los ficheros judiciales, facultad que, de acuerdo con el propio RGPD, se atribuye al responsable del tratamiento, en atención de dicha facultad, el CGPJ debe adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento que se lleva a cabo en los órganos jurisdiccionales cumple con el sistema de protección de datos personales.

Otro aspecto relevante que requiere una mayor reflexión es el que se refiere a la independencia de la autoridad de control la cual, de acuerdo con las disposiciones del RGPD, debe disponer de recursos suficientes para el ejercicio de sus funciones. Así, aunque el órgano llamado a desempeñar las funciones de la autoridad de control en nuestro caso es el CGPJ, con competencia para el control de los juzgados y tribunales, preocupa el hecho de que la financiación de los medios materiales del CGPJ y de los órganos jurisdiccionales dependa, en su caso, del Ministerio de Justicia o de la Comunidad Autónoma correspondiente, lo cual plantea la necesidad de concretar también el papel que desempeñan las Administraciones con competencia en la dotación de medios, pues se trata de un

elemento fundamental para garantizar la protección de los datos personales que obran en manos de la Administración de Justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bayo Delgado, Joaquín, «La protección de datos de la Unión Europea: la Administración de Justicia», en *Revista Derecho y Jueces El Derecho*, núm. 27, 1 de septiembre de 2005.

Cremades López de Teruel, Fernando Javier, «La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y el Poder Judicial: un juego de mercaderes en el templo del Reglamento General de la Unión Europea», *Diario La Ley*, núm. 9430, 2019.

Cremades López de Teruel, Fernando Javier, Sancho Alonso, Jesús, «Protección de datos y Poder Judicial», *Diario La Ley*, núm. 9293, Sección Tribuna, noviembre de 2018.

Delgado Martín, Joaquín, «Reflexiones sobre la protección de datos personales en la Administración de Justicia», *Diario La Ley*, núm. 9363, Sección Tribuna, 21 de febrero de 2019.

Fresneda Plaza, Felipe, «Régimen sancionador y protección de datos», *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 29, 2012.

Frieyro Elícegui, Sofía, «Tratamiento de datos personales en el orden jurisdiccional penal. Protección de menores de edad y personas con discapacidad necesitadas de especial protección», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 8 de febrero de 2023.

Guerrero Picó, María del Carmen, *El impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Thomson Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, Madrid, 2006.

Lesmes Serrano, Carlos, «Las potestades de fiscalización de la agencia española de protección de datos en el ámbito de la Administración de Justicia», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, 2012.

Lucena Cid, Isabel Victoria, «La protección de la intimidad en la era tecnológica: hacia una reconceptualización», *Revista internacional de pensamiento político*, I época, volumen 7, 2012, pp. 117-144.

Marcos Ayjón, Miguel, «La protección de datos de carácter personal en la Oficina Judicial Penal», *La Ley Penal*, núm. 135, noviembre-diciembre 2018.

Marcos Ayjón, Miguel, *La protección de datos de carácter personal en la justicia penal*, Bosch, Barcelona, 2020.

Martín-Casallo López, Juan José, «La agencia de protección de datos y los ficheros de datos jurisdiccionales. La protección del derecho a la intimidad de las personas (fichero de datos)», *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 13, 1997, pp. 87-150.

Mcintyre Cooley, Thomas, *A Treatise on the Law of Torts, Or the Wrongs which Arise Independently of Contract*, vol. 1, Callaghan & Co., Chicago,1907.

Pérez Gil, Julio, «Investigación penal y nuevas tecnologías: algunos de los retos pendientes», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 7, 2005, pp. 211-234.

Pérez-Luño Robledo, Enrique César, *El procedimiento de habeas data: El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*, Dykinson, Madrid, 2017.

Rodríguez Roca, Alejandro, *La protección de datos personales en los juzgados y tribunales. Un enfoque desde la perspectiva laboral*, *La Ley*, Madrid, 2022.

Rodríguez Valls, María Teresa, «Principio de publicidad procesal y derecho a la protección de datos de carácter personal: aproximación a la problemática actual en Juzgados y Tribunales españoles», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 71, 2010.

Sancho Alonso, Jesús, *La función institucional del secretario judicial-letrado de la Administración de Justicia*. Tesis dirigida por Ángel Sánchez Blanco, Universidad de Málaga, Departamento de Derecho público, 2017, disponible en: https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/16630

Sempere Samaniego, Javier, «Tribunal Justicia Unión Europea se pronuncia sobre el concepto de "función judicial" del art. 55.3 RGPD», *La Ley privacidad*, núm. 12 (abril-junio), Sección Espacio Europeo de protección de datos, 2022.

Solar Calvo, María del Puerto, «Nueva regulación europea en protección de datos. Urgente necesidad de una normativa nacional», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 7, 2018.

Troncoso Reigada, Antonio, *La Protección de Datos Personales. En Busca del Equilibrio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

Warren II, Samuel D., Brandeis, Louis, «The right to privacy», *Harvard Law Review*, Vol. IV, núm. 5, diciembre 15, 1890.

MATI DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ ALFARO
Universidad Pontificia Comillas
Área de Derecho Mercantil
Profesora Colaboradora Asistente de la
Facultad de Derecho (ICADE),
Departamento de Derecho Económico y Social
mlahernandez@comillas.edu
ORCID: 0000-0002-1924-6647

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 513-536
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.513

LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL RESTRICTIVA DE LA INICIATIVA PÚBLICA EN LA ECONOMÍA COMO MECANISMO CONSTITUCIONAL

THE RESTRICTIVE JUDICIAL INTERPRETATION OF THE PUBLIC INITIATIVE IN ECONOMY AS A CONSTITUTIONAL MECHANISM

PEDRO GARCIA GUIJARRO
Universitat de València

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

La iniciativa pública en la actividad económica es uno de los principales instrumentos de intervención directa en la economía constitucionalmente regulados. Su aplicación por los poderes públicos permite el desarrollo de políticas económicas de carácter socializante, válidas jurídicamente con base en la apertura y flexibilidad de nuestra Constitución económica. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y ordinaria han elaborado una interpretación más restrictiva de la iniciativa pública de aquella que razonablemente podría deducirse de la Constitución. En este artículo analizaremos dicha jurisprudencia para detectar sus fundamentos, las principales problemáticas constitucionales que suscita, y para plantear propuestas de cambio destinadas a reforzar el debilitado valor del pluralismo político.

Palabras clave: Constitucionalismo social, constitución económica, intervención directa, iniciativa pública, jurisprudencia restrictiva.

ABSTRACT

Public initiative in economic activities is one of the main constitutionally designed instruments of direct intervention in the economy. Its implementation by the public authorities allows the development of socializing economic policies, which are legally valid on the basis of the openness and flexibility of our economic Constitution. However, the constitutional and ordinary case-law has developed a more restrictive interpretation of public initiative than the one that could be deduced from the Constitution. In this paper we'll analyse that precedent in order to identify its foundations, the main constitutional problems it raises and to suggest some proposals for change meant to strengthen the weakened value of political pluralism.

Keywords: Social constitutionalism, economic constitution, direct intervention, public initiative, restrictive case-law.

*Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INICIATIVA PÚBLICA EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA. 1. Habilitación constitucional. 2. Interpretación jurisprudencial. 3. Consecuencias de la línea jurisprudencial restrictiva. 3. CONCLUSIÓN: A MODO DE PROPUESTA. 4. BIBLIOGRAFÍA***.**

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de Weimar (1919) incorporó por primera vez en la historia del constitucionalismo "los postulados del Estado social" (De Juan Asenjo, 1984, p. 73) mediante una regulación sistemática de la vida socioeconómica del país, con la pretensión no sólo de reconocer e integrar normativamente la plural, desigual y conflictiva realidad social ignorada por el constitucionalismo liberal (De Cabo Martín, 2010, p. 59), sino también con la de posibilitar vías alternativas de intervencionismo público funcionales a su transformación.

Tras la II Guerra Mundial y siguiendo el modelo de Weimar, la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución italiana inauguran el constitucionalismo del Estado social, que parte de un hipotético y ficticio ejercicio del poder constituyente por la conjunción de intereses del capital y el trabajo (Camisón Yagüe, 2021, pp. 55-56), por medio del cual se transforma al Estado en espacio de

mediación entre ambos elementos del conflicto básico socioeconómico (De Cabo Martín, 1986, p. 39), en una suerte de triangulación de elementos institucionales, el Estado, los sindicatos y la patronal, que actúan conjuntamente en un sentido neocorporativista (García Herrera y Maestro Buelga, 1988, p. 114).

La CE de 1978, pese a ser aprobada ya en las postrimerías de un modelo en crisis, el del constitucionalismo social (De Cabo Martín, 1986), se encuentra claramente determinada por sus principales características, y fiel reflejo de ello es la definición de nuestro Estado como social y democrático de derecho, así como la evidente importancia que el constituyente otorga al fenómeno socioeconómico. Esto último se detecta, por un lado, en el reconocimiento de las principales manifestaciones de la desigualdad material existentes España a lo largo del articulado constitucional, desigualdades personales, grupales y territoriales; por otro, en la regulación de numerosos principios, mandatos y derechos de carácter redistributivo a cuyo cumplimiento se encuentran vinculados los poderes públicos (art. 9.1 CE), y en la aprobación de instrumentos de regulación e intervención pública en la economía. La previsión de dichos mecanismos es directamente funcional a la voluntad constituyente de perseguir la remoción de los obstáculos que impiden la igualdad real (art. 9.2 CE), "finalidad propia del Estado social y democrático de Derecho" (STC 83/1984, FJ 3º), lo que supone admitir tácitamente la falibilidad del libre mercado como herramienta de ilimitado progreso material. Por estos motivos de carácter sustantivo, frente al formalismo del constitucionalismo liberal, podemos afirmar que el modelo económico del constitucionalismo social integrado en nuestro texto constitucional "implica un sistema de relaciones económicas caracterizadas por el primado de la política, materializado en límites a las libertades económicas privadas constitucionalmente reconocidas" (Lasa López, 2019, p. 139).

La incorporación del fenómeno socioeconómico en la regulación de la CE será definitivamente informada por un tercer factor: la imperante realidad de un sistema económico, el español de 1978, de matriz cartelista y corporativista. La influencia del modelo de relaciones entre los actores económicos resultó tan determinante que nuestra Constitución ha llegado a ser definida como sociológicamente neocapitalista, aunque "ligeramente sesgada hacia el ideario social-capitalista" (De Juan Asenjo, 1984, p. 313).

La gran relevancia del factor económico a la que aludimos derivó en la aprobación de la CEE, entendida como "el conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el

proceso económico" (García Pelayo, 1991, p. 2857). Este *mínimo común múltiplo* (De Juan Asenjo, 1984, p. 51) constitucional es el resultado de la política de transacción desarrollada en torno a la cuestión económica durante el proceso constituyente, en el que los partidos políticos lograron incluir los elementos mínimos e irrenunciables de sus idearios socioeconómicos. De esta confluencia ideológica contrapuesta proviene la aparentemente descoordinada y antinómica redacción de una multitud de preceptos constitucionales económicos, que sólo cobran sentido bajo una lectura e interpretación sistemática (Escribano Collado, 1985, p. 87). Por tanto, será sobre la base de esta doble problemática, axiológica y retórica (Herrero de Miñón, 1999, p. 13), desde la que se dota de apertura y flexibilidad al sistema, sobre la que se podrán desarrollar progresivamente los programas político-económicos de las contingentes mayorías sociales que accedan al control de los poderes públicos (Bassols Coma, 1985, p. 41). Por consiguiente, la CEE admite el despliegue de políticas económicas plenamente liberales, fuertemente intervencionistas o incluso favorables a una economía indicativamente planificada[1] como "submodelos" constitucionalmente válidos (López Guerra, 1983, p. 23), aunque rechaza la posibilidad misma de afianzar los extremos opuestos (Viciano Pastor y Moreno González, 2018, p. 1790) en cuanto resulten contrarios al orden económico constitucional básico.

El TC consagró este concepto de marco jurídico fundamental en la STC 1/1982, como unos "unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario" (FJ 1º). Así, el Tribunal reconocía implícitamente la ausencia de un modelo económico concreto positivizado por nuestra Constitución, sin adoptar de forma expresa la tesis de la constitución económica neutral.

Sin embargo, precisamente la confirmación de aquel *mínimo común múltiplo* por el TC nos impide identificar su conceptualización de la CEE como "meramente formal" (Albertí Rovira, 2004, p. 125) y neutral. Más bien, en esta es reconocible un posicionamiento material y parcial en favor de las dinámicas capitalistas, al establecer unas garantías de obligado respeto por los poderes públicos en torno al bloque conformado por los artículos 33.1 (derecho de propiedad privada) y 38 CE (libertad de empresa), frente al bloque de preceptos de raíz socializante y activación potestativa, integrado por los artículos 1 (cláusula del Estado social), 9.2 (mandato de persecución de la igualdad real), 33.2 (función social de la propiedad e instrumento expropiatorio), los principios rectores de

[1] Tal y como apuntaba el Magistrado Luis Díez-Picazo en su voto particular a la STC 37/1981.

la política social y económica, y el artículo 128 CE, por el que se subordina toda la riqueza al interés general, se permite la iniciativa pública, la reserva al sector público de recursos y servicios esenciales, y la intervención de empresas (Moreno González, 2017, pp. 129-130).

Esta parcialidad material de la CEE es absolutamente coherente con la definición de nuestro Estado como social, puesto que este se encuentra ligado desde su nacimiento a la satisfacción de dos finalidades básicas y contradictorias, características de la reducción de la tasa de beneficio y de la conflictividad social y aparecidas al alcanzarse un elevado grado de desarrollo del modelo productivo capitalista: el favorecimiento de la acumulación privada y la legitimación e integración del conjunto social (De Cabo Martín, 1986, p. 32). De estas funciones se desprende la inextricable relación entre la forma del Estado acogida por la CE y las insuperables garantías de las dinámicas de reproducción del capital, los artículos 33.1 y 38 CE. El Estado adopta así una naturaleza doble: actúa por un lado como la organización política que canaliza y reconduce el conflicto básico capital-trabajo subyacente al modelo productivo, y por otro como organización económica propia de este último (Galgano, 1980, p. 43) pues se encuentra dotado de instrumentos de intervención que, a lo sumo, pueden ser aplicados dentro de los estrechos márgenes que aquel requiere. El reconocimiento implícito por el TC de la neutralidad formal, cuando en realidad existe una prevalencia por el elemento capitalista sobre el socializante en la CEE, actuaría así como ficción jurídica mediante la que desnaturalizar "la formulación constitucional del Estado social a través de una flexibilidad interpretativa, casi ilimitada" (Lasa López, 2019, p. 138).

Aun así, la capacidad interventora del Estado en la economía presenta una funcionalidad ambivalente. Además de favorecer (y estar limitada por) las dinámicas de reproducción del capital, la intervención pública también puede orientarse a la persecución de fines de carácter social. El constituyente español, al aprobar el artículo 9.2 CE, dotó a los poderes públicos de "una carga habilitadora [...] que legitima y hace constitucionalmente inatacables una multiplicidad de políticas intervencionistas, reguladoras y redistribuidoras, con fuerte capacidad de transformación del modelo socioeconómico" (Fernández-Miranda Campoamor, 2003, p. 167). En dicho artículo se condensan las posibilidades de cumplimiento de los principios y mandatos sociales recogidos en el Capítulo III del Título I de la CE, por lo que, puestos en relación el artículo 9.2 CE con el 128.2 CE, la iniciativa pública se convierte en una herramienta significativamente útil para desarrollar una agenda política social y económicamente transformadora,

permitiendo "un reequilibrio de la posición de los sujetos del conflicto gracias al papel del Estado [...] como mediador en la composición del mismo" (Maestro Buelga, 2017, p. 780).

La discusión entre la doctrina sobre el fenómeno de la intervención pública en la actividad económica fue sumamente rica durante los años siguientes a la aprobación de la CE, cuando se articularon los principales posicionamientos teóricos respecto del contenido, alcance y límites que aquella ofrecía. No obstante, en los últimos años hemos asistido a una progresiva desatención científico-jurídica en lo que atañe al análisis de los instrumentos de intervención pública directa en la economía. Ello resulta todavía más sorprendente si tenemos en cuenta la importante afectación limitativa que ha provocado en estos la incorporación de España a la Unión Europea (Maestro Buelga, 2017, p. 788).

Pese a lo anterior, la reciente adquisición por parte de la SEPI[2] de un 10% de participación en el capital social de Telefónica ha reabierto el debate social y académico en torno a la utilidad y límites de la iniciativa pública. Con este artículo pretendemos participar de dicho debate, mediante un análisis constitucional crítico de la jurisprudencia que interpreta el alcance de tal instrumento de intervención. Desde la aprobación de la CE, el TC y el TS han elaborado una línea jurisprudencial sobre la iniciativa pública que, a nuestro juicio, resulta excesivamente restrictiva y escasamente deferente con el tenor literal de nuestra Constitución y con la posibilidad de desarrollar interpretaciones sistemáticas socializantes válidas y alternativas. Por esta razón, en las próximas páginas estudiaremos dicha jurisprudencia, resaltando los límites que impone a la iniciativa pública y las problemáticas constrictivas que ello comporta para su potencial transformador. Todo ello será acompañado por una serie de propuestas destinadas a enmendar la interpretación jurisprudencial examinada y atenuar su incidencia negativa sobre la vigencia de ciertos valores constitucionales, especialmente el del pluralismo político.

Se trata de un análisis ceñido exclusivamente al articulado constitucional, a la jurisprudencia que la interpreta y a la doctrina que los ha examinado. No nos detendremos por tanto ni en las normas infraconstitucionales limitativas de la iniciativa pública (p.ej, las leyes en defensa de la competencia) ni en los efectos sobre esta producidos por las normas económicas europeas. Entendemos

[2] La SEPI es una entidad de Derecho Público, adscrita al Ministerio de Hacienda, cuyo objetivo es rentabilizar las participaciones públicas en las empresas, orientando sus actuaciones en atención al interés público.

que las primeras deben ser consideradas de acuerdo con una previa interpretación constitucional de la iniciativa pública, objeto del presente trabajo. En cuanto a las segundas, estimamos que su contenido determina, con base en los principios de primacía y aplicabilidad directa del Derecho europeo, el alcance y los límites de la iniciativa pública en el estadio actual de integración europea. Con todo, sin una interpretación constitucional de este instrumento clara, sistemática y despejada de limitaciones pretorianas, consideramos que la comprensión de las relaciones normativas interordinamentales en esta materia deviene mucho más confusa y conflictiva.

2. LA INICIATIVA PÚBLICA EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

1. Habilitación constitucional

El artículo 128 CE, tras subordinar toda la riqueza del país al interés general en su apartado primero, reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Seguidamente posibilita la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales y la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. La iniciativa pública a la que se refiere este precepto puede definirse como "una facultad de intervención directa en la economía que permite a la Administración constituir empresas, ya sea para abrir mercados o para competir en los que ya existan" (Guimerá Rico, 2020, pp. 139-140). Entendemos que la facultad de ejercicio de esta iniciativa, ante la falta de determinación constitucional de unos poderes públicos titulares concretos, es ostentada por todas las administraciones territoriales, es decir, por el Estado, las comunidades autónomas y los municipios.

En la redacción del artículo se detecta una distinción semántica por la que se distingue claramente entre aquellos instrumentos de intervención sometidos al interés general, la reserva y la intervención, y la iniciativa pública en la economía, de tal forma que, *a priori*, no se infiere límite constitucional alguno a esta última. Sin embargo, y como muy pronto puso de manifiesto la doctrina constitucional en la materia, una interpretación sistemática de la CE "parece exigir cuestionarse los posibles límites cuantitativos y cualitativos que pueden incidir en la expansión del sector público económico" (Bassols Coma, 1985, p. 170).

2. Interpretación jurisprudencial

El principio de subsidiariedad y el principio de compatibilidad

En un primer momento, el debate académico se focaliza en el límite cualitativo relativo a la implícita vigencia en nuestra Constitución del principio de subsidiariedad. Este principio, formalmente establecido por la normativa fundamental del régimen franquista[3], subordinaba la iniciativa pública en la economía a las circunstancias en que el sector privado fuera por sí mismo insuficiente para cumplir su función productiva en un mercado concreto. La regla general debía ser la actuación de la iniciativa privada; la pública quedaba jurídicamente relegada a la subsidiariedad. Aunque la admisión por la CE de la iniciativa pública "se realiza de forma incondicionada, sin tapujos ni cortapisas, [...] con independencia de la iniciativa privada" (Chaparro Matamoros, 2013, p. 27), algunos autores[4] tratan de elaborar una interpretación sistemática del artículo 128 CE en relación con la economía de mercado del artículo 38 CE con la que afirmar una inalterada transposición del principio al nuevo ordenamiento económico constitucional. De todas formas, este debate fue prontamente superado con la aceptación del "principio de compatibilidad entre la iniciativa económica pública y privada en el ámbito económico no publificado" (De Juan Asenjo, 1984, p. 98). En otras palabras, la CEE avala "la coexistencia de los dos sectores económicos de producción, el privado y el público, que constituyen lo que se ha dado en llamar un sistema de economía mixta" (STS 1278/1989, FJ 2º)[5]. Pese a la autonomía que parece recuperar la iniciativa pública con el principio de compatibilidad, podremos comprobar más adelante cómo las modulaciones que se han efectuado sobre el mismo lo han transformado en un límite general del instrumento interventor. Y ello porque ha sido precisamente con base en la necesidad de compatibilizar ambas iniciativas cómo se ha justificado la inferencia del resto de limitaciones jurisprudenciales.

[3] Así se desprende del artículo XI.4º del Fuero del Trabajo y del principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional.
[4] Principalmente podemos destacar la defensa de la vigencia del principio de subsidiariedad elaborada por Gaspar Ariño Ortiz (1981, p. 38 y ss.).
[5] En un mismo sentido superador del principio de subsidiariedad se pronuncia la STS de 14 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1315) en su fundamento jurídico tercero.

El interés público

El primer límite a la iniciativa pública elaborado por la jurisprudencia es la obligación constitucional de que su ejercicio esté justificado en un "interés público" claro y determinable como tal. Este mandato deriva de la vinculación del artículo 128.2 CE con el 103.1 CE, de acuerdo con el cual la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, "mientras que los ciudadanos privados pueden actuar como quieran, siempre que no violen el interés general" (Herrero de Miñón, 1999, p. 16). El TS afirma rotundamente la plena libertad de criterios que ostentan los particulares a la hora de crear empresas, mientras que "las actuaciones de los Órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir (art. 103.1 de la Constitución), tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales" (STS 1278/1989, FJ 3º). Así se confirma en el ATC 63/1991 (FJ 3.b), de forma coherente con la función de control sobre la definición del interés general que el Alto Tribunal se atribuyó "frente a posibles abusos del Estado" (STC 68/1984, FJ 4º). Esta obligación se concreta en la exigencia a los poderes públicos de motivar cada uno de los ejercicios concretos de la iniciativa en un interés público que pueda ser razonablemente considerado como tal en un sentido constitucional (Albertí Rovira, 2004, p. 137).

En términos similares se expresa el TS cuando establece que el principio de especialidad de las empresas públicas exige concretar "el objeto de la empresa pública y la actividad o negocio que ella deba desarrollar, pues sólo conociéndolos la misma se podrá examinar en todos sus aspectos (técnico, económico, social, jurídico) y se podrá determinar después objetivamente si su ejercicio conviene o no al interés público" (STS 1278/1989, FJ 7º).

Esta limitación genera una serie de problemáticas de relevancia constitucional, no sólo en cuanto a su incidencia sobre el alcance potencial de la iniciativa pública, sino también respecto de sus efectos en otros valores constitucionalmente protegidos como el del pluralismo político.

Para empezar, hay que recalcar que la iniciativa pública se regula en el artículo 128.2 CE sin ninguna limitación literal. La subordinación al interés público tiene su origen en una interpretación sistemática discrecional del TC en un sentido parcial, por la que se reduce pretorianamente el ámbito de actuación posible de los poderes públicos, indirecta y negativamente

desconstitucionalizando una parte de políticas económicas que, *a priori*, deberían poder ser desarrolladas dentro del libre juego del pluralismo político. En efecto, todos los partidos políticos incorporan como elemento nuclear de su programa un determinado posicionamiento económico y un conjunto de políticas públicas económicas que implementar en caso de acceder a las instituciones. De hecho, compete a tales partidos, "en su acción legislativa y administrativa bajo el imperio de la Constitución" (Bassols Coma, 1985, p. 93), la promoción, en el marco del pluralismo económico-social, de las distintas alternativas y programas socioeconómicos socialmente respaldados. Si la CE no permitiera jurídicamente la realización de dichos programas a los partidos en los que confíe el electorado, "no sólo obstaculizaría la actualización democrática, sino que quebrantaría las mismas bases de su propia existencia" (García Pelayo, 1991, p. 2872).

Asimismo, el TS se ha atribuido tácitamente la función de enjuiciar la concurrencia del interés público que debe fundamentar la iniciativa pública, como se ratifica de nuevo por el ATC 63/1991 (FJ 2º) donde el Alto Tribunal renuncia a la posibilidad de suplantar al TS en el ejercicio de dicha función de control. Debe tenerse en cuenta que el control jurisdiccional de la adecuación de los poderes públicos a la CE y a la ley encierra siempre una inevitable tensión con el principio democrático sobre el que actúa nuestro legislador. Pese a la innegable necesidad de este control para garantizar la supremacía constitucional y el principio de legalidad, su ejercicio convierte a los tribunales en un poder contramayoritario. De esta manera y desde un punto de vista político y sociológico, todo sistema constitucional que pretenda mantener un mínimo de legitimidad necesitará articular un adecuado equilibrio entre el despliegue del control jurisdiccional y la discrecionalidad político-democrática. La utilización por parte del TS de un concepto jurídico como el de "interés público", extraído de un artículo (103.1 CE) que ni tan siquiera lo menciona, como fundamento jurídico sobre el que enjuiciar la constitucionalidad del ejercicio de la iniciativa pública amplifica la tensión inmanente a la que nos referíamos entre el principio democrático y el control jurisdiccional.

Parte de la doctrina se ha referido también a la posibilidad de que el límite jurisprudencial del interés público derive en un impedimento para intervenir económicamente "con el fin de perseguir el lucro como una empresa más" (Moreno González, 2017, p. 133). En otras palabras, la jurisprudencia podría haber integrado en su conceptualización de la iniciativa pública la consideración "del distinto ánimo que mueve al empresario particular (el lucro) y a una instancia pública (el interés público)" (Albertí Rovira, 2004, p. 138) para distinguir el

régimen jurídico de ambas iniciativas económicas, cuyo corolario sería que "la aventura económica que impulsa el fin de lucro en los particulares debe estar proscrita" (Garrido Falla, 1981, p. 68) para la empresa pública.

No existe prácticamente ninguna referencia jurisprudencial explícita respecto a este supuesto concreto, con la excepción, primero, de la efectuada al justificar la distinción entre el régimen jurídico de las empresas públicas y privadas al afirmarse que "aquéllas no están sometidas exclusivamente al criterio económico del beneficio" (AATC 815/1985, FJ 2º; 858/1985, FJ 2º; y STC 96/1990, FJ 3º) y, de forma más reciente y significativa, la expresión utilizada en la STC 54/2017 (FJ 5º.b), donde se expresa que "el artículo 128.2 CE autoriza directamente a los entes locales el desarrollo de actividades susceptibles de aprovechamiento económico". Entendemos que se desprenden dos interpretaciones válidas de esta última aseveración: o bien los poderes públicos, con base en el artículo 128.2 CE, pueden desarrollar actividades empresariales fundamentadas en la obtención de lucro, o cuando el TC se refiere a la susceptibilidad del aprovechamiento económico está simplemente afirmando la capacidad fáctica de que una empresa pública obtenga beneficios, es decir, la eventualidad de que, subsidiariamente a la persecución de un interés público, la empresa pública logre un aprovechamiento económico indirecto. La segunda interpretación parece la más coherente con la línea jurisprudencial precedente, ya que de admitirse el lucro como motivación legítima para emprender la iniciativa pública quedaría desarticulada la fuerza limitativa que se había identificado en el concepto de interés público, dado que toda actividad empresarial puede ser justificada en la predicción de un potencial beneficio económico. Sin embargo, de un fundamento jurisprudencial tan exiguo y aislado no creemos posible deducir una respuesta jurídica inequívoca a la cuestión del lucro como justificación de la iniciativa. En cambio, sí podemos afirmar que la adopción de la interpretación más limitativa resultaría problemática por dos razones. Por una parte, se incidiría en la restricción de la CEE que, recordemos, había sido caracterizada por la doctrina y por nuestra primera jurisprudencia constitucional sobre los elementos de apertura y flexibilidad. De este modo, nos encontraríamos ante una limitación de las políticas económicas de carácter más socializante o interventor, con la incidencia negativa ya apuntada sobre el valor constitucional del pluralismo político. Por otra, y siguiendo aquí a los profesores García Herrera y Maestro Buelga (2009, p. 12), porque la intervención pública en la economía encuentra su legitimidad en la finalidad de garantizar la vinculación del mercado con la realización de los intereses generales, concretados en la redistribución de la riqueza, en la consecución del pleno empleo y en el cumplimiento del resto de

principios y mandatos establecidos en el Capítulo III del Título I de la CE. Y para poder cumplir con todos estos fines, vertebradores del carácter transformador del Estado social, las AAPP asumen la implementación de numerosas políticas públicas definidoras del Estado de bienestar con un inmenso coste financiero. Así, consideramos paradójico que un instrumento de intervención básico del Estado social como es la iniciativa pública, perteneciente al bloque de preceptos socializantes de nuestra CEE, se encuentre limitado en la búsqueda de ingresos públicos con los que responder a las necesidades financieras de aquel, más aún cuando la propia jurisprudencia reconoce la idoneidad de la iniciativa pública para lograr el aprovechamiento económico.

Junto con las anteriores problemáticas, es conveniente apuntar la posible confusión entre una obligación constitucional de medios y de resultados en la jurisprudencia por la que se establece el límite del interés público. Recordemos que la STS 1278/1989, en su fundamento jurídico tercero, indicó la vinculación de los "Órganos de la Administración Pública" al interés público del artículo 103.1 CE, ya ejercieran estos últimos un acto de autoridad o una actuación empresarial. Respecto a esta última se argumentaba además que estaba supeditada al respeto del artículo 31.2 CE, es decir, a la asignación equitativa de los recursos públicos y a los criterios de eficacia y de economía, lo cual, de acuerdo con este fundamento, "no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación". A nuestro juicio, cuando el artículo 103.1 CE exige a la Administración Pública servir con objetividad y actuar de acuerdo con determinados principios, o cuando el artículo 31.2 CE prescribe la asignación equitativa de recursos y el cumplimiento de los criterios de eficiencia y economía, lo que realmente está estableciendo son obligaciones de resultados. Es decir, una vez desarrollada la actuación de las AAPP se puede aplicar un control jurisdiccional y, por tanto, determinar si aquella ha respondido a un interés público. De igual forma, hasta que los órganos de las AAPP no elaboren una programación del gasto público, o incluso hasta que no la ejecuten, no es intelectivamente factible resolver si se ha producido una asignación equitativa del gasto o si han sido cumplidos los criterios de eficiencia y economía, simple y llanamente porque todavía no hay acto administrativo que enjuiciar. En sentido contrario, el TS entiende que la exigencia real que subyace a los artículos 31.2 CE y 103.1 CE, por lo que respecta a la iniciativa pública, es la de motivación de un interés público constitucionalmente razonable en el acuerdo por el que se ejercita, una obligación de medios que, una vez más, no encontramos explícitamente afirmada en la CE. Entendemos que la transmutación elaborada por el TS de la obligación de resultados reseñada por una obligación implícita de medios, la motivación,

puede ser utilizada como herramienta declarativa de la inconstitucionalidad preventiva aplicada en la anulación jurisdiccional de los acuerdos de constitución de empresas públicas, y así ocurre de hecho en la STS 1278/1989 cuando se alega la ambigua motivación incorporada en el acuerdo de constitución aprobado por el Ayuntamiento de Barcelona.

Finalmente, la vinculación restrictiva de la iniciativa con el interés público diverge parcialmente de la evolución histórica de la primera, por ejemplo en un aspecto tan concreto como el de la actividad inversora estatal, cuya adecuación a derecho ha sido generalmente pacífica entre la doctrina y jurisprudencialmente no controvertida. Así lo demuestra la presencia directa o indirecta de la SEPI en más de 120 empresas, la participación en alguna de las cuales difícilmente podría ser justificada razonablemente con base en interés público alguno[6].

El principio de competencia

La jurisprudencia encuentra un segundo límite a la iniciativa pública en el principio de competencia, derivado de una interpretación conjunta entre los artículos 38 CE (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado) y 128.2 CE. Entiende el TS que la actividad económica empresarial desarrollada por las empresas públicas debe estar sometida "sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado" (STS 1278/1989, FJ 3º). Por consiguiente, las empresas públicas deberán acotarse a las mismas fuentes de financiación de que disponen las empresas privadas, resultando excepcional, y sólo cuando así lo prevea la ley por la que son creadas, la recepción de consignas presupuestarias, transferencias o ingresos específicos de otros organismos públicos (Coscuella Montaner y López Benítez, 2011, p. 143).

La deducción del principio de competencia es una consecuencia lógica de la consolidada jurisprudencia constitucional en torno a la garantía institucional del artículo 38 CE (STC 83/1984, FJ 3º), sobre todo respecto del encuadre de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, del que se

[6] Como puede leerse en la página web de la SEPI (https://www.sepi.es/es/sectores), esta mantiene participaciones mayoritarias en empresas con una vinculación escasa respecto de ningún interés público aparente, como el 95,78% de participaciones del Hipódromo de la Zarzuela (carreras de caballos y ocio) o el 79,18% de CETARSA (transformación y comercialización de tabaco en rama).

desprende un compromiso de protección y defensa por parte de los poderes públicos. Particularmente, se ha identificado en la evolución de la concurrencia empresarial uno de los principales riesgos para dicha garantía, por lo que la defensa de la competencia se erige en necesidad constitucional para proteger a la economía de mercado frente al "juego incontrolado de las tendencias naturales de éste" (STC 88/1986, FJ. 4.º). Es por ello por lo que la integración del principio de competencia en el actuar de las empresas públicas se configura como una premisa fundamental del principio de compatibilidad (Garrido Falla, 1981, p. 66) entre la libertad de empresa y las habilitaciones del artículo 128.2 CE (STC 37/1981, FJ 2º).

Por el contrario, cierta doctrina ha tratado de reforzar el alcance y proyección de la libertad de empresa identificándola como un derecho fundamental, tras una forzada interpretación teleológica y sistemática de la CEE por la que se llegaba a considerar el contenido del artículo 38 CE como fundamento poliédrico de proyección del resto de derechos fundamentales, de tal forma que su principal garantía no sería la institucional, sino su contenido esencial (Herrero de Miñón, 1999, p. 22).

Entendemos que ambas aproximaciones al fenómeno de la concurrencia entre empresas públicas y privadas resultan inadecuadas por el desproporcionado detrimento que provocan en otros valores constitucionalmente protegidos, pese al refuerzo que comportan de las garantías del artículo 38 CE.

La tesis de la garantía institucional exige definir el alcance del derecho constitucional de libertad de empresa en un sentido cualitativo híper restrictivo de la iniciativa pública. La libertad de empresa ha sido definida por la doctrina más cualificada en la materia, a la que nos sumamos, como la "libertad [...] para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios [...] con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia (Bassols Coma, 1985, p. 137); y el marco de la economía de mercado ha sido caracterizado (De Juan Asenjo, 1984, p. 144) como "un estilo de economía en el que existe una pluralidad de sujetos con autonomía y libertad para tomar decisiones de relevancia económica" y en el que "ninguno de ellos disponga de poder suficiente para imponerse a los demás". Es decir, el artículo 38 CE garantiza la entrada y salida de los particulares de un mercado competitivo, dentro del marco regulatorio establecido por los poderes públicos, y la prohibición de prácticas desleales que desemboquen en la expulsión artificial de los competidores establecidos en

dichos mercados[7]. Las subvenciones, ayudas financieras, préstamos preferentes, beneficios fiscales y demás instrumentos de apoyo prestados por los poderes públicos a sus empresas no afectan cualitativamente en modo alguno a la capacidad de los particulares de introducirse o retirarse de un mercado, y mientras que no se detecten objetivamente dinámicas de expulsión sistemática de competidores provocadas por la aplicación de tales instrumentos de apoyo, tampoco se destruyen los fundamentos de la competencia empresarial. Sin embargo, la jurisprudencia prohíbe su utilización como privilegios con base en el principio de competencia. De esta forma, el TC y el TS mantienen la tendencia ya apuntada de anticipar arbitrariamente la inconstitucionalidad de un ejercicio extremo e ilegítimo de la iniciativa pública, restringiendo preventivamente la constitucionalidad de ciertas expresiones de la misma que, insistimos, no tienen por qué vulnerar el bien jurídicamente protegido de la economía de mercado ni el principio de competencia inferido. Esta línea jurisprudencial debilita de nuevo el alcance socializante de la CEE, al restringir prácticas interventoras perfectamente válidas ateniéndonos al tenor literal de la Constitución, incluso a una interpretación teleológica de la iniciativa pública que, reconocida explícitamente por el constituyente, debería poder ser ejercida en un sentido corrector de las desigualdades reales perseguidas por el artículo 9.2 CE y materializador de los principios y mandatos sociales del Capítulo III del Título I de la CE.

Respecto a hipótesis de la fundamentalidad del artículo 38 CE, esta debe ser descartada con base en la propia sistematicidad de la CE, ya que su localización en el texto constitucional, relacionada con las garantías reguladas en el artículo 53 CE, impide la consideración del derecho constitucional a la libertad de empresa como fundamental.

Subordinación de la riqueza nacional al interés general y principio de estabilidad presupuestaria

Los últimos dos elementos limitadores de la iniciativa pública han sido desarrollados en la STC 54/2017 (FJ 5º.b), con la que se cierra la camisa de fuerza elaborada jurisprudencialmente en torno a este instrumento de intervención pública que, como ha podido desprenderse de las reflexiones anteriores, se sustenta sobre la deducción de límites constitucionales implícitos no previstos

[7] De esta manera se impide que un fenómeno cuantitativo y jurídicamente válido, como es la expansión intervencionista del Estado en la economía, derive en dinámicas esencialmente contrarias o destructivas del modelo productivo capitalista (Galgano, 1980, p. 53).

por el constituyente para ser aplicados sobre aquella, derivados de interpretaciones sistemáticas parciales en las que se distingue una tendencia de priorización del carácter de mercado de la CEE sobre el socializante.

En esta sentencia, tras recordar la vinculación de la iniciativa pública a los intereses del artículo 103.1 CE, se afirma que esta debe ejercerse teniendo en cuenta "el principio de subordinación de la riqueza al interés general" del 128.1 CE. En ningún momento posterior se desarrolla el alcance de esta previsión, y tampoco creemos que sea posible identificarlo puesto que se trata de un límite absolutamente tautológico. Si la iniciativa está subordinada a los intereses públicos del artículo 103.1 CE, en el que ni siquiera aparecen así positivizado sino como intereses generales, y ahora la STC 54/2017 vuelve a someterla a los intereses generales del 128.1 CE, ¿qué diferencia existe realmente entre los dos límites, diferenciados explícitamente por el Tribunal pero idénticos en puridad? Entendemos que la referencia a los intereses generales del 128.1 CE podrá ser utilizada como cajón de sastre para posteriores limitaciones por parte de la jurisprudencia constitucional, dado que no se alcanza a comprender ni la innovación constitucional que este límite aporta, ni la forma en que el fundamento jurídico habilitante de la iniciativa pública puede devenir, a su vez, en su propio mecanismo de restricción. Este último contrasentido da cuenta de la situación de deformación constitucional efectuada por la jurisprudencia, conducente a lo que se ha definido como alienación constitucional, "es decir, utilizar enunciados o mecanismos constitucionales en sentido contrario para el que fueron previstos" (De Cabo Martín, 2010, p. 118).

Para terminar, el TC vincula el ejercicio de la iniciativa pública al principio de estabilidad presupuestaria (135 CE), probablemente el único límite sistemático aceptable por tres motivos. En primer lugar, porque está fundamentado en un precepto constitucional de contenido mínimamente determinado. En segundo lugar, porque incide efectivamente en un elemento esencial para el funcionamiento de las empresas públicas, su financiación, por lo que es razonable asumir que estas, como parte integrante de las AAPP, se encuentren sometidas al principio. Por último, porque es el único de los límites enunciados que permite enjuiciar con relativa objetividad su cumplimiento por los poderes públicos.

3. Consecuencias de la línea jurisprudencial restrictiva

El compendio jurisprudencial analizado a lo largo de este trabajo, observado en su conjunto, constituye una importante limitación del alcance de la

iniciativa pública en la actividad económica, manifestación característica de "la pasión por el límite" desarrollada por el constitucionalismo liberal con la que, paralela e indirectamente, se debilitan los mecanismos de supervivencia del propio soberano y, en consecuencia, los presupuestos básicos para el desarrollo de la propia libertad (Requejo Pagés, 2016, p. 21).

La interpretación desplegada por los tribunales, además de confusa, contradictoria y tautológica en ciertos puntos, constata la incapacidad de resolver la tensión inmanente entre el principio democrático y el control jurisdiccional, habida cuenta de la extrema discrecionalidad con la que el TC y el TS colman el contenido de una pluralidad de conceptos jurídicos indeterminados con los que se encorseta y menoscaba el espacio de competencia ideológica para el pluralismo político. Una discrecionalidad que por defecto es irremediable, como consecuencia de la necesidad de un último decisor que colme casuísticamente el contenido de tales conceptos, deliberadamente ambiguos al tratarse de la expresión formal de los "compromisos apócrifos" en materia económica adoptados durante el proceso constituyente español.

Aun así, la propia jurisprudencia constitucional ha mantenido desde sus primeras sentencias la necesidad de que la apertura y flexibilidad de nuestra Constitución permitan un "marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo", de tal manera "que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas" (STC 11/1981, FJ 7º). Con la jurisprudencia analizada se logra el resultado opuesto, es decir, la programación por el TS y el TC de las opciones político-económicas desde las que válidamente puede utilizarse un instrumento tan relevante para la consecución de los fines del Estado social como es la iniciativa pública, laminando las posibilidades transformadoras que contiene. Ello queda patente si nos detenemos en la aporía intrínseca a la exigencia de ejercer la iniciativa con base en un interés público pero de acuerdo con el principio de competencia. La persecución de la mayoría de los intereses públicos de carácter social expresados en la Constitución, reconducibles a la cláusula de apertura del 9.2 CE como mandato de búsqueda de la igualdad real, requiere de una intervención pública no fundamentada, al menos principalmente, en la lógica capitalista del lucro. Existe una contradicción material entre obtener el mayor beneficio económico posible y prestar servicios o implementar políticas públicas de carácter social. Sin embargo, el mandato jurisprudencial por el que las empresas públicas y privadas deben recibir igual trato por los poderes públicos en lo relativo a sus fuentes de financiación imprime en las

primeras la necesidad de guiarse por la lógica del máxima beneficio, no por la del interés general, social o redistributivo, si pretenden ser competitivas para mantenerse a flote en sus respectivos mercados. Por consiguiente, la obligación de cumplir con el principio de competencia, derivada de una interpretación irrazonablemente garantista del artículo 38 CE, dificulta extremadamente el potencial transformador socializante de la iniciativa pública. El refuerzo del principio de competencia en España, como Estado miembro de la Unión Europea, responde, y así se ha indicado por una parte de la doctrina especializada, a su primacía como clave de bóveda del modelo económico europeo[8], condensado en la definición de este último como "una economía social de mercado altamente competitiva" del artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea, especificado entre los artículos 101-109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (relativos a las normas sobre competencia), y desarrollado por las normas europeas sobre competencia de derecho derivado. El problema radica en que la jurisprudencia estudiada no recurre en ningún momento a las normas de Derecho europeo sobre competencia para interpretar el alcance de la libertad de empresa o para fijar los límites reales de la iniciativa pública, sino que infiere limitaciones implícitas de nuestro texto constitucional, probablemente con la intención de adecuar nuestro ordenamiento a las normas comunitarias, pero sin utilizarlas como fundamento jurídico. De este modo se trasladan las exigencias del Derecho europeo, evidentemente aplicables a nuestra realidad económica a resultas del efecto de primacía y aplicabilidad directa del mismo, a un ordenamiento constitucional que intencionadamente guarda silencio al respecto. Por ende, no criticamos aquí la mutación, también problemática, que ha sufrido la CEE tras la incorporación de España a la UE, sino la que ha provocado el TC sobre su articulado, de todas formas innecesaria y arbitraria puesto que los efectos que de su jurisprudencia se derivan, la primacía de una "economía de mercado abierta y de libre competencia, frente a la del Estado social y su correlato del intervencionismo público en la economía" (Lasa López, 2013, p. 184), ya se despliegan por la aplicación del Derecho europeo.

Finalmente, recuperamos aquí la crítica que ya introdujimos acerca de la utilización del principio de compatibilidad como presupuesto habilitante del resto de las limitaciones. Este principio efectivamente permitía que la iniciativa pública recuperara su autonomía funcional limitada formalmente por las Leyes

[8] En ese sentido se ha identificado, entre otros, en Maestro Buelga (2002, p. 111), Lasa López (2013, p. 184) y Moreno González (2017, p. 142). AQUÍ MEJOR CITAR EL LIBRO TIRANT DE MI TESIS EN EL CAPÍTULO REFERIDO AL "MODELO ECONÓMICO COMPETITIVO" DE LA UE

Fundamentales franquistas, en las que se preconizaba el principio de subsidiariedad. Pero entre la recuperación de la autonomía y la absoluta libertad de actuación existe un salto cualitativo que nuestra jurisprudencia ha impedido. El principio de compatibilidad menoscaba jurídicamente la prioridad de la iniciativa privada, pero restringe a su vez la actuación de la pública por medio de una interpretación jurisprudencial, a nuestro entender equivocada, del principio de especialidad. Mientras que la iniciativa privada puede actuar libremente bajo una absoluta generalidad teleológica, la pública está vinculada al principio de competencia (38 CE) y a la motivación de interés público (103.1 CE), por lo que la primera se identifica materialmente como la regla general en los mercados y la segunda como una fundamentada excepción. Consideramos posible reinterpretar la aplicación del principio de especialidad al ejercicio de la iniciativa pública desde una acepción distinta, la de instrumento para la solución de conflictos normativos. Desde la teoría de fuentes, se entiende que la especialidad "supone una autolimitación de la misma fuente de tal modo que mientras la autolimitación permanezca prevalecerá siempre la ley especial sobre la general" (Balaguer Callejón *et al*. 2019, p. 109). Aplicando esta interpretación a la relación articulada por la jurisprudencia entre la iniciativa privada (38 CE) y la pública (128.2 CE), puede aceptarse que esta actúa no desde la significación de excepcionalidad motivada, sino desde la prevalencia en su ámbito concreto de ejercicio (el público). De esta manera, las exacerbadas limitaciones que dimanan tanto del principio de competencia como de la prohibición de lucro no resultarían aplicables a la iniciativa pública, al prevalecer su especialidad sobre la generalidad del marco económico, la economía de mercado, en el que se desarrolla la libertad de empresa.

En conclusión, mientras se mantengan todas las limitaciones pretorianamente establecidas a la iniciativa pública y no se reinterprete el alcance del principio de especialidad, entendemos que podría estar operando indirectamente una suerte de principio o "criterio de subsidiariedad a tener en cuenta" (Bassols Coma, 1985, p. 171), aunque evidentemente de forma implícita y sin alcanzar todas las virtualidades limitativas que de él se podrían extraer. Y ello porque si las empresas públicas sólo pueden perseguir intereses públicos, generalmente ausentes en las lógicas económicas de las empresas privadas, y si no pueden justificarse a sí mismas en la búsqueda de lucro, en la que precisamente se fundamentan aquellas, la tendencia aparente sería la cobertura por las empresas privadas de aquellos sectores más lucrativos, reduciendo su presencia en los menos rentables (generalmente de interés social), en los que finalmente se verían legitimados para intervenir los poderes públicos ante la menor competencia privada, la falta de beneficio económico, y la justificación de interés público.

3. CONCLUSIÓN: A MODO DE PROPUESTA

Llegados a este punto, consideramos conveniente finalizar este trabajo presentando una serie de propuestas procedimentales, interpretativas y normativas con las que podría lograrse una reconceptualización de la iniciativa pública y, con ello, la recuperación de toda su potencialidad transformadora.

En primer lugar, sería idealmente recomendable activar un procedimiento de reforma constitucional simple (art. 167 CE) para establecer expresamente los límites de la iniciativa pública en el propio artículo 128.2 CE, así como para definir el alcance de la economía de mercado del artículo 38 CE. Con ello se lograría impedir prospectivamente la discrecionalidad con la que los tribunales interpretan ambos conceptos jurídicos ambiguos e indeterminados, además de enmendar la jurisprudencia restrictiva sobre la iniciativa pública en el sentido que el legislador de reforma constitucional determinase. Se argumentará en contra de esta reforma alegando que con ella se petrifican y constriñen las opciones disponibles al pluralismo político, frente a la pretendida ambigüedad léxica del constituyente como garantía de apertura y flexibilidad de la CEE. Empero, dicha constricción ha sido acometida ya de forma parcial (frente a la tesis de la neutralidad económica) por el TC y el TS, de tal manera que la reforma permitiría una reparación del principio democrático debilitado tras la desconstitucionalización jurisprudencial de alternativas económicas, válidas respecto del abierto y flexible orden económico constitucional de 1978. Mientras la interpretación restrictiva de la iniciativa no se vea modificada por un cambio de la línea jurisprudencial o por la reforma constitucional indicada, el pluralismo como valor constitucional mantendrá un considerable nivel de deterioro en su intensidad, dado que encuadrado expresamente en el constitucionalismo del Estado social debería “poder alojar como contenido básico y definitorio del mismo la "contradicción", la "negación" u oposición antisistema y configurar la democracia como una democracia de alternativas” (De Cabo Martín, 2010, pp. 95-96), algo impensable actualmente ante la incapacidad jurídica de los partidos dominantes de recuperar las políticas de alternativa verdaderamente socializante.

En segundo lugar, creemos necesario reinterpretar la exigencia de subordinación de la iniciativa al interés público como una obligación de resultados y no como una de medios. Sustituyendo la obligación de motivar un interés público por la de cumplirlo en el normal actuar de la empresa pública se conseguiría un fortalecimiento del pluralismo político como valor constitucional, así como un incremento fundamentado jurídicamente de las condiciones de control sobre la

actividad empresarial pública. Por un lado, la reducción de la relevancia constitucional localizada en la motivación del interés permitiría incrementar el abanico de opciones de política económica socializante, jurisprudencialmente restringido, de tal manera que prácticamente cualquier fin susceptible de ser vinculado con el artículo 9.2 CE o con el resto de principios y mandatos constitucionales justificaría el ejercicio de la actividad pública. Por otro, trasladar la exigencia de cumplir con un interés público al desarrollo de la actividad empresarial permitiría incrementar el alcance del control jurisdiccional sobre esta, dado que la adecuación de la motivación ya no sería requisito suficiente para amparar una hipotética actividad empresarial indiferente u opuesta al interés público.

En último lugar, y siempre y cuando se mantuviera inalterada la limitación del interés público, se propone la modificación de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público para especificar la posibilidad de incorporar el lucro como un objetivo válido sobre el que justificar la constitución de empresas públicas estatales, es decir, de entidades públicas empresariales y de sociedades mercantiles estatales, así como la reforma de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local, en idéntico sentido aunque para el ámbito de las empresas locales. De esta forma podría legitimarse legalmente el aprovechamiento económico como interés público de tal manera que la iniciativa pública podría coadyuvar en la obtención de ingresos con los que sufragar el gasto público del Estado social español. Igualmente conveniente sería que el legislador estatal o autonómico fijara legalmente un *numerus clausus* de motivaciones válidas para ejercer la iniciativa pública, incorporando asimismo una cláusula de apertura a cualquier actividad que sea considerada como interés público por el órgano constituyente de la empresa pública. Con ello se establece una primera interpretación legal del interés público[9] en su aplicación al ámbito de la iniciativa pública, interpretación a la que se encontraría vinculada la jurisdicción ordinaria que, hasta el momento, había declarado la nulidad del ejercicio de la iniciativa exclusivamente sobre la base de su propia interpretación de los artículos 128.2 y 103.1 CE, con la que colmaba la falta de definición legal del concepto jurídico indeterminado.

[9] La propia jurisprudencia constitucional, ya con la temprana STC 37/1981 (FJ 1º), confirma las diversas funciones que los conceptos jurídicos indeterminados o abiertos juegan "en las consideraciones de *lege ferenda* y en la interpretación de *lege data*", así como la discrecionalidad del legislador, dentro del marco constitucional, para determinar "libremente cuáles son estos intereses", su definición y su alcance.

En todo caso, estas propuestas deben ser examinadas teniendo en cuenta que afectan únicamente al espacio normativo infracomunitario. En nuestro análisis se han abordado las principales problemáticas originadas de la jurisprudencia española para la conceptualización constitucional de la iniciativa pública, pero aunque esta se logre depurar de los límites pretorianos, la primacía y la aplicabilidad directa del Derecho europeo seguirían operando la misma restricción sobre el ejercicio potencial de este instrumento de intervención pública en la economía. Esta superposición de limitaciones interordinamentales no hace más que constatar la apreciación de que el contenido material de la CE no puede ya determinarse exclusivamente respecto a su propio texto, sino que a este deben añadírsele "los contenidos de la Constitución Europea, y sus desarrollos" (Muñoz Machado, 2004, pp. 322-323). Y ha sido precisamente desde esta articulación multinivel entre los principios de la Constitución económica europea y la tesis de la neutralidad implícita de la CEE como se ha logrado la sublimación de aquellos como principios rectores de nuestro ordenamiento económico, sin necesidad alguna de controvertir jurídica y formalmente su palmario antagonismo con el modelo del Estado social (Lasa López, 2013, p. 164), dado que "la primacía del derecho comunitario se superponía sobre el modelo constitucional y hacía innecesario el cambio constitucional" (García Herrera, 2015, p. 64).

Todo lo anterior no obsta para que resulte recomendable disponer de una interpretación de la iniciativa pública respetuosa con el valor constitucional del pluralismo político, también de opciones económicas, para que ante, la eventualidad de una futura revisión estructural de los principios de la Constitución económica europea, por la que se redujera su carácter dirigente (Gomes Canotilho, 1995) en su sentido neoliberal actual, fuera posible relegimitar la aplicación socializante de la iniciativa pública desde nuestro marco constitucional y democrático.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Albertí Rovira, E. (2004). La Constitución económica de 1978 (Reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española). *Revista Española de Derecho Constitucional*, (71), 123-159.

Ariño Ortiz, G. (1981). La empresa pública. En *El modelo económico en la Constitución española, Vol. II*, F. Garrido Falla (dir.), pp. 13-234.

Balaguer Callejón, F. *et al.* (2019). *Manual de Derecho Constitucional, V.I.* Tecnos.

Bassols Coma, M. (1985). *Constitución y sistema económico*. Tecnos.

Camisón Yagüe, J. A. (2021). *Constitución económica: transformaciones y retos*. Marcial Pons.

Chaparro Matamoros, P. (2013). La iniciativa económica pública en la Constitución económica española. *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, (149), 11-50.

Coscuella Montaner, L., y López Benítez, M. (2011). *Derecho público económico*. Iustel.

De Cabo Martín, C. (1986). *La crisis del Estado Social*. Promociones Publicaciones Universitarias.

De Cabo Martín, C. (2010). *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*. Editorial Trotta.

De Juan Asenjo, O. (1984). *La Constitución económica española. Iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales.

Escribano Collado, P. (1985). El orden económico en la Constitución española de 1978. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (14), 77-109.

Fernández-Miranda Campoamor, A. (2003). El Estado Social. *Revista Española de Derecho Constitucional,* (69), 139-180.

Galgano, F. (1980). *Las instituciones de la economía capitalista: Sociedad anónima, Estado y clases sociales*. Fernando Torres – Editor.

García Herrera, M. A. (2015). Estado social y estado económico. *Jueces para la democracia*, (84), 51-66.

García Herrera, M. A., y Maestro Buelga, G. (1988). Regulación constitucional y posibilidad del Estado social. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, (22), 87-116.

García Herrera, M.A. y Maestro Buelga, G. (2009). Estado-mercado y crisis sistémica. *Jueces para la democracia*, (65), 8-23.

García Pelayo, M. (1991). «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en García Pelayo, M., Obras completas, vol. III, pp. 2851-2875. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Garrido Falla, F. (1981). Introducción general. En *El modelo económico en la Constitución española, Vol. I.*, F. Garrido Falla (dir.), pp. 15-102.

Gomes Canotilho, J. J. (1995). ¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (43), 9-23.

Guimerá Rico, J. J. (2020). *Las sociedades públicas. Fundamento y límites de la huida al Derecho privado*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).

Herrero de Miñón, M. (1999). La Constitución económica: desde la ambigüedad a la integración. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (57), 11-32.

Lasa López, A. (2013) Algunas consideraciones metodológicas a propósito de la nueva relación entre Estado, Derecho y Justicia Social en el constitucionalismo de mercado europeo. *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público, 1*(61), 155-192.

Lasa López, A. (2019). La desnormativización constitucional del Estado social: la contrarreforma silente. *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, (64), 130-159.

López Guerra, L. M. (1983). El modelo económico en la constitución. *Revista de estudios económicos y empresariales*, (2), 17-25.

Maestro Buelga, G. (2002). Constitución económica e integración europea. *Revista de Derecho Político,* (54), 33-112.

Maestro Buelga, G. (2017). El Estado Social 40 años después: la desconstitucionalización del programa constitucional. *Revista de Derecho Político,* (100), 769-798.

Moreno González, G. (2017). El cierre de la constitución económica española: de la apertura de posibilidades al monismo de las obligaciones. *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, (20), 117-156.

Muñoz Machado, S. (2004). *Constitución*. Iustel.

Requejo Pagés, J. L. (2016). *El sueño constitucional*. KRK Ediciones.

Viciano Pastor, R. y Moreno González, G. (2018). Artículo 128. En *Comentario a la Constitución Española – Libro-homenaje a Luis López Guerra*, P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz (dirs.), pp. 1789-1799.

PEDRO GARCÍA GUIJARRO
Universitat de València
Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración
Personal investigador predoctoral
pedro-garcia-guijarro@uv.es
ORCID 0000-0003-3526-3030

8.- DERECHO ECLESIÁSTICO

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 539-562
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.539

LIBERTADES CIVILES Y PLURALIDAD EN LA UE: LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

CIVIL FREEDOMS AND PLURALITY IN THE EU: RELIGIOUS FREEDOM AND FREEDOM OF EXPRESSION

JAIME ROSSELL GRANADOS
Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

En este trabajo el autor analiza la importancia del cristianismo en la construcción y fundamentación de los derechos fundamentales para seguidamente analizar la importancia del reconocimiento del derecho fundamental de libertad religiosa como elemento necesario para la construcción de sociedades inclusivas así como la polémica existente acerca de la restricción o no del discurso religioso como manifestación del derecho a la libertad de expresión.

Palabras clave: Derechos fundamentales, libertad religiosa, libertad de expresión, confesiones religiosas.

ABSTRACT

In this paper, the author analyses the importance of Christianity in the construction and foundation of fundamental rights. He subsequently analyses the importance of the recognition of the fundamental right to religious freedom as a necessary element for the construction of inclusive societies, as well as the existing controversy concerning the

restriction or non-restriction of religious discourse as a manifestation of the right to freedom of expression.

Keywords: Fundamental rights, religious freedom, freedom of expression, religious denominations.

Sumario: I.- Introducción; II.- El derecho fundamental de libertad religiosa en el espacio europeo ; III.- Libertad religiosa y libertad de expresión en el discurso religioso.

I. INTRODUCCIÓN

Es muy común entre la doctrina jurídica que al referirse a las bases fundantes del Derecho en la cultura occidental miremos hacia las civilizaciones que nos precedieron. En este sentido, el profesor Navarro Valls señala que "los europeos pensamos con categorías mentales griegas, los esquemas jurídicos romanos son fundamentales para entender nuestro derecho, pero el sustrato ideológico y ético que empapa el pensamiento y el derecho europeo es, en su base cristiano"[1].

También el profesor Weiler, durante el proceso de redacción de la Constitución europea, reivindicó la necesidad de fundamentar en el cristianismo la comunidad ética europea, sin que ello supusiera una quiebra del principio de neutralidad que debía presidir la construcción europea[2]. E incluso el propio Habermas, defensor de un Estado liberal y secularizado, reconoce cómo el cristianismo es un modelo ético en el que, paradójicamente sigue inspirándose la sociedad democrática moderna de Europa.

Estas opiniones son un pequeño ejemplo del argumento que pretendo desarrollar a lo largo de este trabajo. La necesidad de no olvidar la influencia de la

[1] DURÁN CORSANEGO, E., "La Europa cristiana", *Verbo,* 2006, núm. 441-442, p. 118.
[2] Weiler advertía de cómo un texto constitucional tiene un especial valor a la hora de fijar valores identitarios y culturales compartidos por la comunidad. Y en ese sentido, señalaba cómo la constitución no se otorga a una sociedad, sino que ha de partir de los ciudadanos y ser reflejo de unos valores y principios compartidos. Es en este punto cuando Weiler llama la atención acerca de cómo el cristianismo surge como un primer referente en la percepción de una serie de valores comunes por parte de los pueblos europeos y aboga por su inclusión dentro del texto. Esta demanda de Weiler, que también habían puesto de manifiesto una serie de países, no fueron atendidas. Vid. CORONA ENCINAS, A., "La aportación del cristianismo en la construcción de la identidad europea: Una mirada histórico-jurídica", *Revista de Estudios Europeos*, 2022, 79, p. 566.

religión en la conformación del actual sustrato jurídico de nuestra sociedad y la necesidad de no olvidar el papel de la misma y de seguir mirando hacia lo religioso en el proceso de construcción de una sociedad inclusiva en la actual Unión Europea (UE), que sea respetuosa con las libertades civiles, con el ejercicio de los derechos fundamentales.

Soy de la opinión de que actualmente, en esa construcción han de tener un papel relevante las diferentes realidades religiosas que estaban establecidas en los distintos países europeos y aquellas otras que han llegado como consecuencia de la globalización y los procesos migratorios. En esa relación de iglesias o comunidades religiosas a las que me refiero, predominan las iglesias cristianas, el judaísmo y el Islam aunque a mi entender es el cristianismo el que ha de jugar un papel fundamental pues, si algo identifica a éste frente al resto, es su respeto a todas las religiones y la asunción y reconocimiento de los derechos fundamentales.

Estas raíces religiosas, ya centrados en el cristianismo, han aportado conceptos como el de tolerancia, libertad, igualdad[3] o fraternidad. Conceptos que durante la Revolución francesa fueron utilizados por los revolucionarios, basándose en la regla de los frailes dominicos, de manera que adquirieron conciencia del valor de la dignidad y de la libertad en el individuo, lo que terminó siendo una de las consecuencias del reconocimiento de los derechos del hombre, en 1792.

Por este motivo no podemos compartir la afirmación de aquellos que niegan la fundamentación religiosa de un conjunto de derechos que tienen como piedra angular la dignidad de la persona. En este sentido, cobran una enorme fuerza las palabras de San Juan Pablo II cuando, refiriéndose a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, señalaba que "hace cincuenta años el marco político posbélico no permitió que los autores de la Declaración la dotaran de una base antropológica y de referencias morales explícitas; pero sabían bien que los principios proclamados se desvalorizarían rápidamente si la comunidad internacional no procuraba enraizarlos en las diversas tradiciones nacionales, culturales y religiosas"[4].

[3] De hecho, el concepto de igualdad hay que entenderlo desde la teoría del derecho natural cuyo origen se vincula al mundo clásico y fue recogido y amparado por el cristianismo. Otro ejemplo de lo que estoy diciendo es el desarrollo, por parte de Francisco de Vitoria, del Ius Gentium, germen del moderno derecho internacional y cuyo objetivo último era conseguir el "bien común de todos", un concepto que como veremos seguidamente tiene una intensa huella cristiana y que fundamenta y legitima los derechos fundamentales. Vid. CORONA ENCINAS, A., "La aportación del cristianismo…", cit., p. 562.

[4] Mensaje con motivo del L aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 30 de noviembre de 1998.

Y en este mismo punto y reforzando lo dicho anteriormente no debemos olvidar que, como señala el Papa Francisco "desde una perspectiva cristiana hay una significativa relación entre el mensaje evangélico y el reconocimiento de los derechos humanos, según el espíritu de los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos"[5].

Sin querer entrar en polémica, pues excede el motivo de este trabajo, acerca de si la fundamentación de los derechos fundamentales debe responder a posiciones iusnaturalistas o corrientes iuspositivistas, sí que creo necesario volver a recordar que los derechos humanos son ante todo una exigencia moral que necesita de una concreción jurídica por lo que, aunque se trata de un fenómeno de carácter secular, no debemos olvidar que tiene unas raíces religiosas[6].

Si acudimos a los textos de Santo Tomás de Aquino observaremos cómo se perfila una antropología en la que se detectan exigencias fundamentales para el hombre y se habla de preceptos e inclinaciones naturales del mismo, pudiéndose extraer de ello una serie de normas o preceptos que constituyen los fundamentos de los derechos humanos y que están vinculados, a mi juicio, a la idea o noción del bien común. Un bien común hacia el que estamos inclinados y a través del que, una vez alcanzado, como señala McIntyre, podremos lograr el bien propio[7].

El contenido mínimo de ese bien común "sería aquella calidad mínima de la convivencia cuyo respeto y promoción es exigible a ciudadanos y gobernantes"[8]. De esta manera para Finnis, que sigue los postulados de Santo Tomás de Aquino, los derechos humanos serán la proyección jurídica de las exigencias que plantea la realización de los bienes básicos en una comunidad política.

Él entiende que "uno no puede promover o respetar el bien común sin respetar… aquellos derechos cuyo contenido son los mismos bienes humanos básicos y cuya realización requiere de la cooperación de los restantes miembros de la comunidad política. El respeto de los derechos humanos es así la forma específica en la que se concreta la promoción del bien común"[9].

Se trata de unos derechos que "cada uno de nosotros los tiene porque cada

---

[5] Discurso a los Miembros del Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede el 8 de enero de 2018.
[6] Vid. el estudio de MOLTMANN, J., "Théologie et droits de'homme", *Revue des sciences religieuses,*52, 1978, pp. 299-314.
[7] MCINTYRE, A., *"*Theories of Natural Law in the Culture of Advance Modernity*", en Common Truths: New Perspectives on Natural Law*, (Ed. MCLEAN, E.B.), ISI Books, 2000, p. 109.
[8] Ibíd., p. 112.
[9] CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L.M., "Los derechos humanos y el bien común. Una aproximación desde John Finnis", *Revista Persona y Derecho*, 83, 2020, p. 554.

miembro individual de la especie tiene la dignidad de ser persona. Y esto no es un estatus que pueda ser conferido o retirado, sino una realidad que debe ser reconocida"[10] por lo que estos derechos preexisten a la ley civil y deben ser exigidos ya que el respeto a estos derechos humanos supone el respeto del bien humano, en la propia existencia y en la equivalente humanidad o los derechos humanos de los otros[11].

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ESPACIO EUROPEO

Los primeros reconocimientos formales que se hicieron en el mundo Occidental de los denominados derechos de libertad religiosa, pensamiento y conciencia están recogidos en las Declaraciones de Derechos americana y francesa[12] y hoy en día han sido acogidos por prácticamente todos los Estados modernos que reconocen la existencia de los mismos siendo su misión garantizarlos y protegerlos mediante una adecuada regulación jurídica.

Permítanme en este punto que centre mi exposición en señalar la importancia del derecho fundamental de libertad religiosa en su conexión con otros derechos y libertades y la necesidad de garantizarlo en la UE a fin de lograr la construcción de sociedades inclusivas y plurales así como en la consolidación del concepto de ciudadanía.

Cuando hablamos del derecho de libertad religiosa, estamos haciendo referencia a un derecho que es inherente a la naturaleza humana, un derecho al que hay que darle el calificativo de fundamental, que ha sido siempre reconocido junto con el de libertad de pensamiento y de conciencia, y que ha sido considerada por autores como Jemolo como la primera de las libertades[13]pues, como

[10] Ibíd., p. 567.
[11] Ibíd., p. 568.
[12] La Declaración de Derechos de Virginia, aprobada el 12 de junio de 1776, señala en su sección 16 que "la religión, o el deber que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlo, sólo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y por consiguiente todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con los dictados de su conciencia…". Por su parte, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, señala en su artículo (art.) 10 que "nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley"; y en su art. 11, "la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre…".
[13] Aunque no se trata del único autor que realiza esa afirmación. Por ejemplo Beneyto afirma el "carácter primario y fundamental –'fundante' de las demás libertades– que posee lo que genéricamente se denomina 'el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión' y, en especial, del

señaló Benedicto XVI, "abarca tanto la libertad individual como colectiva de seguir la propia conciencia, tanto en materia religiosa como de libertad de culto. Incluye la libertad de elegir la religión que se estime por verdadera y de manifestar públicamente la propia creencia. Hunde sus raíces en la dignidad de la persona, garantiza la libertad moral y favorece el respeto mutuo"[14].

Un derecho que además es matriz, pues se concreta en un conjunto de derechos que son parte del contenido del mismo y que mantienen una relación de interdependencia con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de enseñanza o la libertad de reunión. Pero cuyo ejercicio, en no pocas ocasiones, genera situaciones de discriminación para el creyente.

Y es que desgraciadamente, la religión está sufriendo en muchos de los países europeos un proceso de marginación al considerarse como un elemento sin relevancia e incluso en ocasiones desestabilizador, dentro del contexto de las sociedades actuales.

Defendiendo una pretendida neutralidad estatal en materia religiosa, cada vez es más común que en algunos países se exija al ciudadano, que al mismo tiempo es creyente, que ejerza su profesión renunciando a sus convicciones al limitar el ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia; o prohibiendo el uso de símbolos religiosos o su exhibición en el espacio público, alegando la necesidad de respetar las creencias de otras personas lo que implica limitar el derecho de los creyentes a poder manifestar públicamente su fe; o mediante la negación de las raíces culturales y religiosas que son parte de la identidad de muchos países[15].

La propia moral cristiana es expulsada "en nombre de una supuesta neutralidad del poder dominante, que termina imponiendo su moral en todos los ámbitos de la vida social[16](de manera que)… esta obsesión por la neutralidad del poder político, supone… la destrucción de la verdadera comunidad, que se funda

derecho a la libertad religiosa". BENEYTO, J.M., "Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa", en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, II, (Ed. ALZAGA, O.),EDERSA, Madrid, 1984, p. 334; también Soriano pone de relieve que "algunos juristas suelen considerar la libertad religiosa como una libertad primaria: Jemolo concibe… como la primera de las libertades. Viladrich distingue entre el plano existencial, donde está antes el derecho a la vida, y en el plano de la esencia, en el que figura en primer lugar la libertad de pensamiento, creencias y religión". SORIANO, R. *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 62.

[14] BENEDICTO XVI, *Adhortatio Apostolica postsynodalis "Ecclesia in Medio Oriente"*, 14-9-2012, n.º 26, AAS 104 (Octubre 2012), p. 762.

[15] Vid. BENEDICTO XVI, Discurso al Cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede, 10-1-2011.

[16] Vid. el interesante trabajo de MCINTYRE, A., "Social Structures and Their Threads to Moral Agency", *Philosophy: The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, Jul,1999, n 74 (289) pp. 311-329.

sobre valores compartidos, fomentados y protegidos también por la autoridad política"[17].

"El Relator de Naciones Unidas Heiner Bielefeldt en un sugerente informe sobre discriminación religiosa en el ámbito laboral realizado en 2014, afirmó que "en el contexto de la libertad de religión o de creencias, el término 'neutralidad' puede tener significados muy diferentes. A veces puede representar una política de no compromiso y no reconocimiento de la diversidad religiosa o de creencias y puede incluso dar lugar a la adopción de medidas bastante restrictivas en esta esfera... tanto en las instituciones públicas como en el sector privado.

Por el contrario, sigue diciendo, la neutralidad también puede representar una política de inclusión justa de las personas de diversas orientaciones religiosas o de creencias (...). En esta interpretación positiva, el principio de neutralidad sirve como antídoto para todo tipo de prejuicios, exclusiones, estereotipos negativos y discriminación. Proporcionan un marco abierto e inclusivo para la manifestación libre y no discriminatoria de la diversidad religiosa y de creencias"[18].

"En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Abogada General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) Medina a raíz de una cuestión prejudicial planteada al tribunal en relación con un conflicto laboral como consecuencia del uso del velo por parte de una trabajadora. La Abogada General se refiere en sus conclusiones a dos planteamientos posibles ante la manifestación de la diversidad religiosa:...

Una primera visión -afirma- sería la de la "normalización de tales diferencias en el lugar de trabajo controlando más estrictamente los prejuicios. Se parte de la premisa de que las diferencias que resultan de la religión y de las convicciones religiosas se abordan mejor si se promueve la tolerancia y el respeto, lo que, a su vez, redunda en la aceptación de un mayor grado de diversidad".

La segunda perspectiva sería la de considerar "que las diferencias que resultan de la religión y de las convicciones religiosas pueden abordarse mejor en el lugar de trabajo fomentando la uniformidad a través de una prohibición

[17] POOLE, D., "Bien común y derechos humanos", *Persona y Derecho*, 2008, 59, pp. 132-133.
[18] COMBALÍA, Z., "Ciudadanía europea e Igualdad: La singularidad religiosa como objeto específico de consideración", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2024, 64, p.6.

general mediante una norma interna de neutralidad"[19].

En mi opinión, la acomodación de la neutralidad con una realidad social cada vez más plural, conduce a la oportunidad de adoptar una concepción de la neutralidad, no como supresión o invisibilización de la presencia religiosa en la sociedad, sino como aceptación, normalización e inclusión de la diversidad existente. En este sentido es importante, además, tener presente que la neutralidad entendida como exclusión de todo lo religioso no es propiamente neutral[20].

En este punto, conviene llamar la atención sobre dos ideologías que en el mundo actual vienen a negar o limitar el derecho fundamental a la libertad religiosa. La primera de ellas sería el laicismo, que no la laicidad, y que busca la exclusión de la religión del ámbito público, considerando la fe como un elemento exclusivamente religioso, y buscando instaurar una suerte de religión política como lo fueron el nazismo y el comunismo.

Ya el Papa Francisco nos alertó del peligro de este movimiento laicista en su Discurso a los participantes en la conferencia "Repensando Europa"[21] al señalar que, "desafortunadamente, cierto prejuicio laicista, todavía en auge, no es capaz de percibir el valor positivo que tiene para la sociedad el papel público y objetivo de la religión, prefiriendo relegarla a una esfera meramente privada y sentimental. Se instaura así también el predominio de un cierto pensamiento único, muy extendido en la comunidad internacional, que ve en las afirmaciones de una identidad religiosa un peligro para la propia hegemonía, acabando así por favorecer una falsa contraposición entre el derecho a la libertad religiosa y otros derechos fundamentales".

La segunda sería la de los fundamentalismos religiosos que defienden un fideísmo irracional y que pretenden imponer su verdad sin respetar el derecho fundamental de todo individuo a buscar esa verdad[22].

Al contrario de lo que ocurrió en los Estado Unidos de América, durante los últimos tiempos en Europa occidental se ha producido un complejo fenómeno secularizador en el que el papel de la religión fue desapareciendo, una

[19] Conclusiones de la Abogada General del TJUE, Sra. Laila Medina, al Asunto C-344/20, LF contra SCRL, presentadas el 28 de abril de 2022, nº 59, en: https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258501&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=951018 (Última visita, 11 de diciembre de 2023).
[20] COMBALÍA, Z., "Ciudadanía europea e Igualdad…", cit., pp. 6-7.
[21] Celebrada el 28 de octubre de 2017.
[22] SALINAS MENGUAL, J., "Derechos humanos y libertad religiosa en el pensamiento de Joseph Ratzinger-Benedicto XV", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2020, XXXVI, p. 213.

secularización que, en palabras de Habermas, fue uno de los principales elementos causales en el desarrollo de la Modernidad[23]. La idea central de este movimiento secularizador basculaba sobre la premisa de que la religión tenía que ser confinada a la esfera de lo privado de manera que no influyese sobre lo público, que debía ser gobernado únicamente por procesos de racionalización. Era por tanto obligación del Estado evitar que se produjese un contagio o injerencia de la religión en la esfera pública[24].

Y curiosamente este proceso de secularización únicamente se produjo en el continente europeo, motivado muy posiblemente por los procesos históricos vividos en los diferentes países[25].

Durante el siglo XIX y mediados del XX, ese modelo de Estado laico pudo practicar esta idea de separatismo gracias a que los actores políticos que operaban en la esfera pública fueran creyentes o no, tenían una referencia común de valores que residían en la tradición judeocristiana. Pero los últimos tiempos nos han mostrado cómo los procesos migratorios y de globalización que se han producido durante el siglo pasado y el presente nos muestran nuevas sociedades multiculturales y plurirreligiosas donde precisamente no existe una única respuesta acerca de cuáles han de ser los valores que tienen que informar esta nueva sociedad y por ende cuál es el bien común hacia el que la misma ha de tender.

Actualmente la UE trabaja en la búsqueda de un ordenamiento jurídico que armonice los de los distintos países miembros y, en este sentido, el derecho fundamental de libertad religiosa con todo lo que supone en cuanto al ejercicio del mismo por parte del individuo o los grupos, y la presencia de la religión en el espacio público no pueden ser una excepción. Sobre todo, en una Europa que en los últimos decenios ha cambiado su configuración política y humana, convirtiéndose no sólo en una sociedad multicultural sino también multirreligiosa que no debe olvidar sus raíces. Un marco que es perfectamente compatible con la

---

[23] Vid. HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp Verlag, 1981.

[24] Vid. ZAMAGNI, S., "El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción político-económica", *Revista Cultura Económica*, dic. 2007, Año XXV, nº 70, pp. 26 y ss.

[25] Mientras que en USA, como bien ha explicado Hannah Arendt, la Revolución americana originó el "principio de neutralidad" del Estado hacia las religiones, en Europa la Revolución francesa trajo consigo el "principio de separación". El primero supone que el Estado no toma partido por una creencia, sino que las religiones no sólo son permitidas sino que además son favorecidas en su expresividad y en su operatividad. Por el contrario, el "principio de separación", modelo cuyo representante máximo es Francia, aboga por una indiferencia frente a lo religioso que se traducirá en una exclusión de las religiones en la construcción de una ética pública dejando ese papel en manos exclusivas del Estado.

idea de Schuman, recuperada por Delors[26], de "Un alma para Europa". Una Europa que no renuncia a su herencia cristiana pero que también reconoce la presencia de otras realidades religiosas y en la que estén presentes los principios cristianos de solidaridad y fraternidad[27].

En su momento, Berten nos explicó que "la modernidad fundada sobre la confianza en la razón humana, venía arrastrada por un triple proyecto:... el progreso científico... el dominio total de la naturaleza al servicio de la empresa humana... y los proyectos políticos construidos por la voluntad de control sobre la historia de las sociedades humanas"[28] pero frente al fracaso de este modelo, hoy se vuelve a poner de manifiesto una vuelta hacia lo religioso, se abre otra vez un espacio nuevo para la dimensión espiritual del sentido. Si la secularización se había asociado con progreso situándola en el origen de la modernidad lo cierto es que hoy en día ya hemos de hablar de las sociedades postseculares.

"Las ciudades son, cada vez más, cuna de una creciente diversidad religiosa. Las migraciones internacionales y la movilización de las identidades religiosas en la esfera global contribuyen a incrementar la visibilidad de las comunidades religiosas en el espacio urbano"[29].

El hecho religioso, pues la persona además de ciudadano es también creyente, vuelve a ocupar un lugar central en la esfera pública y se convierte en una herramienta fundamental en la construcción de sociedades inclusivas. "De ahí que la inclusión de las personas pertenecientes a minorías étnico-religiosas, aunque ante todo es un asunto de dignidad y de derechos humanos, es también, desde un planteamiento meramente pragmático, el único modo de gestionar en el s. XXI una Europa socialmente cohesionada y pacífica"[30]. No cabe pues, como algunos propugnan, relegar la cuestión religiosa al ámbito privado.

Pero aunque existen algunos ejemplos que denotan el interés por legislar en

---

[26] En un discurso pronunciado el 14 de abril de 1994 en Bruselas y dirigido a las Iglesias y Comunidades Religiosas, manifestaba la siguiente idea: "Si en los próximos diez años no conseguimos darle un alma a Europa, darle una espiritualidad y un sentido, la unificación europea fracasará".

[27] Como señala el Papa Francisco "En la «modernidad» se ha intentado construir la fraternidad universal entre los hombres fundándose sobre la igualdad. Poco a poco, sin embargo, hemos comprendido que esta fraternidad, sin referencia a un Padre común como fundamento último, no logra subsistir". *Lumen Fidei*, 29 de junio de 2013, 54.

[28] BERTEN, I., "¿Un alma para Europa?", *Cuadernos de Trabajo Social*, 1996, 9, págs. 226-227

[29] GRIERA, M. y BURCHARDT, M., "Religión y espacio público: el conflicto en torno a la regulación del velo integral islámico", *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2016/2, papel 159, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), Universidad del País Vasco, http://dx.doi.org/10.1387/pceic.16190

[30] COMBALÍA, "Ciudadanía europea e igualdad...", cit. p. 4.

estas cuestiones relativas a la gestión de la diversidad religiosa y su presencia en el espacio público, lo cierto es que no hay una política homogénea y única de la UE pues no existen competencias para armonizar el derecho relativo a la gestión de la diversidad religiosa, el ejercicio del derecho fundamental por parte del ciudadano o las comunidades o el modelo de relaciones entre el Estado y las Iglesias.

De hecho, los Estados tienen autonomía frente a la UE respecto de los mecanismos esenciales de organización de la protección de los derechos fundamentales, tal y como se establece expresamente en el art. 51 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales que señala que "las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias….".

En el mismo sentido, y porque así está previsto en el art. 17, en sus párrafos 1 y 2[31] del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) o Tratado de Lisboa, la posición de privilegio de que gozaron y siguen gozando algunas confesiones religiosas ha dictado las líneas de cada uno de los sistemas de Derecho eclesiástico vigentes en Europa[32]. Y aunque el reconocimiento del derecho fundamental de libertad religiosa como fundamento de una sociedad democrática[33] y la adopción de principios constitucionales como el de aconfesionalidad o neutralidad estatal e igualdad y no discriminación entre las confesiones, ha supuesto en la mayoría de estos países, un cambio en cuanto a la regulación que hasta ese momento habían realizado, ello no ha significado una desaparición de lo religioso del espacio público.

---

[31] "1. La Unión respetará y no prejuzgará el estatuto reconocido en los Estados miembros, en virtud del Derecho interno, a las iglesias y las asociaciones o comunidades religiosas.
2. La Unión respetará asimismo el estatuto reconocido, en virtud del Derecho interno, a las organizaciones filosóficas y no confesionales…".

[32] Vid. entre otros, MAZZOLA, R. (ed.) *Diritto e Religione in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2012; EMILIANIDES, A., *Religious freedom in the European Union*, Peeters, Leuven, 2011; DOE, N., *Law and Religion in Europe,* Oxford University Press, New York, 2011; *y* ROBBERS, G., *State and Church in the European Union*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

[33] El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en diferentes sentencias, se ha encargado de determinar con claridad que la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los fundamentos de las sociedades democráticas. En este sentido puede consultarse, a modo de ejemplo la Sentencia *Kokkinakis v. Greece, de* 25 de mayo de 1993, (§31); *Sentencia Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, de 13 de diciembre 2001, (§114); Sentencia *Buscarini v. San Marino* de 18 de febrero de 1999, (§34), Sentencia *Leyla Şahin v. Turkey*, de 10 de noviembre de 2005, (§104); y Sentencia *S.A.S. v. France, de* 1 de julio de 2014, (§124).

"Si prescindimos de la peculiar situación de los países con sistemas de «iglesias de Estado» o «iglesias establecidas», y también de la no menos peculiar situación de Francia, que ha hecho de la *Laicité* una suerte de nueva confesionalidad, la gran mayoría de países europeos han adoptado sistemas inspirados en la neutralidad religiosa del Estado y – con mayor o menor reconocimiento explícito – en la cooperación estatal con el hecho religioso colectivo; principios que, a su vez, conectan con la búsqueda de una eficaz tutela de la libertad religiosa de personas y grupos en condiciones de igualdad ante la ley.

A veces, esta cooperación estatal se ha traducido en una bilateralidad normativa; es decir, el Estado entiende que la mejor manera de determinar el estatuto jurídico de las confesiones religiosas – o, en rigor, de algunas de ellas – es mediante un diálogo que cristalice en una norma pactada por las dos partes, de manera que ambas son autores materiales y formales de la norma, y ambas quedan igualmente, obligadas por ella.

Esta bilateralidad normativa, como es sabido, tiene raíces concordatarias que datan de antiguo y se han mantenido – e incluso acrecentado – en el presente. De hecho, la tendencia en Europa es la expansión de este modelo concordatario – con los necesarios ajustes – a otras confesiones religiosas.

En ocasiones, ese diálogo y cooperación no implica necesariamente bilateralidad formal en la producción normativa en relación con el estatuto jurídico de las confesiones religiosas, y bien puede traducirse simplemente en una normativa unilateral del Estado previamente consultada y negociada, en teoría más propicia para mantener el dogma del monopolio normativo del Estado"[34].

En relación con esta cuestión, "en los últimos años el Tribunal de Estrasburgo ha ido subrayando la importancia de aplicar el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 del Convenio a la cooperación del Estado con las confesiones religiosas[35]... En esa línea jurisprudencial, el Tribunal ha insistido en que el Convenio no genera ningún deber de cooperación estatal con las confesiones religiosas ... Ahora bien, si en uso de su legítima discrecionalidad se decide por la cooperación con las religiones, debe hacerlo de manera no discriminatoria: es decir, la cooperación con los distintos grupos puede ser desigual pero

[34] MARTÍNEZ-TORRÓN, J., "Reflexiones acerca de la bilateralidad de fuentes normativas sobre el hecho religioso en Europa", *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, aprile 2023, nº 1, p. 95.
[35] La aplicación de este principio se realiza mediante el conocido análisis en tres fases: toda diferencia de tratamiento jurídico debe fundarse en la existencia de justificación objetiva y razonable, debe existir un objetivo legítimo, y de haber una relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios empleados.

no arbitraria, y el Tribunal se reserva el derecho de revisar la justificación de tales desigualdades"[36].

En este contexto, España es uno de los países que han intentado otorgar al individuo y a las confesiones un régimen jurídico dentro del cual puedan desarrollar y ejercer el derecho de libertad religiosa, que sea acorde con los principios mencionados, creando un sistema de Derecho eclesiástico en el que todos los individuos vean reconocido su derecho de libertad religiosa, independientemente de la creencia que profesen, y en el que las confesiones gocen de un status similar dentro del ordenamiento interno.

Para ello, nuestra Constitución, enunció en su art. 16.3 el principio de cooperación, que da sentido a nuestro sistema de relaciones Estado–Iglesias[37], y que se ha convertido en un modelo que siguen numerosos países de nuestro entorno.

Como consecuencia de este principio, el Estado asume su deber de promoción de la libertad religiosa y reconoce a los grupos religiosos como un ámbito a través del cual el individuo puede desarrollar su derecho de libertad religiosa. El Estado valora de manera positiva el hecho religioso y establece un sistema de "laicidad positiva", en palabras de nuestro Tribunal Constitucional (TC)[38], sin que ello quiebre los principios de neutralidad, igualdad y no discriminación.

Como señala Martínez-Torrón, algunos autores han definido esta postura frente al fenómeno religioso como "*neutralidad cooperativa* del Estado hacia el hecho religioso y que se diferencia de lo que en Estados Unidos se ha llamado

[36] Ibíd., p. 106.

[37] Recogido en el art. 16.3 de la Constitución, se trata de un principio de carácter instrumental. Los poderes públicos no sólo desempeñan una función garantizadora de los ámbitos de libre inmunidad y represión de las conductas que vulneran o interfieren el ejercicio de los derechos fundamentales, sino que asumen una tarea promocional de los mismos. Como consecuencia de ello, las creencias religiosas se convierten en un objeto de atención específica y privilegiada y la cooperación se mueve en un delicado equilibrio pues, si el Estado no quiere comportarse de forma confesional o discriminar a un ciudadano por motivos religiosos, la cooperación con las confesiones deberá hacerse de manera que queden salvaguardadas la libertad e igualdad del resto de grupos religiosos y de los no creyentes. Pero al mismo tiempo, para ser fiel a dicho principio, no puede considerar la religión como un simple asunto de conciencia que pertenece a la esfera íntima del individuo, sino que ha de valorarlo de forma positiva facilitando y promoviendo las condiciones que hagan posible el ejercicio del derecho de libertad religiosa, tanto de los individuos como de los grupos.

[38] Señala la STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, que "el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener 'las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones', introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que 'veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales' (STC 177/1996, de 11 de noviembre)".

benevolent neutrality"[39].

Un modelo, este de laicidad positiva o neutralidad cooperativa, al que entiendo que deben transitar los países europeos si queremos sociedades inclusivas en las que el ciudadano, que al mismo tiempo es creyente, se considere parte de la misma. Un modelo que hay que contraponer al del laicismo y que desgraciadamente, defendido desde algunos partidos políticos y sectores sociales, parece que está calando en una parte de nuestra sociedad, y que podría terminar convirtiéndose en una suerte de religión política.

Y es que, como señala el Papa Francisco, un laicismo que en aras de una pretendida neutralidad, excluya cualquier manifestación religiosa de la vida pública, degradaría a los creyentes a ciudadanos de segunda categoría[40] al impedirles ejercer otros derechos que están conectados al ejercicio de su libertad religiosa (libertad de expresión, libertad de enseñanza, apertura de lugares de culto, enterramientos, alimentación, etc) o traer como consecuencia su discriminación en ámbitos como el laboral (contratación, uso de símbolos religiosos, festividades, etc), y que afectan a su identidad personal.

Así lo puso de manifiesto la Abogada General del TJUE Sharpston en el caso Bougnaoui vinculando las creencias con la identidad personal, en un caso de uso del velo en el ámbito laboral. La abogada puso de manifiesto cómo "para un miembro practicante de una religión, la identidad religiosa forma parte integrante de su ser. Los requisitos impuestos por la fe —su disciplina y las normas sobre la manera en que los adeptos deben llevar su vida— no son elementos que deban aplicarse cuando uno no esté trabajando (digamos, por la noche y durante los fines de semana para quienes tengan un trabajo de oficina) y que puedan dejarse discretamente de lado en horas de trabajo.

Según las reglas particulares de la religión en cuestión y el grado en el que un determinado individuo sea practicante, alguno de dichos elementos puede,

---

[39] "Esta última simplemente subraya que el separatismo implícito en la *establishment clause* de la primera enmienda constitucional no lleva consigo necesariamente una deliberada exclusión de toda relación entre el Estado y las expresiones sociales del hecho religioso, de manera que resulta legítimo, y acaso obligado, extender a las confesiones e instituciones religiosas beneficios que el Estado dispensa a otras entidades que se considera contribuyen a una mejora social. En esta idea fundamental de la religión como socialmente beneficiosa coinciden la «neutralidad benevolente» y la «neutralidad cooperativa», pero la segunda va un paso más allá, y decide establecer relaciones de colaboración activa con la religión que pueden llegar a la bilateralidad de fuentes: algo que sería impensable en la actual cultura jurídica y política norteamericana". Vid.MARTÍNEZ-TORRÓN, "Reflexiones acerca de la bilateralidad de fuentes…", cit., pp. 79-80.

[40] Discurso a los Miembros del Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede el 8 de enero de 2018.

por supuesto, no ser de obligado cumplimiento para dicho individuo y, por lo tanto, ser negociable. Pero sería totalmente incorrecto suponer que, mientras que el sexo y el color de la piel siempre acompañan a las personas, de alguna manera no sucede así con su religión"[41].

Esto es, la condición religiosa, aunque -a diferencia de la raza- puede cambiar a lo largo de la vida, mientras se mantenga, forma parte de la identidad personal y no es posible abandonarla sin traicionar esa identidad.

III. LIBERTAD RELIGIOSA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DISCURSO RELIGIOSO

El rápido desarrollo tecnológico que estamos viviendo, junto con la globalización económica y la revolución de los medios de comunicación y las redes sociales, está creando una realidad social cada vez más interdependiente y global.

Pero al contrario de lo que pueda parecer, la sociedad que estamos construyendo es cada vez más conflictiva y menos segura como consecuencia de la proliferación de una serie de conflictos que se fundamentan en la afirmación identitaria por parte de minorías nacionales, étnicas o religiosas. En la prensa o en las redes comprobamos cómo cada vez hay más ejemplos de fanatismo e intolerancia. Una intolerancia que está volviendo a nuestra sociedad y donde los discursos de odio están adquiriendo un creciente protagonismo.

De hecho, el aumento de los delitos de odio o "hate crimes" y su persecución constituye actualmente una de las preocupaciones de las organizaciones internacionales. Un ejemplo es Europa donde la Agencia Europea de Derechos Fundamentales (FRA)[42], el Consejo de Europa a través de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)[43] o la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) mediante programas de la Oficina para las Instituciones democráticas y los Derechos Humanos (ODHIR)[44], están trabajando en la implantación de acciones de prevención y monitorización de este tipo de delitos.

---

[41] STJUE Asunto C-188/15 Asma Bougnaoui y Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA, 14 de marzo de 2017.
[42] Vid. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/ec-2017-key-guiding-principles-recording-hate-crime_en.pdf (consultado el 19-12-2022)
[43] Vid. https://www.coe.int/en/web/european-commission-against-racism-and-intolerance/ (consultado el 19-12-2022)
[44] Vid. https://hatecrime.osce.org (consultado el 25-1-2023)

Pero en este contexto, es necesario que no olvidemos que nuestro modelo de democracia occidental ha sido construido en gran medida sobre la libertad de palabra y opinión[45]. Como ha señalado en diferentes ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la libertad de expresión es el cauce esencial para la formación de una opinión pública libre, que es el fundamento del pluralismo y la democracia misma, aunque las ideas que se compartan puedan ser recibidas bien como inofensivas bien como ofensivas o escandalosas[46].

Esta es una de las razones por las que el derecho internacional considera que cualquier medida encaminada a limitar o restringir la libertad de expresión o su ejercicio debe serlo únicamente con carácter excepcional, en circunstancias previamente delimitadas y a partir de criterios claramente identificados.

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, Europa siempre fue tradicionalmente más restrictiva con el ejercicio de la libertad de expresión a la hora de proteger derechos como el de libertad religiosa. Como ha señalado algún autor[47], esto responde a la experiencia histórica del siglo XX, la cultura europea del honor o la historia confesional de la mayoría de los países en los que la herejía y la blasfemia eran un asunto de la Iglesia y también del Estado.

De tal manera que actualmente, tal y como ha puesto de manifiesto la Comisión de Venecia en su Informe de 2010 "Blasphemy, insult and hatred. Finding answers in a democratic society", no existe en Europa una concepción unitaria sobre la importancia de la religión que nos permita establecer qué tipo de restricciones son admisibles para proteger los sentimientos religiosos[48] e incluso aboga por derogar el delito de blasfemia al considerarla una ofensa que pertenece al plano moral y no al ámbito legal[49].

En Estados Unidos, paradigma de un modelo de "democracia tolerante", los derechos fundamentales se conciben como ámbitos de autonomía o libertad individual en los que el Estado debe de abstenerse de intervenir y permanecer

---

[45] Vid. CARRILLO DONAIRE, J.A., "Libertad de expresión y discurso del odio religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular", *Revista de Fomento Social*, 2015, 70, p. 209.
[46] Se trata de un principio largamente sostenido desde la STEDH *Handyside c. Reino Unido de 7 de diciembre de 1976*.
[47] Vid., CARRILLO DONAIRE, "Libertad de expresión y discurso del odio…", cit., pp. 219 y ss.
[48] A pesar de ello existen países de larga tradición confesional como Italia o España donde al despenalizar la blasfemia se ha orientado la penalización de este tipo de ofensas hacia los sentimientos religiosos. En países luteranos como Dinamarca y Finlandia se sigue contemplando el delito de blasfemia y se castigan las ofensas graves contra la doctrina o los símbolos sagrados de cualquier religión, no sólo de la del Estado. Hay otros países como Alemania donde la difamación de cualquier religión está tipificada como delito ya que el bien jurídico a proteger es la garantía de la paz social o el orden público.
[49] Vid. CARRILLO DONAIRE, "Libertad de expresión y discurso del odio…", cit., p. 236.

neutral. A diferencia de lo que ocurre en Europa, los derechos no tienen una naturaleza prestacional, lo que asegura la inacción del Estado[50]. De esta forma el discurso de odio sólo es castigado cuando existe una probabilidad clara de perturbar la paz pública. Esta perturbación debe probarse, en cada caso, mediante la aplicación de un test que demuestre la existencia de un "clear and present danger" o que se hayan utilizado "fighting words" sin que sea suficiente la existencia de un peligro potencial o abstracto[51].

Sensu contrario, en Europa, ejemplo de "democracia militante", los derechos, además de un carácter subjetivo tienen una naturaleza prestacional de forma que encarnan valores objetivos del ordenamiento jurídico como el pluralismo. Por este motivo derechos como la libertad de expresión, necesaria para la existencia de una opinión pública libre, ven limitado su ejercicio cuando se realiza un discurso de odio pues se entiende que no contribuye a la formación de esa opinión pública.

La herramienta que utiliza el TEDH en estos casos para limitar la libertad de expresión es el artículo 17[52] del Convenio, la llamada cláusula contra el "abuso de derecho", que se aplica habitualmente frente a los discursos negacionistas del Holocausto o algunos discursos de odio racistas o xenófobos.

También en los últimos tiempos, y como consecuencia de esa posición de democracia militante a la que nos referimos, el TEDH está reivindicando la defensa de ciertos valores comunes europeos como son la dignidad o la igualdad de derechos y la no discriminación con relación a discursos o expresiones de

---

[50] SANJURJO RIVO, V., "¿Es el discurso religioso odioso por razones de género, orientación e identidad sexual un discurso de odio?", *UNED. Revista de Derecho Político*, sept-dic 2021, nº 112, p. 208.

[51] Como señala Carrillo Donaire, "esta tesis introducida por el juez Holmes en los años veinte del pasado siglo y establecida definitivamente por el Tribunal Supremo en el asunto Branderburg c. Ohio de 1969 (que hace equivaler el concepto de peligro claro y presente a la incitación directa a la comisión de un delito), ha marcado una jurisprudencia sumamente favorable a la libertad de expresión a la difusión de críticas "vehementes y causticas, así como ataques incisivos poco gratos" para el Estado o un sector de la población, en la conocida expresión de la sentencia New York Times c. Sullivan, de 1964. Véanse, entre otros, BOLINGER, L., *The Tolerant Society*, Nueva York, Oxford University Press, 1986; WALKER, S., *Hate Speech: The History of an American Controversy*, University of Nebraska Press, 1994; LEWIS, A. *Freedom for the Thought That We Hate. A Biography of the First Amendment*, Nueva York, Basic Books, 2007; POST, R. "Hate Speech", en *Extreme Speech and Democracy*, (Dir. Hare, I. y Weinstein, J.), Nueva York, Oxford University Press (2009); SULLIVAN, K., y GUNTHER, G. *First Amendment Law*, Foundation Press, Nueva York, 2007; y SHIFFRIN, S. H. y CHOPER, J. H., *The First Amendment. Cases, Comments, Questions*, , Thomson Reuters, Saint Paul MN, 2011". Vid. CARRILLO DONAIRE, "Libertad de expresión y discurso del odio…", cit., p. 217.

[52] Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

odio dirigidos contra grupos vulnerables como es el caso del colectivo LGTBI[53] aunque en estos supuesto lo hace aplicando el artículo 10 del Convenio.

En el caso de los ataques contra grupos o minorías religiosas, para el TEDH, las restricciones a la libertad de expresión frente a la libertad religiosa únicamente serán aceptables si responden a una "necesidad social imperiosa en una sociedad democrática… De este modo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo considera excluidas de la protección del Convenio aquellas expresiones que son constitutivas de discursos del odio, pero también aquellas otras que, sin llegar a ese extremo, "son gratuitamente ofensivas" para ciertos colectivos y entrañan una transgresión de sus derechos "que no contribuye de ningún modo a un debate público capaz de promover el progreso en los asuntos humanos" [54].

Ahora bien, en ocasiones los conflictos jurídicos entre la libertad de expresión y la libertad religiosa tienen su origen en el contenido de ciertos discursos religiosos que se consideran contrarios a otros derechos fundamentales como la igualdad de género, la libertad sexual o la no discriminación[55].

Ello tiene que ver con la especificidad del discurso, que está fundamentado en la doctrina propia de cada confesión y que en algunos casos puede descalificar moralmente determinadas conductas o valores que son aceptadas por la sociedad o que se promocionan por parte de los poderes públicos.

Esos mensajes pueden ser entendidos por determinados colectivos como discursos de incitación al odio, la discriminación o la violencia. Son discursos que buscan influir en los fieles pero que también tienen su impacto en aquellos que no comparten los mismos valores morales. La cuestión es si esos colectivos que se sienten agredidos o perjudicados por el discurso religioso deben soportarlo al igual que las personas creyentes deben soportar el cada vez más generalizado discurso secular laicista.

Parte del contenido del derecho de libertad religiosa consiste en poder expresar libremente las creencias de manera individual o comunitaria. Así, las Iglesias y confesiones, como parte de su derecho a la autonomía, pueden transmitir su doctrina no sólo con el fin de adoctrinar a sus fieles sino también con una intención proselitista. De esa forma el mensaje, salvo que sea contrario al orden público

[53] Vid. STEDH Le Pen vs Francia (dec.), de 20 de abril de 2010, y STEDH Féret vs Bélgica, de 16 de julio de 2009. De forma análoga, STEDH Balsytè-Lideikienè vs Lituania, de 4 de noviembre de 2008.
[54] En este sentido vid. el interesante estudio de MARTÍNEZ-TORRÓN, J. "Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos", *Estudios Eclesiásticos*, 2017, vol. 92, pp. 749-767.
[55] CARRILLO DONAIRE, "Libertad de expresión y discurso del odio…", cit., p. 213.

y al ordenamiento jurídico, no puede ser limitado por el Estado que, como consecuencia de su posición de neutralidad o laicidad, debe tender a garantizar que los grupos religiosos puedan difundir sus ideas con independencia de que puedan molestar, incomodar o escandalizar a determinados grupos o colectivos.

Es evidente que este discurso, en muchas ocasiones, trasciende su dimensión estrictamente religiosa en la medida que origina un debate político-social. "El mensaje religioso se incorpora así al circuito del mercado de las ideas propio de una sociedad libre, abierta y democrática y … (es) sometido a la valoración y crítica de grupos … ajenos a los que integran las confesiones (de tal manera que ese mensaje) aparecerá transmutado en un mensaje político-religioso"[56]. La cuestión es determinar si dicho mensaje debe tratarse como un discurso político y aplicarle los límites establecidos para la libertad de expresión o por el contrario debe ser tratado como resultado del ejercicio del derecho de libertad religiosa.

En relación con esta cuestión el TEDH, a través su jurisprudencia[57], ha ido estableciendo unos estándares similares para ambos discursos, el religioso y el político, señalando que ambos mensajes no deberían estar sujetos a límites particulares cuando se ejerce la libertad de expresión. De hecho, el TEDH en relación con el discurso político, lo prohíbe cuando éste tiene una carga incitadora violenta[58] o exterioriza hostilidad u odio hacia el sistema constitucional, los valores democráticos, el Estado o sus instituciones.

La cuestión es determinar si, de la misma manera, la opinión que sostienen algunos grupos, en este caso religiosos, pueden ser excluidas del debate público o si estos grupos pueden ver restringida su libertad de expresión con motivo del carácter discriminatorio de sus opiniones[59]. Si Europa, como paradigma de la democracia militante, puede restringir el mensaje religioso por entender que es crítico o contrario a una serie de valores democráticos o que molesta, ofende o discrimina a determinados colectivos. En definitiva, si la cultura woke, la cultura de la cancelación, puede limitar el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad religiosa.

---

[56] SANJURJO RIVO, "¿Es el discurso religioso odioso…", cit., p. 183

[57] Vid. las SSTEDH, Giniewski vs. Francia, de 31 de enero de 2006; Aydin Tatlav vs. Turquía, de 2 de mayo de 2006; Klein vs. Eslovaquia, de 31 de octubre de 2006; Sekmadienis Ltd. vs. Lituania, de 30 de enero de 2018.

[58] STEDH Karakoyun y Turan vs Turquía, de 11 diciembre de 2007.

[59] Vid. el interesante estudio CAÑAMARES ARRIBAS, S. "La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Un work in progress", *en Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa* (Dir. MARTINEZ–TORRÓN, J., y CAÑAMARES ARRIBAS, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 17 y ss.

Basten algunos algunos ejemplos ocurridos en países de la UE para entender la polémica suscitada en este sentido. En el año 2001 el pastor protestante Harry Hammond fue condenado por "incitar a la violencia" y "alterar la paz pública" mientras predicaba en la vía pública exhibiendo una gran pancarta en la que pedía a los homosexuales que se arrepintiesen[60].

En 2003 una plataforma LGTBI presentó una denuncia contra el entonces presidente de la Conferencia Episcopal Española, el Cardenal Rouco Varela, por "presuntas injurias" e "incitación a la discriminación por razón de orientación sexual" a raíz de sus palabras en una homilía en la que calificaba de antinatural la homosexualidad[61].

En 2004 el pastor pentecostal sueco Åke Green fue condenado a un mes de prisión por un tribunal del distrito de Kalmar acusado de un delito de "agitación contra un grupo nacional o étnico" a raíz de un sermón titulado "¿Es la homosexualidad un instinto natural o las fuerzas del mal que juegan con los humanos?", en el que se afirmaba, entre otras cosas, que "…las anormalidades sexuales son un tumor canceroso profundo en todo el cuerpo de la sociedad…".

En 2015 el reverendo Barry Trayhorn, capellán voluntario en una prisión de delincuentes sexuales del Reino Unido, fue apartado de su labor pastoral por una homilía en la que citando la 1ª Carta de San Pablo a los Corintios, habló de una serie de pecados, incluyendo el "adulterio, la práctica homosexual, la avaricia y la embriaguez"[62].

En 2016, tres obispos, el de Alcalá de Henares y los de Getafe (monseñor Joaquín Mª López Andújar y su auxiliar monseñor José Rico) fueron denunciados por una asociación LGTBI por la presunta comisión de un delito de incitación al odio, discriminación o violencia contra el colectivo homosexual al hacer público un documento en el que criticaban frontalmente el concepto de "identidad de género"[63].

---

[60] Vid. http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1451593/Preachers-conviction-over-anti-gay-sign-upheld.html (consultado el 19-12-2022).
[61] Vid. http://www.elmundo.es/elmundo/2003/12/29/sociedad/1072720630.html (consultado el 23-1-2023).
[62] Vid. http://www.christianconcern.com/our-concerns/freedom-of-speech/christian-prison-worker-forced-to-resign-after-quoting-bible-in-chape (consultado el 21-1-2023).
[63] Para un estudio en profundidad de estos supuestos vid. el interesante estudio de HERRERA CEBALLOS, E., "El discurso religioso contra la homosexualidad. Análisis desde la perspectiva de la libertad religiosa", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2018, 47.

En el caso del pastor Hammond, los tribunales ingleses no sólo le condenaron por "incitación a la violencia" y "alteración de la paz" sino que además determinaron que sus palabras resultaban abusivas e inaceptables sugiriendo que reformulase su discrepancia con la ortodoxia social en términos más aceptables para así rebajar el ambiente de crispación que había creado.

A pesar de que la defensa alegó la doctrina del TEDH en relación con la libertad de expresión, los jueces del tribunal, al analizar el contenido y circunstancias de las manifestaciones contenidas en la pancarta, llegaron a varias conclusiones: 1ª. Que las palabras resultaban insultantes y crearon angustia en la colectividad; 2ª. Que Hammond fue consciente del efecto que causarían sus manifestaciones; 3ª. Que en la actuación del Estado concurrió un objetivo legítimo como era evitar o, al menos contener, el desorden público que ocasionaba contemplar la pancarta, 4ª. Que conforme las exigencias del Derecho europeo, la medida restrictiva del derecho de libertad de expresión cumplió con la exigencia de ser una "necesidad social acuciante".

Habiendo justificado que la restricción del derecho de libertad del demandado constituía una injerencia estatal adecuada y proporcionada, el tribunal se preguntó si la respuesta podría invertirse al considerar que el actor estaba ejerciendo el derecho de libertad religiosa por medio del ejercicio del proselitismo, como prevé el art. 9 CEDH. La respuesta fue negativa pues el Tribunal no valoró la extensión del derecho a manifestar en público o en privado las propias creencias como parte del derecho de libertad religiosa del pastor Hammond.

No podemos estar de acuerdo con esta decisión de los tribunales ingleses, que no aplicaron la doctrina del TEDH sobre los límites a la libertad de expresión y la libertad religiosa y que parece responder no a criterios jurídicos sino a un tiempo y a un modelo social presente en el Reino Unido, donde determinados grupos LGTBI gozan de una enorme capacidad de influencia sobre los poderes públicos.

Por el contrario, la sentencia que condenaba al pastor Ake Green fue revocada por el Tribunal Supremo Sueco en 2005 al entender que la homilía se encuadraba dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad religiosa del reverendo debiendo aplicarse adecuadamente la doctrina de las "shocking ideas" que había consagrado la STEDH Handyside vs Reino Unido en 1976.

Y del mismo modo, todos los supuestos relatados en relación con las manifestaciones de Obispos católicos españoles a propósito de la homosexualidad y

la ideología de género fueron archivados por los tribunales españoles al entender que esas manifestaciones no incitaban directamente al odio o la violencia contra el colectivo homosexual.

Esas manifestaciones, aunque pudiesen ser molestas para ese colectivo, se encuadraban dentro del ejercicio del derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que permite manifestaciones de muy diversa naturaleza incluyendo "ideas críticas incluso extremistas aun cuando puedan ser desabridas, molestas o inquietantes"[64].

En todos estos casos, los líderes religiosos mediante el ejercicio de su derecho de libertad religiosa defendían una serie de postulados morales contrarios a los defendidos por otros grupos sociales. Ejerciendo su libertad de expresión se oponían a una serie de opiniones que actualmente son mayoritarias en nuestra sociedad o son apoyadas desde los poderes públicos. Pero lo hacían sin incitar a la discriminación o a la hostilidad contra esos grupos.

La democracia se construye, en gran medida, sobre la libertad de expresión que es el cauce esencial para la formación de una opinión pública libre, fundamento del pluralismo y la democracia misma. En ese contexto, un ministro de culto tiene que ser libre para pronunciar un discurso religioso que pueda resultar ofensivo para la sensibilidad de determinados grupos o minorías. Al igual que la religión tiene que soportar la crítica, aunque resulte molesta u ofensiva pues dicha crítica contribuye a la conformación de la opinión pública, la sociedad civil también debe soportar la crítica de origen religioso.

Evitar, por parte de los poderes públicos o esos grupos, que estos discursos religiosos se conviertan en hegemónicos o dominantes puede ser considerado un objetivo político legítimo y deseable pero eso no puede significar que se excluya del debate público este tipo de discursos o ideas[65].

El espacio público ha de estar presidido por la idea de libertad y eso implica que pueda existir un discurso religioso crítico contra determinadas realidades o políticas. Es parte del contenido del derecho fundamental de libertad religiosa del individuo y de las comunidades. Y esa crítica debe estar siempre presidida por un clima de respeto y tolerancia hacia las ideas de los demás.

---

[64] Así lo ha defendido nuestro Tribunal Constitucional en las SSTC 174/2006, de 5 de junio y 176/2005, de 11 de diciembre.
[65] SANJURJO RIVO, "¿Es el discurso religioso odioso…", cit. p. 212.

Eso sí, siempre que dicho discurso no contravenga los límites previstos por el Convenio europeo de Derechos Humanos en su art. 17 y la jurisprudencia consolidada por el TEDH y que tiene que ver con aquellas restricciones que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

Intentar silenciar o modular el discurso religioso como consecuencia de determinados convencionalismos sociales o en función de valores defendidos por determinados grupos podría terminar expulsando el mensaje religioso del espacio público, limitando, de esta manera el pleno ejercicio de este derecho fundamental a los individuos y a los grupos religiosos de los que forma parte.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Benedicto XVI, *Adhortatio Apostolica postsynodalis "Ecclesia in Medio Oriente"*, 14-9-2012, n.º 26, AAS 104 (Octubre 2012).

Beneyto, J.M., "Artículo 16. Libertad ideológica y religiosa", en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, II, (Ed. Alzaga, O.),EDERSA, Madrid, 1984.

Berten, I., "¿Un alma para Europa?", *Cuadernos de Trabajo Social*, 1996, 9.

Cañamares Arribas, S. "La conciliación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Un work in progress", *en Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa* (Dir. Martinez–Torrón, J., y Cañamares Arribas, S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Carrillo Donaire, J.A., "Libertad de expresión y discurso del odio religioso: la construcción de la tolerancia en la era postsecular", *Revista de Fomento Social*, 2015, 70.

Combalía, Z., "Ciudadanía europea e Igualdad: La singularidad religiosa como objeto específico de consideración", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2024, 64.

Corona Encinas, A., "La aportación del cristianismo en la construcción de la identidad europea: Una mirada histórico-jurídica", *Revista de Estudios Europeos*, 2022, 79.

Cruz Ortiz de Landázuri, L.M., "Los derechos humanos y el bien común. Una aproximación desde John Finnis", *Revista Persona y Derecho*, 2020, 83.

Doe, N., *Law and Religion in Europe,* Oxford University Press, New York, 2011.

Durán Corsanego, E., "La Europa cristiana", *Verbo,* 2006*,* núm. 441-442.

Emilianides, A., *Religious freedom in the European Union*, Peeters, Leuven, 2011.

Griera, M. y Burchardt, M., "Religión y espacio público: el conflicto en torno a la regulación del velo integral islámico", *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, vol. 2016/2, papel 159, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva), Universidad del País Vasco, http://dx.doi.org/10.1387/pceic.16190

Habermas, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp Verlag, 1981.

Herrera Ceballos, E., "El discurso religioso contra la homosexualidad. Análisis desde la perspectiva de la libertad religiosa", *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2018, 47.

Martínez-Torrón, J. "Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos", *Estudios Eclesiásticos*, 2017, vol. 92.

Martínez-Torrón, J., "Reflexiones acerca de la bilateralidad de fuentes normativas sobre el hecho religioso en Europa", *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, aprile 2023, nº 1.

Mazzola, R. (ed.) *Diritto e Religione in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2012.

McIntyre, A., "Social Structures and Their Threads to Moral Agency", *Philosophy: The Journal of the Royal Institute of Philosophy*, Jul,1999, n 74 (289).

McIntyre, A., *"Theories of Natural Law in the Culture of Advance Modernity"*, *en Common Truths: New Perspectives on Natural Law*, (Ed. Mclean, E.B.), ISI Books, 2000.

Moltmann, J., Théologie et droits de'homme, *Revue des sciences religieuses,* 1978, 52.

Poole, D., "Bien común y derechos humanos", *Persona y Derecho*, 2008, 59.

Robbers, G., *State and Church in the European Union*, Nomos, Baden-Baden, 2005.

Salinas Mengual, J., "Derechos humanos y libertad religiosa en el pensamiento de Joseph Ratzinger-Benedicto XV", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2020, XXXVI.

Sanjurjo Rivo, V., "¿Es el discurso religioso odioso por razones de género, orientación e identidad sexual un discurso de odio?", *UNED. Revista de Derecho Político*, sept-dic 2021, nº 112.

Soriano, R. *Las libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990.

Zamagni, S., "El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción político-económica", *Revista Cultura Económica*, dic. 2007, Año XXV, nº 70.

JAIME ROSSELL GRANADOS
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Extremadura
rosgran@unex.es
ORCID: 0000-0002-8485-7663

9.- Derecho Finaciero / Tributario

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 565-588
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.565

LA FISCALIDAD DE LA VIVIENDA ANTE EL RETO DEMOGRÁFICO: LAS MEDIDAS TRIBUTARIAS VIGENTES EN EXTREMADURA

HOUSING TAXATION IN THE FACE OF THE DEMOGRAPHIC CHALLENGE: THE TAX MEASURES IN FORCE IN EXTREMADURA

FÁTIMA PABLOS MATEOS
Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

RESUMEN

Este trabajo analiza las medidas tributarias en materia de vivienda adoptadas en la Comunidad Autónoma de Extremadura para luchar contra el reto demográfico. Facilitar el acceso a la vivienda en los entornos rurales es una cuestión muy relevante en la lucha contra la despoblación, ya que es esencial para la revitalización de las zonas donde se observa una pérdida de población, lo que justificaría las medidas tributarias adoptadas a tal fin.

Palabras clave: Despoblación, vivienda, fiscalidad.

ABSTRACT

This paper analyzes the tax measures adopted in the Autonomous Community of Extremadura in the field of housing to fight against the demographic challenge. Ensuring access to housing in rural areas is a very relevant aspect in the fight against depopulation, as it is essential in the revitalization of areas at risk of depopulation, which would justify the tax measures adopted for that purpose.

Keywords: Depopulation, housing, taxation.

Sumario: I. Introducción. II. Consideraciones previas. III. Las medidas tributarias En materia de vivienda reguladas por la Comunidad Autónoma de Extremadura en el Irpf para afrontar el reto demográfico. 1. Deducción por adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual en zonas rurales. 2. Deducción autonómica por arrendamiento de la vivienda habitual: mejora para zonas rurales. IV. Las medidas tributarias En Materia de vivienda reguladas por la Comunidad Autónoma de Extremadura en el impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para afrontar el reto demográfico. V. Últimas reflexiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La pérdida de población en las zonas rurales es una realidad que pone en peligro la cohesión económica, social y territorial en nuestro Estado. Ello, a la postre, evidencia una desigualdad entre ciudadanos cuya causa es el lugar de residencia. Esta desigualdad a la que nos referimos queda patente para los residentes en zonas rurales en el acceso a los servicios públicos, en las infraestructuras, en las oportunidades de desarrollo profesional y personal, entre otras. Ante la situación descrita se debe seguir avanzando hacia la cohesión social y territorial puesto que ello contribuye al desarrollo equilibrado del territorio, y, por ende, a reducir las diferencias existentes entre las distintas regiones y, en consecuencia, de sus habitantes[1].

Buscar un justo equilibrio entre lo urbano y lo rural se ha convertido en una prioridad. Esta circunstancia ha motivado que el objetivo de las políticas públicas de vertebración, de carácter transversal y multinivel, sea garantizar la cohesión social y territorial. En suma, un objetivo con el que se pretende garantizar la igualdad de los ciudadanos con independencia de cuál sea su lugar de residencia.

[1] Corrobora esta idea GARCÍA CARACUEL al manifestar: «Hablar de cohesión social y territorial es hablar de reducir las desigualdades y las disparidades de desarrollo entre los diferentes territorios de un país o de un conjunto de países, si pensamos en el ámbito de la Unión Europea». En GARCÍA CARACUEL, María, «La cohesión social y territorial en el núcleo del Plan France Relance de impulso económico», en *Innovaciones jurídicas en materia de gasto e ingreso público frente al desafío de la despoblación*, (Dir. María del Mar Soto Moya), edit. Atelier. Libros jurídicos, 2023, p. 139.

Entre otros desequilibrios que produce la despoblación debe hacerse referencia al acceso a la vivienda. Esta problemática concreta relacionada con la vivienda no es propia de zonas urbanas y más pobladas. También en los entornos rurales se aprecian desequilibrios relacionados con el acceso a la vivienda debido, entre otras causas, a una insuficiente oferta de inmuebles, a su falta de condiciones de habitabilidad o a la escasa cultura del alquiler que existe en dichas zonas. Lo que supone un nuevo reto para la revitalización de las zonas rurales, imprescindible además para fijar o atraer a nuevos residentes, pues es claro que la insuficiencia de viviendas o su falta de adaptación a los requisitos de habitabilidad es un lastre tanto para conseguir nuevos residentes como para mantener a los existentes, afectando también al fomento de la actividad económica relacionada con el sector de la construcción[2].

De esta circunstancia se hizo eco el Plan de 130 Medidas frente al Reto Demográfico, aprobado en marzo del año 2021 por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. Concretamente, las referencias a las viviendas situadas en el ámbito rural se recogen en el Eje 1«Impulso de la transición ecológica», tanto en su punto 1.1, como en el punto 1.22.

El primero de los puntos señalados tiene por título «Programa de regeneración y reto demográfico», y en él se señala una de las líneas estratégicas de actuación que es precisamente la rehabilitación energética de edificios, consistente en ayudas a la rehabilitación para mejorar la eficiencia energética en edificios destinados a ser primera vivienda que esté ubicada en municipios de menos de 5.000 habitantes. Por lo que se refiere al punto 1.22, bajo el título de «Ayudas a Rehabilitación de viviendas, en zonas rurales y provincias afectadas por la despoblación» se apunta al establecimiento de incentivos o medidas de discriminación positiva en ayudas en la rehabilitación de viviendas, así como el fomento de líneas en planes de vivienda. Estas líneas de actuación tratan de lograr dos objetivos concretos. De un lado, fomentar la implantación de población joven en áreas rurales y ámbitos afectados por la despoblación y, de otro, fomentar la puesta en valor y la rehabilitación del parque edificatorio y de viviendas en zonas rurales, incrementando la contribución al Reto Demográfico.

[2] Sobre el papel de la vivienda para la revitalización de las áreas rurales, *vid.* DONADEI, Marta, GUTIÉRREZ BARBARRUSA, Virginia y MENDES LEAL, Luciane, «El papel de la vivienda en la revitalización de ámbitos rurales en situación de declive demográfico. Identificación de Buenas Prácticas en España», en *Hábitat y Sociedad,* núm.16, 2023, pp. 191-227.

También se tiene en cuenta a la vivienda en el Eje 8 «Bienestar social y economía de los cuidados», y más concretamente en el punto 8.8 «Plan de apoyos y cuidados de larga duración: desinstitucionalización, equipamientos y tecnología», donde entre otros objetivos se plantea invertir en «introducir equipamientos domiciliarios que favorezcan la promoción de la autonomía personal mediante el uso de la teleasistencia avanzada, así como de cualquier otro medio tecnológico que permita la prestación de apoyos y cuidados en viviendas conectadas y entornos de cuidados inclusivos, también en el medio rural»[3].

En conclusión, puede aseverarse que posibilitar el acceso a la vivienda en los entornos rurales es un aspecto muy relevante para la revitalización de estas áreas, lo que justificaría las medidas tributarias adoptadas a tal fin. No obstante, de lo que tampoco puede caber duda es el hecho de que facilitar el acceso a la vivienda en las zonas rurales por sí solo no es suficiente para revertir la tendencia en relación con la pérdida de población. Además de lo indicado respecto de la vivienda, es necesario garantizar el acceso a los servicios públicos, la empleabilidad, las comunicaciones, etc.

Una de las herramientas empleadas para ayudar a los contribuyentes a acceder a la vivienda es la fiscalidad. Las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) han hecho uso de sus competencias normativas en materia tributaria para incentivar, especialmente, la adquisición y rehabilitación de viviendas. Junto a esta medida, las CCAA también han contemplado otras que incentivan el cambio de residencia habitual hacia las zonas que acusan mayores problemas en relación con la pérdida de población o, en su caso, el que los residentes en entornos rurales encuentren un estímulo para mantener su residencia en ellos. Medidas cuyo objetivo principal es promover un determinado comportamiento en el contribuyente, que no es otro que fijar su residencia en las zonas rurales.

Del análisis de regulación de las deducciones autonómicas tanto en la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) como en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITPyAJD) puede concluirse que mayoritariamente las deducciones están previstas para la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual en el medio rural y por residencia habitual en municipios

[3] *Vid.* MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO, *Plan de Recuperación. 130 Medidas Frente al Reto Demográfico,* pág. 39. Disponible en: *https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/images/es/plan_recuperacion_130_medidas_tcm30-528327.pdf* [Fecha de consulta: 15/09/2024]

de escasa población. Sin embargo, también pueden encontrarse en la normativa tributaria autonómica deducciones por gastos de guardería en zonas rurales o por gastos de transporte público para residentes en municipios en riesgo de despoblación. Aspectos estos últimos de especial importancia a la hora de fijar población femenina.

Sin embargo, no puede dejarse de mencionar que son numerosos los factores que pueden servir para hacer más atractiva una zona o región. Así, factores económicos, climatológicos, de calidad de vida, entre otros, tienen un peso muy relevante a la hora de adoptar decisiones acerca de un cambio de residencia. En este elenco de circunstancias que pueden hacer más atractivo un determinado territorio la fiscalidad también tiene un peso muy importante a la hora de valorar una posible deslocalización tanto de particulares como de empresas. Todos los aspectos indicados deben valorarse conjuntamente a la hora de tomar la decisión de cambio de residencia.

El objetivo de este trabajo será analizar las deducciones autonómicas que han sido reguladas en Extremadura en materia de vivienda con la finalidad de revitalizar las zonas rurales.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de abordar el estudio de las medidas tributarias que la CCAA de Extremadura ha adoptado en materia de vivienda con el fin de luchar contra la pérdida de población que sufre la región entendemos necesario revisar el marco normativo que avala tales medidas.

La primera de las cuestiones que debe tenerse en cuenta es la finalidad que ha sido conferida a los tributos. Para ello recurrimos al contenido del artículo 2.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) donde se indica que los tributos tienen como fin primordial el obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. Pero esta finalidad principal de obtener ingresos atribuida a los tributos no es única. En el mismo precepto se puede leer que los tributos, además de su función recaudatoria, también pueden servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución. De la lectura del precepto indicado se deduce que los tributos tienen atribuida una doble finalidad al perseguir una finalidad fiscal, que puede considerarse la principal y esencial, y también otros fines diversos, de carácter extrafiscal. Dualidad

de funciones que, además, están íntimamente relacionadas, encontrando a ambas en el régimen jurídico de las figuras impositivas vigentes[4].

De esta forma el tributo se convierte en un instrumento de transformación social que puede atender a la consecución de diversos objetivos ajenos al recaudatorio, como es en el caso que nos ocupa el de servir de herramienta en la lucha contra la despoblación, recurriendo para ello a la regulación de beneficios fiscales. De conformidad a lo expuesto, el sistema tributario se pone al servicio de la sociedad como una vía más de las empleadas por aquellas CCAA que tratan de alcanzar un mayor grado de cohesión social y territorial, en aras de reducir las desigualdades, garantizando los derechos y las oportunidades de los ciudadanos con independencia del lugar que eligieron para residir.

Además, el empleo de medidas tributarias para los residentes en zonas poco pobladas encuentra justificación en nuestra Constitución (en adelante, CE). De un lado, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9.2 CE, que declara: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». En especial las medidas tributarias, al contribuir a garantizar la igualdad efectiva de los residentes en entornos rurales, procurando su progreso social y económico, así como una distribución más equitativa de la renta regional y personal las medidas tributarias adoptadas, encuentran acomodo en lo recogido en el artículo 40 CE, donde se señala: «Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica (...)». También en el artículo 138.1 CE, que indica: «El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular». Igualmente,

[4] Así lo puso de manifiesto CHECA GONZÁLEZ al aseverar: «Dichas funciones, por otra parte, siempre van íntimamente conexionadas, ya que, de la misma forma que no es posible concebir un impuesto que responda únicamente a una función extrafiscal, aunque sólo sea por su intrínseca capacidad de procurar un ingreso a un Ente público siempre que se realice el presupuesto base de la imposición, tampoco parece fácil pensar en un impuesto que esté exclusivamente orientado sólo a una finalidad recaudatoria y ajeno por completo a cualquier efecto no fiscal.». En CHECA GONZÁLEZ, Clemente, «La función de las normas tributarias en el Estado social. Especial consideración de los tributos con finalidad extrafiscal», en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 32, 2015-2016, p. 20.

en lo dispuesto en el artículo 139.1 CE, donde se afirma que: «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado».

En atención a lo expuesto, existe un claro fundamento para impulsar la cohesión social y territorial en las políticas internas de las CCAA, de forma que puedan coadyuvar al crecimiento demográfico y afrontar los retos que supone la lucha contra la despoblación en las zonas rurales. A tal fin, se recurre, entre otros recursos, a la regulación de beneficios fiscales[5].

Las CCAA pueden tomar decisiones respecto de la incorporación de beneficios fiscales en la normativa tributaria haciendo uso del ejercicio de su autonomía financiera. Dicha posibilidad, como es bien conocido, está recogida en la CE en su artículo 156.1, donde se asevera que las CCAA «gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles». Ahora bien, el ejercicio de las competencias normativas en materia tributaria queda sujeta a determinados límites que se recogen tanto en la CE como en el resto de las normas encargadas de regular el sistema de financiación autonómico. En particular, deben mencionarse los artículos 138.2, 139.1 y 2 y 157.2 CE, referidos a la igualdad territorial, la neutralidad y unidad de mercado y al principio de territorialidad. Y el ya citado artículo 156.1, donde se hace referencia al principio de coordinación y de solidaridad; principio este último al que también se refiere el artículo 138.1 CE. Del mismo modo, es imprescindible la referencia a la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA); y, especialmente, a su artículo 19, que respecto de los tributos cedidos señala: « En el ejercicio de las competencias normativas a que se refiere el párrafo anterior, las Comunidades Autónomas observarán el principio de solidaridad entre todos los españoles, conforme a lo establecido al respecto en la Constitución; no adoptarán medidas

[5]En este sentido RAMOS HERRERA señala: «Los beneficios fiscales se tratan de una modalidad de ayuda otorgada por los Estados que encuentran el encaje tanto en los objetivos contemplados en la Constitución Española, como en muchos de los fines sobre cohesión económica, social y territorial que persigue la Unión Europea, debiendo ser compatibles con el mercado único y quedar al amparo de las excepciones previstas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. A este respecto, no debemos olvidar que las Comunidades Autónomas cuentan con autonomía financiera reconocida constitucionalmente pudiendo utilizar sus instrumentos fiscales para incentivar determinadas actividades o territorios, convirtiéndose de esto modo la fiscalidad diferenciada en palanca de desarrollo e igualdad», en RAMOS HERRERA, Antonio José, «Análisis y propuestas de futuro para la aplicación de una fiscalidad diferenciada y sostenible frente a la despoblación en el medio rural», en *Innovaciones jurídicas en materia de gasto e ingreso público frente al desafío de la despoblación* (Dir. María del Mar Soto Moya), edit. Atelier, Libros Jurídicos, 2023, p. 235.

que discriminen por razón del lugar de ubicación de los bienes, de procedencia de las rentas, de realización del gasto, de la prestación de los servicios o de celebración de los negocios, actos o hechos; y mantendrán una presión fiscal efectiva global equivalente a la del resto del territorio nacional».

De otro lado, el ejercicio por parte de las CCAA de competencias normativas sobre los tributos cedidos y, por ende, la regulación de beneficios fiscales en los mencionados tributos, con el fin de lograr objetivos como los relacionados con la revitalización de las zonas rurales, queda sujeta al mandato de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Particularmente para el establecimiento por parte de las CCAA de beneficios fiscales para luchar contra la despoblación en el régimen jurídico del IRPF deben atenderse a las directrices marcadas por la Ley anteriormente mencionada en relación con qué aspectos concretos pueden ser regulados por el nivel autonómico de gobierno.

En cuanto a las medidas tributarias que las CCAA pueden regular haciendo uso de sus competencias normativas debe estarse a lo contenido en el artículo 46 de la Ley 22/2009. Según dicho artículo, en el IRPF las CCAA tienen competencias normativas que les permite regular:

i) El mínimo personal y familiar aplicable para el cálculo del gravamen autonómico, incrementando o disminuyendo las cuantías reguladas en la ley estatal con el límite del 10 %.

ii) La escala autonómica.

iii) Deducciones en la cuota íntegra, cuyo objeto debe ser:

- Circunstancias personales y familiares.
- Inversiones no empresariales.
- Aplicación de renta, siempre que no supongan, directa o indirectamente, una minoración del gravamen efectivo de alguna categoría de renta.
- Subvenciones y ayudas públicas no exentas que se perciban de la CCAA, con excepción de las que afecten al desarrollo de actividades económicas o a las rentas que se integren en la base del ahorro.

iv) Aumentos o disminuciones en los porcentajes de deducción, en el tramo autonómico, por inversión en vivienda habitual, siempre y cuando la vivienda hubiera sido adquirida con anterioridad al año 2013.

Por lo que se refiere a las competencias normativas de las CCAA en el IT-PyAJD están recogidas en el artículo 49 de la Ley 22/2009, y atendiendo a lo dispuesto en este precepto podrán regular:

i) En la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas podrán regular el tipo de gravamen en:

- Concesiones administrativas.
- Transmisión de bienes muebles e inmuebles.
- Constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre muebles e inmuebles, excepto los derechos reales de garantía.
- Arrendamiento de bienes muebles e inmuebles. Los modelos de contrato para el arrendamiento de inmuebles podrán ser elaborados por la propia Comunidad Autónoma.

ii) En la modalidad de Actos Jurídicos Documentados podrán regular el tipo de gravamen de los documentos notariales.

iii) También podrán regular deducciones y bonificaciones de la cuota. En este caso las deducciones y bonificaciones aprobadas sólo podrán afectar a los actos y documentos sobre los que las CCAA puedan ejercer capacidad normativa en materia de tipos de gravamen.

Las CCAA han ejercido profusamente las competencias normativas conferidas para la regulación de deducciones en la cuota íntegra autonómica del IRPF. En el año 2024 el número total de deducciones autonómicas que se encuentran en vigor en la figura impositiva indicada son trescientas cuatro. De esta cifra, las deducciones sobre la cuota íntegra autonómica del IRPF que tienen como objetivo la vivienda, suponen algo más del 19 %, en concreto ascienden a cincuenta y nueve. Siendo quince el número total de CCAA que han hecho uso de sus competencias normativas para establecer beneficios fiscales para la vivienda, vía deducción en la cuota.

No obstante, a esa cifra debe añadirse las deducciones en la cuota íntegra autonómica que incorporan la ruralidad como elemento objetivo imprescindible para su concesión. Aspecto que viene a reforzar la idea de la necesidad de facilitar el acceso a la vivienda en zonas rurales como factor para incentivar que se

fije población o que lleguen nuevos moradores a estas zonas. Son once el total de deducciones autonómicas sobre la cuota íntegra que incorporan la ruralidad como factor específico en la regulación de la deducción autonómica. Esta tipología de deducciones ha sido regulada en nueve CCAA: Andalucía, Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla León, Extremadura, Galicia y La Rioja.

Atendiendo a las cifras indicadas puede concluirse que los beneficios fiscales que tratan de posibilitar el acceso a la vivienda representan un 23 % del total, siendo, en conclusión, las más numerosas.

En relación con el ITPyAJD las CCAA también han regulado beneficios fiscales para adquisición de viviendas en zonas rurales, afectando tanto a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas como a la de Actos Jurídicos Documentados. Así, de la revisión de la normativa autonómica podemos observar que Andalucía, Asturias, Castilla La Macha, Castilla y León, Extremadura o Galicia han regulado tipos reducidos, mientras que la Comunidad Valenciana ha optado por aplicar una bonificación del 50 % en la cuota de la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas para las adquisiciones de inmuebles que se encuentren situados en el término municipal de un municipio en riesgo de despoblamiento que vayan a ser objeto de inmediata rehabilitación y su destino sea el de vivienda.

Sin duda, esta intervención del legislador autonómico ha provocado una enorme dispersión normativa, con regulaciones diversas a la hora de determinar la zona geográfica de intervención, el propio beneficio fiscal, los requisitos para su aplicación, etc.[6]. Lo que evidencia por otra parte que han actuado con las herramientas posibles en el ejercicio de su autonomía financiera, atendiendo a una problemática concreta que afecta a su territorio. No obstante, sería deseable una homogeneización al menos en la determinación de las áreas de intervención, concretando qué territorios son zonas rurales, precisando las zonas geográficas dentro del Estado que acusen una mayor pérdida de población y adoptando unos criterios comunes ya sea atendiendo a la población, a la pérdida de población en un periodo de tiempo determinado, etc.

[6] En relación con esta disparidad normativa SEDEÑO LÓPEZ ha manifestado que «A pesar de las loables intenciones de los legisladores autonómicos, del análisis de esta panoplia de medidas podemos concluir que existe una falta de homogeneidad y coordinación, con requisitos muy dispares para acceder a los beneficios fiscales y falta de evidencias empíricas sobre la efectividad y eficiencia de estas medidas.», en SEDEÑO LÓPEZ, José Francisco, *Instrumentos financieros y tributarios frente a la despoblación: Retos y oportunidades en el contexto del teletrabajo,* edit. Atelier, Libros Jurídicos, 2022, pp. 180 y 181.

La importancia de garantizar el acceso a una vivienda ya sea en propiedad o en régimen de alquiler es fundamental para la reactivación de zonas rurales. Es por ello por lo que debe prestarse especial atención a la realidad del mercado inmobiliario en las zonas rurales, que presenta unas características determinadas que son: la escasez de la oferta de viviendas, un deficiente estado de conservación y dificultades de acceso a la vivienda en régimen de alquiler. Es necesario remover todos los obstáculos relacionados con el acceso a la vivienda en zonas rurales, pues obviamente de lo contrario se estaría poniendo freno a otras medidas que tratan de fijar o atraer residentes y a su vez para el propio desarrollo del mercado inmobiliario[7].

Por lo que se refiere a Extremadura, la mayor parte de las medidas actualmente vigentes adoptadas con el fin de mejorar la fiscalidad de las zonas rurales de la región fueron contenidas en la Ley 3/2022, de 17 de marzo, de Medidas ante el Reto Demográfico y Territorial de Extremadura. En total se regularon siete beneficios fiscales de los cuales tres tuvieron como objeto la vivienda habitual sita en las zonas menos pobladas de la región, concretamente en los municipios y entidades locales menores de menos de 3.000 habitantes.

Es la disposición final segunda de la Ley citada anteriormente la que recoge las modificaciones operadas en el Decreto Legislativo 1/2018, de 10 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de tributos cedidos por el Estado (en adelante, Decreto Legislativo 1/2018) en relación con los beneficios fiscales con los que mejorar la fiscalidad de las zonas rurales de Extremadura, afectando, como anteriormente se ha apuntado, tanto al IRPF como al ITPyAJD.

[7] Sobre la importancia del mercado inmobiliario en zonas rurales, DONADEI, GUTIÉRREZ BARBARRUSA y MENDES LEAL manifiestan: «En el contexto rural la disponibilidad de una oferta suficiente de vivienda adecuada y asequible es un requisito necesario para fijar y atraer nueva población a municipios en situación de declive demográfico. Al mismo tiempo, sin un proyecto de desarrollo rural capaz de fijar y atraer población no se activa la demanda de vivienda. Por todo ello, es preciso un abordaje integrado de vivienda y desarrollo alineado con las actuales políticas de transición ecológica justa y generación de resiliencia frente a la crisis global». En DONADEI, Marta, GUTIÉRREZ BARBARRUSA, Virginia y MENDES LEAL, Luciane, «El papel de la vivienda…», op. cit, p. 197.

III. LAS MEDIDAS TRIBUTARIAS EN MATERIA DE VIVIENDA REGULADAS POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA EN EL IRPF PARA AFRONTAR EL RETO DEMOGRÁFICO

Las deducciones adoptadas frente al reto demográfico en materia de vivienda tienen como objeto la adquisición o rehabilitación y el arrendamiento y tratan de impulsar la revitalización de las zonas rurales, con la fijación de población y la llegada de nuevos residentes.

1. Deducciones por adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual en zonas rurales

En la actualidad están vigentes dos deducciones autonómicas cuyo objeto es la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual situada en zonas rurales. Están recogidas en los artículos 8.4 y 11 *bis* del Decreto Legislativo 1/2018. Con ellas se pretende reducir el coste que para el contribuyente supone adquirir o mantener en buen estado de conservación la vivienda habitual, estableciendo una fiscalidad diferenciada en el caso de que esa vivienda se encuentre en zonas poco pobladas[8].

[8] En relación con la diferencia de trato que supone la regulación de incentivos fiscales para aquellos contribuyentes que adquieran, rehabiliten o arrienden una vivienda GONZÁLEZ ORTÍZ señala: «Las diferencias de trato entre contribuyentes resultantes del establecimiento de una deducción de la cuota íntegra por arrendamiento, adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, como ya se ha señalado, pueden justificarse como una ayuda económica que permita hacer efectivo el derecho constitucional de los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, siempre que se su aplicación se condicione al nivel de renta del contribuyente. Con este fundamento es posible justificar de las diferencias de trato entre contribuyentes que destinan parte de su renta al arrendamiento, adquisición o rehabilitación de su vivienda habitual y aquellos que no lo hacen. Con ese mismo fundamento se pueden justificar las diferencias entre contribuyentes que destinan parte de su renta al arrendamiento, adquisición o rehabilitación de s vivienda habitual, en función de su distinto nivel de renta. Sin embargo, con este mismo fundamento resulta poco razonable tratar de justificar el diferente tratamiento que reciben los contribuyentes en función del municipio en el que residen. Los residentes en pequeñas localidades no parece que necesiten más ayuda para acceder a la vivienda que la que necesitan los demás contribuyentes. El establecimiento de deducciones que solamente pueden ser aplicadas por los residentes en territorios en riesgo de despoblación, de deducciones cuyo importe se incrementa por razón del municipio de residencia, o para cuya aplicación se elimina algún requisito que en otro caso resulta exigible, puede justificarse como medida dirigida a incentivar la fijación de la residencia en estos pequeños municipios». GONZÁLEZ ORTÍZ, Diego, «Las diferencias fiscales entre residentes en municipios en riesgo de despoblación derivadas de las actuales deducciones autonómicas en el IRPF», en *Innovaciones jurídicas en materia de gasto e ingreso público frente al desafío de la despoblación,* (Dir. María del Mar Soto Moya), edit. Atelier, libros jurídicos, 2023, p. 218. Resultan muy interesantes las aseveraciones de este mismo autor al indicar sobre las deducciones de los contribuyentes en el IRPF que: «Se trata de deducciones que diferencian normativamente entre contribuyentes según en qué municipio sean residentes, y que solamente pueden justificarse como beneficios fiscales al servicio de objetivos de carácter extrafiscal. Estas deducciones de la cuota íntegra autonómica solo pueden justificarse como medidas adecuadas para influir sobre la decisión de establecer o mantener la residencia

La primera de ellas, contenida en el artículo 8.4 de texto normativo indicado, es una mejora de la deducción autonómica por adquisición de vivienda para jóvenes y para víctimas del terrorismo con residencia en Extremadura.

La mejora a la que hacemos referencia está prevista para los supuestos en los que la vivienda se sitúe precisamente en municipios o entidades locales menores con población inferior a 3.000 habitantes[9]. Mejora que afecta tanto el porcentaje de deducción como a la tipología de vivienda y a los límites de bases que regula la normativa. Para el caso de que la vivienda esté situada en municipios o entidades locales menores con población inferior a 3.000 habitantes los contribuyentes podrán deducirse un 5% de las cantidades satisfechas con el fin de adquirir o rehabilitar la vivienda habitual. Se incrementan dos puntos porcentuales respecto de la deducción general, cuya regulación prevé que en el caso de

---

en tales localidades, proporcionando a los residentes de estos municipios una transferencia de recursos económicos, en forma de ahorro fiscal, que compense los sobrecostes que soportan por motivo de la lejanía de los centros productores y los servicios. Como consecuencia de la aplicación de estas deducciones autonómicas, dos contribuyentes cuya renta disponible del período impositivo fuera igual, dos contribuyentes que hubieran puesto de manifiesto la misma capacidad económica susceptible de gravamen, siendo uno de ellos residente en un municipio de los considerados en riesgo de despoblamiento, contribuirán en diferente medida al sostenimiento de los gastos públicos. El ahorro fiscal obtenido se justificará como una transferencia de recursos públicos del Estado al contribuyente como retribución, como recompensa, por los beneficios sociales que genera el establecimiento de la residencia en zonas rurales y alejadas de los grandes núcleos de población, que es susceptible de incentivar la decisión de establecer o mantener la residencia en estas localidades». En GONZÁLEZ ORTÍZ, Diego, en «La contribución al sostenimiento de los gastos públicos por residentes en municipios en riesgo de despoblamiento», *Crónica Tributaria,* núm. 186/2023, pp. 24 y 25.

[9] La redacción primigenia de esta deducción no contemplaba su aplicación a las entidades locales menores. Posteriormente, la redacción del apartado cuatro fue modificado por el artículo 45.1 de la Ley 5/2022, de 25 de noviembre, de mejora de los procesos de respuesta administrativa a la ciudadanía y para la prestación útil de los servicios públicos, incorporando a las entidades locales menores. De esta forma, se extiende el ámbito subjetivo y, en consecuencia, el número de contribuyentes con derecho a aplicar la deducción. No obstante, el criterio adoptado por la CCAA de Extremadura no es coincidente con otras CCAA donde se siguen otros criterios a la hora de determinar qué se considera zona rural o con problemas de despoblación. Así, por ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, Castilla y León contempla la misma tipología de entidades, pero en cuanto la población establece que para aplicar los beneficios fiscales regulados para la adquisición de la vivienda habitual la entidad local no puede exceder de 10.000 habitantes o 3.000 habitantes si dista menos de 30 kilómetros de la capital de provincia o en el Principado de Asturias para la aplicación de los beneficios fiscales relacionados con el reto demográfico hace referencia a los Concejos en riesgo de despoblación, que son aquellos que tienen una población de hasta 20.000 habitantes, siempre que la población haya disminuido en al menos un 10 % desde el año 2000. Sobre esta cuestión SOTO MOYA asevera que: «(…) debemos plantearnos si, desde un punto de vista constitucional, es posible, por ejemplo, diferenciar entre residentes en una misma comunidad autónoma, cuestión sobre la que podemos extraer la conclusión de que la riqueza zonas urbanas y, por lo tanto, también es diferente su capacidad económica, lo que justifica una capacidad económica diferente», si bien, continua indicando que «Esto no es óbice para señalar la importancia de una homogeneización en la materia como ya han puesto de manifiesto diferentes autores, ya que creemos que la despoblación es una cuestión de Estado y que, si queremos realmente revertir este proceso, es imprescindible la coordinación y la cohesión desde una estrategia nacional». SOTO MOYA, María del Mar, «Instrumentos fiscales en España frente a la despoblación: la eficacia de los beneficios tributarios en el impulso demográfico de nuestro país», en *Nueva Fiscalidad,* núm. 1, enero-marzo, 2024, p. 54.

que la vivienda esté ubicada en entidades locales que no cumplan el criterio de población establecido para obtener la consideración de zona rural la deducción será de un 3%. En cuanto a la tipología de vivienda, la regulación de la deducción indica que podrá ser aplicada en el caso de adquisición o rehabilitación de una vivienda nueva acogida a determinadas modalidades de vivienda de protección pública, que constituya o vaya a constituir la vivienda habitual del contribuyente. Sin embargo, cuando se trata de una vivienda que se encuentre ubicada en una zona rural no será exigible este último requisito, es decir, no será necesario que la vivienda esté acogida a una modalidad de protección pública. Por último, en cuanto a los límites de las bases imponibles los importes se incrementan respecto de la deducción general. En caso de que la vivienda no esté en una zona rural, la aplicación de la deducción queda condicionada a que la base imponible total no supere la cuantía de 19.000 euros en tributación individual y 24.000 en los supuestos de tributación conjunta. Sin embargo, de conformidad con lo indicado en el artículo 12 *bis* del Decreto Legislativo 1/2018 este límite se mejora en caso de las zonas rurales, de forma que la deducción se aplicará cuando las bases imponibles general y del ahorro de los contribuyentes no superen los 28.000 euros en tributación individual y 45.000 euros en tributación conjunta. Al respecto, debe indicarse que, en el mencionado artículo 12 *bis*, además se indica que este límite referido a las bases imponibles general y del ahorro del IRPF no será de aplicación cuando el contribuyente residente en una zona rural con derecho a aplicar la deducción forme parte de una familia que tenga la consideración legal de numerosa o sea un ascendiente separado legalmente, o sin vínculo matrimonial, con dos hijos sin derecho a percibir anualidades por alimentos y por los que tenga derecho a la totalidad del mínimo por descendientes, previsto en el artículo 58 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio[10].

[10] Sobre el establecimiento de límites en base a las bases imponibles general y del ahorro en el IRPF VAQUERA GARCÍA asevera: «(…) en una gran mayoría de las medidas, se procede a limitar su disfrute de conformidad con la cuantía a la que asciendan las bases imponibles generales y del ahorro de los contribuyentes, lo que es, en cierto modo, un arma de doble filo, pues si bien acomoda los beneficios fiscales a la capacidad económica de los administrados, también impide en ocasiones el que se pueda acceder a las cantidades, lo que puede provocar que a veces no se consigan los fines poblacionales que se buscan, hecho que sí se produciría si se incrementasen dichos límites», en VAQUERA GARCÍA, Antonio, «Las deducciones autonómicas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas para hacer frente a la despoblación», en *Innovaciones jurídicas en materia de gasto e ingreso público frente al desafío de la despoblación*, (Dir. María del Mar Soto Moya), edit. Atelier, libros jurídicos, 2023, p. 204.

El resto de los requisitos que debe cumplir el contribuyente son comunes, y son los que se detallan seguidamente:

i) Que la residencia habitual del contribuyente esté en la CCAA de Extremadura.

ii) Que el contribuyente sea menor de 36 años a la fecha del devengo del impuesto.

iii) Que la vivienda objeto de deducción sea la primera vivienda del contribuyente.

Por último, debe hacerse referencia a la base de la deducción y su límite máximo. Para estas cuestiones la normativa autonómica se remite a la normativa estatal vigente a 31 de diciembre de 2012 para la deducción por inversión en la vivienda habitual. No obstante, debe mencionarse que, respecto a la base de la deducción, en la regulación autonómica se señala que está constituida por las cantidades destinadas a la adquisición o rehabilitación de la vivienda, exceptuando las cantidades entregadas en concepto de intereses. Cuestión esta última sobre la que volveremos más adelante. Y por lo que se refiere al límite máximo de deducción se fija en 9.040 euros anuales, atendiendo a lo previsto por el legislador estatal.

La segunda de las deducciones vigentes en la CCAA de Extremadura fue regulada en la disposición final segunda de la Ley de Medidas ante el Reto Demográfico y Territorial de Extremadura, que introduce el artículo 11 *bis,* en el Decreto Legislativo 1/2018.

Por lo que se refiere al concreto incentivo fiscal, éste prevé una minoración de la cuota íntegra autonómica del 10 % que se aplicará sobre las cantidades satisfechas durante el periodo impositivo tanto por adquisición como por rehabilitación de la vivienda que constituya o vaya a constituir la residencia habitual del contribuyente.

No obstante, la posibilidad de beneficiarse de esta deducción requiere el cumplimiento simultáneo de dos requisitos. El primero hace referencia al criterio de población al que ya nos hemos referido con ocasión del análisis de la anterior deducción y a la tipología de ente local, en concreto se exige que la vivienda esté situada en algunos de los municipios o entidades menores en los que la población sea inferior a 3.000 habitantes. El segundo de los requisitos está referido a la vinculación de la aplicación del beneficio con la entrada en vigor de la norma, sin que se contemplara en su momento su aplicación con carácter

retroactivo. En concreto, la letra b) del apartado primero del artículo 11 *bis* del Decreto Legislativo 1/2018 indica que la adquisición o rehabilitación de la vivienda necesariamente se debe haber producido a partir de la fecha de entrada en vigor de la ley de Medidas ante el reto demográfico y territorial de Extremadura.

En cuanto a la base de la deducción, además de los gastos señalados originados con ocasión de la adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual sita en zonas rurales, también conforman la referida base otros gastos que hubieran sido asumidos por el adquirente y, en los supuestos en los que se hubiera recurrido a la financiación ajena, también formarán parte de la base de la deducción la amortización del capital, los intereses, el coste de los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios regulados en el artículo decimonoveno de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica y demás gastos derivados de la misma[11]. También advierte la norma que, en el caso de hacer uso de los instrumentos de cobertura, los intereses que hubieran sido abonados por las contribuyentes deberán minorarse por las cantidades obtenidas de dicho instrumento, reduciéndose en dicha cuantía la base de liquidación.

[11] Los préstamos hipotecarios de interés variable pueden sufrir alteraciones al alza que comprometan la capacidad de pago de la persona que adquirió la vivienda quede afectada negativamente, riesgo que puede minimizarse mediante instrumentos financieros que eliminen o minimicen el impacto que puede causar un aumento de los tipos de interés. Esta solución fue introducida en el artículo decimonoveno de la Ley 36/2003 estableciéndose que las entidades de crédito deben informar a los deudores hipotecarios sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura de riesgo de incremento del tipo de interés, estableciéndose así una obligación genérica. En el apartado segundo del artículo mencionado se indica: «Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés». De la redacción dada al artículo se deriva una necesidad de asesoramiento personalizado. Así lo indica MAYORGA TOLEDANO al aseverar: «De todo lo anterior debemos inferir, por tanto, que cuando una entidad de crédito ofrezca a un consumidor un producto derivado como cobertura del préstamo hipotecario, siempre y por sistema, este servicio debe necesariamente encuadrarse dentro del asesoramiento financiero con las obligaciones que impone el artículo 213 TRLMV. Si bien es cierto que, en principio, que se trate de productos complejos sólo lleva a priori aparejado la evaluación de la conveniencia, si hay indicios suficientes que revelan la existencia de un servicio de asesoramiento, aunque no esté expresamente contratado. Así, se trata de productos no estandarizados y diseñados específicamente para cada cliente, esto es, son derivados OTC, lo que encaja y se conecta expresamente con la recomendación personalizada característica del asesoramiento. Unido a ello y, a mayor abundamiento, la propia Ley impone a la entidad de crédito que sólo ofrezca al cliente un producto adecuado para él, luego junto a la evaluación de la conveniencia se deben analizar del cliente otras circunstancias personales que completen la evaluación de la idoneidad, exigible en caso de que se preste el servicio de asesoramiento personalizado. No se trata simplemente de dar información adecuada al cliente, sino de seleccionar para el mismo, sólo los productos adecuados.». En MAYORGA TOLEDANO, María Cruz, «Transmisión del riesgo de tipo de interés de préstamos hipotecarios a través de derivados financieros. El deber de asesoramiento en su contratación», en *Revista de Derecho Civil,* vol. II, núm. 4 (octubre-diciembre, 2015), p. 175.

Determinados los conceptos que pueden integrar la base de la deducción la normativa establece dos límites. El primero de ellos está referido al importe máximo de la base de la deducción, que está fijado en 180.000 euros o el importe de adquisición o rehabilitación de la vivienda que da origen a la deducción si este fuera menor. Cuantía que deberá minorarse por los importes recibidos de la Junta de Extremadura en concepto de subvenciones por la adquisición o rehabilitación de la vivienda. El segundo viene determinado por la base máxima a aplicar en cada uno de los ejercicios. Esta base máxima es de 9.040 euros.

Sobre la regulación vigente de las deducciones a las que hemos aludido hay aspectos que merecen alguna consideración. En primer lugar, debe llamarse la atención sobre el hecho de que la norma refiere expresamente a dos tipos de entidades locales sin tener en cuenta otros núcleos de población distintos, como pueden ser las pedanías existentes en la región. Esta delimitación hace que los contribuyentes residentes en esos otros núcleos de población no previstos en la norma no puedan aplicarse el beneficio fiscal, con independencia de que se cumpla el requisito referido al número de habitantes de derecho. Es decir, hoy en día, un contribuyente que adquiera su vivienda habitual en una pedanía que tenga una población de 500 habitantes y dependa de un municipio de más de 3.000 habitantes no tendrá derecho a aplicar las deducciones reguladas en el artículo 8.4 del Decreto Legislativo 1/2018 o, en su caso, del artículo 11 *bis* del mismo texto legal. Cuestión que es criticable, atendiendo al fin teleológico de estos beneficios fiscales, que se pretenden incentivar la adquisición o rehabilitación de una vivienda en zonas despobladas, buscando la revitalización de esas áreas del territorio. Sin poder olvidar que la medida puede resultar contraria al principio de igualdad, pues en este caso el grado de ruralidad no es atendido adecuadamente, al impedir que contribuyentes residentes en otros núcleos de población diferentes a los señalados por la norma puedan beneficiarse de la deducción, y ello, aunque el número de habitantes sea inferior a 3.000. En segundo lugar, es interesante reflexionar acerca del mantenimiento de la vigencia de ambas deducciones, en la medida que tenemos dos medidas tributarias que persiguen idéntica finalidad, que no es otra que dar un tratamiento fiscal diferenciado a la adquisición y rehabilitación de la vivienda en zonas rurales, pero cuya aplicación arroja cierta complejidad al pretender, como hemos señalado, un objetivo común, pero con una regulación diversa. Ello se aprecia en la norma a la hora de concretar los conceptos que integran la base de la deducción. Mientras en el artículo 8.4 del Decreto legislativo 1/2018 se hace referencia a las cantidades satisfechas para la adquisición o rehabilitación, excluyendo los intereses en los supuestos en los que el contribuyente recurrió a la financiación ajena, en el artículo 11 *bis* de la norma citada la regulación de la base

de la deducción es más amplia, incluyendo, además, en caso de financiación ajena, la amortización, los intereses devengados, entre otros. Si bien en relación con los intereses de financiación ajena debe advertirse la compatibilidad de la deducción contenida en el artículo 8.4 y en el artículo 11 *quater*, ambos del Decreto Legislativo 1/2018, artículo este último donde se regula la deducción autonómica por intereses de financiación ajena para la inversión en la vivienda habitual de contribuyentes menores de 36 años, que permite deducir el 25% de los intereses satisfechos durante el período impositivo por préstamos hipotecarios obtenidos para financiar la adquisición de su vivienda habitual, con una base de deducción máxima de 1.000 euros anuales[12]. Vista la diferente forma de concretar la base sobre la que se aplica la deducción debe mencionarse que también es diferente la regulación en cuanto los límites en la aplicación del incentivo fiscal. En este sentido, el artículo 11 *bis* del Decreto Legislativo 1/2018 estable una base máxima de deducción de 180.000 euros o el importe de la adquisición o rehabilitación si fuera menor y, a su vez, la base máxima por ejercicio es de 9.040 euros. No haciendo referencia a las bases imponibles del contribuyente. Sin embargo, en el artículo 8.4 del Decreto Legislativo 1/2018, como se ha mencionado, establece un límite máximo de deducción y condiciona la aplicación del beneficio a que no se superen las bases imponibles general y del ahorro en las cuantías determinadas por el artículo 12 *bis* del Decreto Legislativo 1/2018. Y, por último, la deducción del artículo 11 *bis* del Decreto Legislativo 1/2018 no establece límite de edad para la aplicación del beneficio fiscal. Aspecto que sí es exigible para la deducción del artículo 8.4 del Decreto Legislativo 1/2018, debiendo el contribuyente ser menor de 36 años.

2. Deducción autonómica por arrendamiento de la vivienda habitual: mejora para zonas rurales

En su regulación primigenia, la deducción por arrendamiento de la vivienda habitual en municipios o entidades menores de menos de 3.000 habitantes contemplaba una mejora en el porcentaje de deducción y el límite para su aplicación respecto de las viviendas en régimen de alquiler sitas en núcleos urbanos cuyo número de habitantes superaba esa cifra[13].

[12] Sobre la incompatibilidad de las deducciones reguladas en los artículos 8.4, 11 *bis* y 11 *quater*, el artículo 12 del Decreto Legislativo 1/2018 establece: «La aplicación de las deducciones previstas en los artículos 8 y 11 *quater* anteriores no podrá simultanearse con la regulada en el artículo 11 *bis* de esta Ley».

[13] Con anterioridad a la última modificación del artículo 9.3, llevada a cabo mediante la Ley 1/2024, de 5 de febrero, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Extremadura para el año 2024, la deducción para aquellos contribuyentes que habían accedido a la vivienda habitual en régimen de alquiler

En la actualidad el porcentaje de deducción es el mismo con independencia del lugar donde se encuentre la vivienda, pero se mantiene un límite mayor en el caso de viviendas que se encuentren en el medio rural. Así se regula en el artículo 9.2 del Decreto Legislativo 1/2018, donde se indica que «El porcentaje de deducción será también del 30% con el límite de 1.500 euros, en caso de alquiler de vivienda habitual en el medio rural».

No obstante, esta deducción no es de aplicación general, sino que la norma delimita el ámbito subjetivo, siendo los beneficiarios de este incentivo fiscal ciertos colectivos que suelen presentar dificultades para acceder a la vivienda en régimen de alquiler. Concretamente, los contribuyentes que podrían acceder a este beneficio fiscal son: i) menores de 36 años; ii) los que formen parte de una familia que tenga la consideración legal de numerosa o de una familia monoparental con dos descendientes y iii) personas con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %, judicialmente incapacitadas o cuando se haya establecido la curatela representativa.

Además de estar integrado en el ámbito subjetivo determinado por la norma se requiere el cumplimiento de otros requisitos. Son los que se indican seguidamente:

i) Que se trate del arrendamiento de la vivienda habitual del contribuyente, ocupada efectivamente por el mismo y localizada dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

ii) Que se haya satisfecho por el arrendamiento y, en su caso, por sus prórrogas el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o, en su caso, se justifique la exención de dicho impuesto.

iii) Que el contribuyente no tenga derecho durante el mismo período impositivo a deducción alguna por inversión en vivienda habitual.

iv) Que ni el contribuyente ni ninguno de los miembros de su unidad familiar sean titulares del pleno dominio o de un derecho real de uso o disfrute de otra vivienda situada a menos de 75 kilómetros de la vivienda arrendada.

---

era de un 10 % con el límite de 400 euros, mientras que para los contribuyentes que alquilaran una vivienda en localidades que no cumplieran el requisito de población para considerar que el inmueble estaba en situado en una zona rural, la deducción era de un 5 %, con un límite de 300 euros.

v) Que la suma de las bases imponibles general y del ahorro no sea superior a 28.000 euros en tributación individual o a 45.000 euros en caso de tributación conjunta.

Debe indicarse que, al igual que en las deducciones anteriores, el ámbito de intervención señalado en la norma impide que contribuyentes residentes en otros núcleos de población distintos a los establecidos en la norma puedan aplicarse este beneficio fiscal, aunque su población sea inferior a 3.000 habitantes.

IV. LAS MEDIDAS TRIBUTARIAS EN MATERIA DE VIVIENDA REGULADAS POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA EN EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS PARA AFRONTAR EL RETO DEMOGRÁFICO

El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados grava las transmisiones patrimoniales de carácter oneroso, quedando el adquirente obligado al pago de esta figura impositiva, a título de contribuyente. Rebajar la carga impositiva de la adquisición de la vivienda en zonas rurales es una vía que se viene utilizando por las CCAA para incentivar el mercado inmobiliario en el ámbito rural.

En el caso de Extremadura, para logar tal fin, en el régimen jurídico de este impuesto, tanto en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, como en la Actos Jurídicos Documentados se han previsto tipos de gravamen reducidos, que, como se ha mencionado, reducen la carga fiscal del contribuyente que adquiere una vivienda en municipios y entidades locales menores con una población inferior a los 3.000 habitantes.

1. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales

Es el artículo 44 *bis* del Decreto Legislativo 1/2018 el que recoge el tipo reducido al que nos venimos refiriendo. Concretamente, en el mencionado artículo se establece que se aplicará el tipo reducido del 4 % a las transmisiones de inmuebles que constituyan la vivienda habitual del sujeto pasivo[14].

[14] El tipo general se regula en el artículo 36 del Decreto Legislativo 1/2018. En este artículo se puede leer que, con carácter general, en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas en las transmisiones de bienes inmuebles, así como en la constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre los

La aplicación de este tipo de gravamen reducido conlleva el cumplimento de ciertos requisitos que la norma exige de forma simultánea. El primero de ellos, la localización de la vivienda en las áreas determinadas como zonas rurales; es decir, municipios o entidades locales menores con una población inferior a 3.000 habitantes. El segundo, está referido al valor de vivienda que no puede superar los 180.000 euros. Y, el tercero, establece que la suma de las bases imponibles general y del ahorro del IRPF de la persona que realiza la adquisición no sea superior a 19.000 euros en tributación individual o a 24.000 euros en caso de tributación conjunta y siempre que la renta total anual de todos los miembros de la familia que vayan a habitar la vivienda no exceda de 30.000 euros anuales, incrementados en 3.000 euros por cada hijo que conviva con el adquirente[15].

En relación con la determinación del área de intervención, al igual que ocurre con las medidas tributarias reguladas en el IRPF, se concreta que la vivienda debe estar en municipios o entidades locales menores, prescindiendo de otros asentamientos de población de menor entidad que, como ya se mencionó, a pesar de no superar los 3.000 habitantes de derecho, impide que los contribuyentes residentes en ellos puedan aplicar el beneficio fiscal.

También merece alguna consideración el límite de bases, pues no se ha contemplado por la normativa la ampliación a la que hicimos referencia al analizar las medidas tributarias en el régimen jurídico del IRPF previstas para zonas rurales. En el caso del IRPF, bien porque se contemple directamente en la regulación, bien por aplicación del artículo 12 *bis* del Decreto Legislativo 1/2018, todas las medidas analizadas que inciden en el medio rural podrán aplicarse cuando las bases imponibles general y del ahorro de los contribuyentes no superen los 28.000 euros en tributación individual y 45.000 euros en tributación conjunta. Circunstancia que no se da en el caso del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

---

mismos, excepto en los derechos reales de garantía, la cuota tributaria se obtendrá aplicando sobre la base liquidable la tarifa siguiente:

Porción de base liquidable comprendida entre	Tipo aplicable
Entre 0 y 360.000 euros	8%
Entre 360.000,01 y 600.000 euros	10 %
Más de 600.000 euros	11 %

[15] A los efectos del cómputo de los rendimientos, el artículo 52.1.5ª del Decreto Legislativo 1/2018 establece que «Se equiparan a los cónyuges las parejas de hecho que, en el momento del devengo del impuesto, estén inscritas en el registro que regule la normativa autonómica sobre parejas de hecho».

Además, tampoco se ha previsto la posibilidad de suprimir dicho requisito para el caso de las familias que tengan la consideración legal de numerosa o sea un ascendiente separado legalmente, o sin vínculo matrimonial, con dos hijos sin derecho a percibir anualidades por alimentos y por los que tenga derecho a la totalidad del mínimo por descendientes, previsto en el artículo 58 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Por último, la última de las diferencias entre la regulación contenida en el IRPF y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas es la regulación de un límite económico de la renta total anual de todos los miembros de la familia que habiten en la vivienda, que no se encuentra en ninguna de las deducciones vigentes para zonas rurales en el IRPF.

2. Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados

Según lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto Legislativo 1/2018, el tipo de gravamen general aplicable a las primeras copias de escrituras y actas notariales que quedan sujetas a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados se fija en un 1,50 %. Sin embargo, para el caso de las escrituras públicas que documenten la adquisición de inmuebles destinados a la vivienda habitual que se encuentre ubicada en zonas rurales el tipo de gravamen aplicable es del 0,50 %, tal y como aparece recogido en el artículo 50 *bis* del Decreto Legislativo 1/2018.

Los requisitos exigibles al sujeto pasivo para poner beneficiarse de este tipo reducido son los mismos que los ya señalados para la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

V. ÚLTIMAS REFLEXIONES

El fenómeno de la pérdida de población en nuestro Estado ha encontrado respuesta por parte del legislador autonómico, regulando una serie de beneficios fiscales que tratan de revertir o, al menos, frenar la despoblación de los territorios afectados. Así ha ocurrido también en la Comunidad Autónoma de Extremadura, CCAA que ha regulado incentivos fiscales tanto en el IRPF como en el ITPyAJD.

El análisis de las medidas arroja las siguientes conclusiones. Desde un punto de vista jurídico-formal, la intervención normativa de la CCAA, regulando beneficios fiscales con los que afrontar el reto demográfico de la región, es conforme a las normas que regulan el sistema de financiación autonómica, que avalan y justifican esta intervención. Si se atienden a criterios teleológicos, teniendo en cuenta la situación relativa a la pérdida de población en la región, los incentivos fiscales regulados por la CCAA tratan de revertir o atenuar esta situación, incentivando la permanencia de los residentes en zonas rurales, así como la llegada de otros nuevos. Esta es la finalidad principal. No obstante, nos parece que el hecho de que algunos de los beneficios fiscales que se han regulado tengan por objeto la vivienda en zonas rurales es acertado y necesario. Sobre el mercado inmobiliario en las pequeñas localidades la realidad indica que el acceso en la vivienda en zonas rurales presenta también una problemática concreta, ya sea por su falta de oferta, por las condiciones de habitabilidad de las viviendas, que requieren de una reforma integral para poder ser habitadas debido a su falta de mantenimiento, o por la escasa cultura del alquiler. Circunstancias que dificultan la llegada de nuevos residentes a las zonas despobladas. Desde el punto de vista pragmático, en la actualidad no existen estudios concluyentes sobre la eficacia de las medidas tributarias empleadas para luchar contra la despoblación. No obstante, debe indicarse que las medidas tributarias para afrontar el reto demográfico deben ser una medida más, no la única dentro de todas las acciones que las Administraciones públicas pongan en marcha, de forma que exista una coordinación de todas las políticas públicas para afrontar los problemas relacionados con la pérdida de población.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

checa gonzález, Clemente, «La función de las normas tributarias en el Estado social. Especial consideración de los tributos con finalidad extrafiscal», en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 32, 2015-2016, (p. 1-30).

donadei, Marta, Gutiérrez barbarrusa, Virginia y mendes leal, Luciane, «El papel de la vivienda en la revitalización de ámbitos rurales en situación de declive demográfico. Identificación de Buenas Prácticas en España», en *Hábitat y Sociedad,* núm.16, 2023, (p. 191-227).

garcía caracuel, María, «La cohesión social y territorial en el núcleo del Plan France Relance de impulso económico», en *Innovaciones jurídicas en materia de gasto e ingreso público frente al desafío de la despoblación*, (Dir. María del Mar Soto Moya), edit. Atelier. Libros jurídicos, 2023.

gonzález ortíz, Diego, «Las diferencias fiscales entre residentes en municipios en riesgo de despoblación derivadas de las actuales deducciones autonómicas en el IRPF», en *Innovaciones jurídicas en materia de gasto e ingreso público frente al desafío de la despoblación,* (Dir. María del Mar Soto Moya), edit. Atelier, libros jurídicos, 2023.

gonzález ortíz, Diego, «La contribución al sostenimiento de los gastos públicos por residentes en municipios en riesgo de despoblamiento», en *Crónica Tributaria,* núm. 186/2023.

ministerio para la transición ecológica y el reto demográfico, *Plan de Recuperación. 130 Medidas Frente al Reto Demográfico,* pág. 39. Disponible en: *https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/images/es/plan_recuperacion_130_medidas_tcm30-528327.pdf*

mayorga toledano, María Cruz, «Transmisión del riesgo de tipo de interés de préstamos hipotecarios a través de derivados financieros. El deber de asesoramiento en su contratación», en *Revista de Derecho Civil,* vol. II, núm. 4 (octubre-diciembre, 2015).

ramos herrena, Antonio José, «Análisis y propuestas de futuro para la aplicación de una fiscalidad diferenciada y sostenible frente a la despoblación en el medio rural», en *Innovaciones jurídicas en materia de gasto e ingreso público frente al desafío de la despoblación* (Dir. María del Mar Soto Moya), edit. Atelier, Libros Jurídicos, 2023.

sedeño lópez, José Francisco, *Instrumentos financieros y tributarios frente a la despoblación: Retos y oportunidades en el contexto del teletrabajo,* edit. Atelier, Libros Jurídicos, 2022.

soto moya, María del Mar, «Instrumentos fiscales en España frente a la despoblación: la eficacia de los beneficios tributarios en el impulso demográfico de nuestro país», en *Nueva Fiscalidad,* núm. 1, enero-marzo, 2024.

vaquera garcía, Antonio, «Las deducciones autonómicas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas para hacer frente a la despoblación», en *Innovaciones jurídicas en materia de gasto e ingreso público frente al desafío de la despoblación*, (Dir. María del Mar Soto Moya), edit. Atelier, libros jurídicos, 2023.

FÁTIMA PABLOS MATEOS
Universidad de Extremadura
Derecho financiero y tributario
Profesora contratada doctora
fpablos@unex.es
ORCID: 0000-0003-4249-7097

10.- Ensayo / Traducción

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 591-606
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.591

PROBLEMAS DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EJEMPLIFICADOS EN EL DERECHO PENAL [1]

PROBLEMS OF LEGAL KNOWLEDGE EXEMPLIFIED IN CRIMINAL LAW

ARMIN KAUFMANN

JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO[2]

Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

[1] Original alemán: KAUFMANN, Armin «Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel des Strafrechts, en *Wiessenschaft und Verantwortung*, Universitätstage 1962, de Gruyter, 1962, pp. 45 ss.; nota complementaria: «Das Transpositive im positiven Recht», *Der katholische Gedanke*, 1967, pp. 1 ss. Reedición: KAUFMANN, Armin, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, ed. DORNSEIFER y otros, Heymanns, 1982, pp. 7 ss.- Traducción de José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILlO, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Extremadura.

[2] El presente ensayo de Armin Kaufmann, nunca traducido al castellano y apenas citado en la literatura, constituye una joya en la que se reflexiona sobre el conocimiento que puede proporcionar la ciencia penal, distinguiendo entre el conocimiento seguro, que debe respetar sí o sí el legislador (sólo lo dominable por el hombre puede ser objeto de normación), conocimiento ontológico (o pre-jurídico), y el conocimiento axiológico (jurídico), al que sólo podemos aproximarnos (aunque nunca renunciar a él). ––Esta dicotomía se manifiesta con toda elocuencia en el momento de la aplicación del Derecho, que ha de ser positivo y justo, a la vez, y donde como muestran las excepciones a la prohibición, de matar en legítima defensa, p. ej., éstas sólo pueden concretarse de forma plausible (siempre caben interpretaciones mutuamente discrepantes, condenadas a coexistir), con la única exclusión de lo que bajo ningún concepto puede valer como Derecho justo, mientras que la culpabilidad, p. ej., exige comprobar que el acusado pudo actuar de otro modo. –Más allá del valor intrínseco de esta aportación de Kaufmann a la ciencia penal, resulta especialmente oportuna para terciar en el debate sobre normativización del Derecho penal habido en el paso del siglo XX al XXI, que ha versado también sobre el conocimiento alcanzable por la ciencia penal, pues avala el carácter científico de la dogmática normativista, empeñada en la búsqueda sin término de lo justo de un ordenamiento, y establece el límite infranqueable de lo incompatible con el conocimiento seguro. (Nota de Joaquín CUELLO CONTRERAS).

RESUMEN

En este artículo clásico, escrito hace más de 60 años, pero que conserva su actualidad, Armin KAUFMANN plantea y desarrolla la idea de que la jurisprudencia, como ciencia, ha de perseguir determinar hermenéuticamente lo justo, a partir del Derecho positivo, pero con los límites infranqueables de las estructuras lógico-objetivas de la realidad regulada, lo que en el caso del Derecho penal se concreta en el respeto a la estructura final del actuar humano.

ABSTRACT

In this classic paper, written more tan 60 years ago, Armin KAUFMANN raises and develops the idea that jurisprudence, as a science, must seek to hermeneutically determine what is just, based on positive law, but with the unsurmountable limits of the logical-objective structures of regulated reality, which ihn the case of Criminal Law takes shape in respect for the final structure of the hnuman action.

La jurisprudencia es una ciencia que, si se reflexiona en profundidad, ha de ponerse en duda ella misma; una ciencia que debe cuestionarse si su objeto de referencia es en absoluto verificable y por tanto si es que existe ella misma como ciencia. Bien es verdad que la ciencia jurídica es ciencia *del* Derecho. Y al objeto "Derecho" vinculamos todos nosotros (tanto juristas como no juristas) una noción concreta: Derecho es lo que se ordena, lo que se decreta para regular la sociedad por parte del Estado, o con su aprobación, tal como lo encontramos en las recopilaciones legislativas y boletines oficiales. Desde la Constitución a las normas reglamentarias, este objeto de la jurisprudencia comprende todo el Derecho escrito; añadiendo el denominado Derecho consuetudinario, no escrito (dentro de los límites en que la *lex scripta* admite su aplicabilidad), llegamos hasta el concepto del denominado Derecho *positivo*. Y a esto aludimos, de hecho, cuando, sin pararnos a pensar, hablamos de "nuestro ordenamiento jurídico" o del "Derecho de nuestro Estado".

Naturalmente, el propio concepto de "Derecho positivo" ya indica que se trata de una postura determinada, de una concepción del Derecho. Si existe el Derecho positivo, también tiene que haber (parece que se quiere decir) Derecho *no* positivo. Y de hecho también hablamos del denominado Derecho

suprapositivo, ya sea el Derecho Natural, el Derecho Divino, el Derecho Racional, el Derecho "correcto" ajustado a la idea de lo justo, etc.

Ahora bien, el Derecho positivo y el suprapositivo no son, en modo alguno, por así decir dos partes de un ordenamiento jurídico total. Por el contrario, se contradicen genéricamente en su pretensión de validez. La contraposición queda oculta, en tanto que el Derecho positivo y el suprapositivo coinciden en cuanto a su contenido. Sin embargo, dicha contraposición se pone de manifiesto cuando uno y otro aportan enunciados materiales contradictorios. Y esto es precisamente la regla general, porque no existe un Derecho suprapositivo *unitario*, sino solo un número difícilmente abarcable de concepciones del Derecho "justo". El Derecho suprapositivo basa su pretensión de validez en la calidad de su contenido o de su origen; el Derecho positivo afirma su validez porque está *ahí*, porque se impone, porque se le obedece.

Entonces, "Derecho vigente" es un pleonasmo; pues el ordenamiento jurídico como ordenamiento de lo que debe ser solo existe con efecto obligante en tanto que rige, en tanto que está vigente para los miembros de la comunidad jurídica. Y si solo está vigente el Derecho positivo, el que se impone, entonces solo *aquí* hay Derecho. Al estarle negada la vigencia al denominado Derecho suprapositivo, también le está negado el ser Derecho.

Esta es precisamente la postura del *positivismo* jurídico, que dominó en los últimos decenios del siglo XIX y en los cuatro primeros del XX en Alemania y que, si no me engaño, vuelve a avanzar en la actualidad.

A la difusión del positivismo han contribuido numerosas corrientes: la escuela histórica dejó de interesarse por la mera elucubración filosófica y se centró en los *hechos jurídicos*. El mismo efecto tuvo la asunción del pensamiento de las ciencias naturales en las del espíritu; en la jurisprudencia, esta asunción situó en el centro, como objeto único de la investigación empírica, a la *realidad del Derecho*, esto es, al Derecho aplicado, el que se impone, el positivo. Y la *fe en el progreso*, ininterrumpida al menos hasta la I Guerra Mundial, en la jurisprudencia buscó y encontró su confirmación en el Estado de Derecho liberal; este puede que mostrara aún, en parte y provisionalmente, *mal* Derecho; pero que lo *in*justo se pudiera positivizar como Derecho, parecía inconcebible. Hasta se recurrió a la filosofía, a saber, a la Escuela Suroccidental del neokantismo (traducida a relativismo jurídico), para afianzar la posición del positivismo.

El positivismo jurídico halló su expresión formal más acabada en el sistema de la denominada *teoría pura del Derecho*, cuyo fundador, Hans KELSEN, aún

la sostiene, no obstante su reciente giro a la teoría imperativista. La teoría pura del Derecho se convierte en ejecutor consecuente del planteamiento positivista; Derecho será solo aquella exigencia que se conmina con un acto de coerción estatal en caso de que se la desobedezca; dependiendo la validez del Derecho, o sea, el ser Derecho, de la *conminación coactiva*.

También para la *Ciencia jurídica* extrae de ahí sus consecuencias la teoría pura del Derecho. La jurisprudencia ha de limitarse estrictamente a las normas dotadas de conminación coactiva; a analizarlas, sistematizarlas y aplicarlas. Cualquier mirada que se dirija más allá constituirá mera especulación, será metodológicamente ilegítima; y justo por eso se llama a esta concepción teoría *pura* del Derecho. El jurista se convierte en un mero técnico del Derecho, que ha de aproximarse lo más que pueda al ideal de la máquina de subsumir. Ni siquiera la labor legislativa es tarea suya; legislar no es un problema de la *Ciencia jurídica*, sino exclusivamente de la política.

Claro que esta imagen, tan sugestiva por su claridad, del Derecho positivo nunca se ha ajustado a la *realidad del Derecho*, ni siquiera en la época cumbre del positivismo. Aun cuando partiéramos de acotar el Derecho como lo caracterizado por la coerción, la jurisprudencia tendría que liberarse de las ataduras impuestas por la teoría pura del Derecho; pues también a esta teoría se le plantea el problema de *para qué* casos se prevé la conminación coercitiva, esto es, el problema de la *interpretación* del Derecho.

Ningún ordenamiento jurídico (tampoco precisamente el aludido por el positivismo) es completo, en el sentido de tener lista una solución para cada caso imaginable, una solución referida directamente al caso concreto. Ahora bien, podrá debatirse si tal carácter completo, en el sentido de comprender todos los fenómenos con relevancia social, forma parte de la esencia del ordenamiento jurídico; este sería ya (al menos para la mentalidad de la teoría pura del Derecho) un planteamiento metajurídico. Sin embargo, también para el positivismo hay que conseguir tener claro, negativamente, *dónde* no opera el Derecho; y positivamente, *cómo* está regulado lo sí abarcado. Toda interpretación jurídica que no se limite a la interpretación gramatical, trasciende al Derecho positivo; pues *siempre* se trata de la cuestión de si cabe trasladar, o no, la regulación positiva *de un* grupo de casos a *otro*. Los criterios para decidir en uno u otro sentido solo en apariencia lo son del Derecho positivo; en realidad, el denominado Derecho positivo no es capaz de proporcionarnos ningún criterio para los supuestos *discutidos*.

Valga un ejemplo, de entre innumerables: el § 53 del Código penal, en concordancia con el § 227 del Código civil, declara justificada la legítima defensa. Lo que significa que quien obra en legítima defensa no incurre en responsabilidad penal ni está sujeto a responsabilidad civil. La legítima defensa se define como aquella que resulta necesaria para repeler una agresión actual y *antijurídica* dirigida contra uno mismo o un semejante. Pues bien, el ámbito de aplicación de esta denominada causa de justificación depende decisivamente, entre otros aspectos, de cuándo un ataque es "antijurídico". En esta cuestión caben al menos dos interpretaciones, y las dos cuentan con partidarios: por una parte, se puede determinar la antijuricidad desde el punto de vista del *atacante*, preguntando cuándo es antijurídica la acción del agresor. Por otra, puede contemplarse la antijuricidad de la agresión desde la perspectiva el *agredido*, preguntando qué ataques no tiene este ya que tolerar.

Desde el Derecho positivo resulta imposible hallar respuesta a esta pregunta. Desde luego, no es correcto aducir, por ejemplo, que en la legítima defensa se trata del conflicto entre bienes del agredido -vida, salud, propiedad- y bienes del agresor -p. ej., vida y salud-, y que estos *bienes jurídicos* están valorados positivamente, y por eso protegidos, en otro lugar de nuestro ordenamiento jurídico positivo. Esto no significa nada para nuestra cuestión, pues precisamente debemos decidir, mediante interpretación, *cómo* ha de juzgarse este conflicto de bienes jurídicos en la *concreta* situación de legítima defensa, y justamente eso no nos lo indica el Derecho positivo. Los criterios con los cuales nosotros -jurisprudencia y ciencia- debemos decidir aquí los tomamos de nuestra racionalidad jurídica. Lo que significa que en toda interpretación legítima [3] hemos de desarrollar una noción (si bien

[3] Bien es verdad que la aplicación del Derecho en sentido estricto consiste en el esclarecimiento del supuesto de hecho y en su subsunción en la proposición o regla jurídica como premisa mayor. En esta medida, junto a la investigación meticulosa del supuesto de hecho solo se requeriría el conocimiento del Derecho necesario para aplicar la proposición jurídica.
Pero esta regla jurídica en la que hay que subsumir no está en realidad aún disponible en el Derecho positivo: o bien no en absoluto -así, en las lagunas de la ley- o bien solo lo está como material en bruto, más o menos preelaborado, el cual, para aplicarse, aún requiere ulterior elaboración, es decir, *interpretación*. Pero toda interpretación que vaya más allá de constatar la norma y su tenor literal (o más allá de comprobar la costumbre), o sea, toda interpretación genuina, es más que mera aplicación de la ley; consiste en *hallar* el Derecho (en creación jurídica, Rechts*findung*). Y precisamente por eso la aplicación del Derecho en sentido amplio es una parte de la Ciencia jurídica; es el intento de conocer el Derecho correcto.
Así pues, en nuestro contexto es esencial el hecho de que para esa búsqueda del Derecho correcto mediante la interpretación del Derecho positivo, las reglas del Derecho positivo precisamente no son capaces de proporcionarnos criterio alguno, en todo caso no criterios que sustenten la decisión. Bien es verdad que para interpretar en el caso dudoso hay que recurrir al ordenamiento jurídico en su totalidad. Y ciertamente de ahí se desprende una multitud de puntos de vista y de modelos de

limitada) del Derecho "correcto". En todo caso, no podemos hacer de la *conminación coactiva* el criterio de nuestra decisión, pues precisamente de eso se trata, para empezar: de si, y en qué medida, ha de operar la conminación penal.

Así que no es extraño, sino evidente, que en la argumentación de los positivistas decididos aparezca la invocación a la "naturaleza de las cosas" o expresiones sinónimas, en que ya por la elección de conceptos se pone de manifiesto que se trata de algo *más* que de extraer la regla jurídica de la mera existencia del acto coactivo. Por esto también la teoría pura del Derecho tendrá que admitir que la jurisprudencia es una ciencia *normativa* en sentido propio.

---

regulación que han de tenerse en cuenta para la concreción correcta de la proposición jurídica que ha de interpretarse. Pero, en todo caso, el argumento *más convincente* sigue siendo la ausencia de contradicciones del ordenamiento, que ha de concebirse como unidad; principio, por lo demás, que es especialmente difícil de manejar en el ámbito de la axiología.

Tampoco la teoría de la interpretación como metodología de la interpretación alcanza a cambiar nada en este panorama; pues, por una parte, dicha teoría es en sí misma discutida, y por otra, ni el mejor método de interpretación puede conseguir más que el que no quede sin considerar ningún elemento relevante en la ponderación axiológica. Por el contrario, precisamente la metodología de la interpretación moderna, orientada teleológicamente, pone de manifiesto que los criterios de decisión con respecto a la corrección de la solución jurídica no cabe extraerlos del tenor literal de la ley positiva. Lo cual rige también para el Derecho penal, aun cuando aquí las posibilidades de interpretación parecen estar drásticamente restringidas, debido a la vigencia del principio de "nullum crimen sine lege stricta et scripta". Sin embargo, el propio ámbito de aplicación de este principio es objeto de discusión (p. ej., precisamente que sea aplicable a las causas de justificación). E igualmente resulta problemático su alcance. En todo caso, también en el Derecho penal, los conceptos en apariencia simples, descriptivos (persona, cosa, documento, accidente) requieren una laboriosa interpretación teleológica, por no hablar de los conceptos jurídicos indeterminados, como p. ej. responder a la cuestión de cuándo una coacción ha de considerarse "reprobable", o cuándo "contraria a las buenas costumbres" una acción.

Totalmente abandonados por la literalidad de la ley nos encontramos en el denominado delito de omisión impropia: el que no evitar un resultado sea punible del mismo modo que su realización mediante hacer positivo, no lo dice la regulación positiva ni siquiera de modo indiciario. Y no es mejor la situación en el caso de los delitos imprudentes: ni el propio concepto de imprudencia, ni la valoración central del delito (el deber de cuidado y la infracción del deber de cuidado) se encuentran siquiera aludidos en la ley penal.

De este modo, no salimos de la paradoja aparente de que la aplicación del Derecho requiere interpretarlo; pero la interpretación apunta más allá de lo establecido positivamente; reflexiona sobre lo que es correcto, y ello no cabe extraerlo del propio Derecho positivo. Toda interpretación del Derecho positivo significa desarrollar una noción parcial del Derecho correcto o justo.

De este hallazgo cabe extraer una consecuencia: obviamente, no nos es dudosa la *existencia* del objeto de nuestro esfuerzo, es decir, la existencia de proposiciones jurídicas correctas, y ello ni siquiera porque los criterios de interpretación no se encuentren precisamente en la literalidad del denominado Derecho positivo. Tampoco para los positivistas jurídicos resulta dudosa la existencia del Derecho positivo porque no se le pueda aplicar (y por tanto tampoco imponer) sin que previamente, con ayuda de criterios transpositivos, se haya determinado el contenido correcto de la norma que ha de aplicarse. Pero entonces no cabe negar que también la reflexión sobre contenidos jurídicos correctos que no se desprende de la literalidad de una ley formulada, sin embargo tiene un objeto existente: a saber, el Derecho correcto, el Derecho natural, el Derecho transpositivo.

También lo tiene que admitir por otro motivo; y es que la quintaesencia de su enunciado -de que el Derecho solo "existe" debido a que hay conminación coactiva- la designa ella misma como teoría *del Derecho*. Pero una teoría del Derecho -precisamente también una básica- tiene que admitir que la ciencia del Derecho le verifique si cabe mantenerla.

La validez del Derecho se demuestra y reafirma por su *eficacia vinculante*. ¿De donde toma si no la teoría pura del Derecho la obligatoriedad de sus normas? *La coacción fuerza, pero no obliga*. Y conminar con coacción puede *forzar* a cumplir una exigencia, pero ciertamente *no* significa que tal cumplimiento alcance a ser *obligación jurídica*. De lo contrario, la exigencia de un extorsionador constituiría una norma jurídica.

Bien es verdad que se trata de una conminación con coacción estatal, cuya ejecución se encomienda a los órganos del Estado, a su vez bajo esta *coacción* con que se conmina. Pero ¿acaso la meticulosa organización del campo de concentración con cámaras de gas y hornos crematorios va a ser un ordenamiento jurídico con eficacia vinculante solo porque la *conminación coactiva estatal* la respalde? ¿No existe el Estado precisamente *por el Derecho*, y no el Derecho por el Estado?

E incluso si el Derecho solo lo fuera en virtud del Estado, ¿en qué se distingue el Estado *de otros* detentadores *de poder*, y con ello la norma coactiva estatal como Derecho en qué se distingue de la mera *violencia*? Aquí la teoría pura del Derecho no tiene ningún criterio más que ofrecer para distinguir entre el cabecilla de la banda y el más alto órgano del Estado. No es de la coacción de donde obtiene la exigencia de deber su obligatoriedad, y con ello su validez como Derecho, sino que la obtiene solo de su *contenido*, de su *valor*, de su *corrección* interna.

Este es también, en cuanto al enfoque, el sentir del *relativismo* jurídico, que tiene por representantes más conspicuos a M. E. MAYER y Gustav RADBRUCH. Mediante un proceso mental habitual, este enfoque se transforma primero en relativismo valorativo y por último en positivismo jurídico. El relativismo de los valores se convierte en "absolutismo" del Derecho positivo.

El relativismo parte de que ciertamente existe una idea de Derecho, una idea del Derecho correcto, pero que no se ha conseguido llenar de contenido *concreto* a esta idea de Derecho: cierto que discernimos valores jurídicos, o al menos concepciones que requieren valores jurídicos, pero no qué jerarquía existe entre estos valores jurídicos y cómo ha de regularse el inevitable conflicto

entre ellos. De la imposibilidad de discernir el Derecho correcto se deriva entonces la relatividad de los valores jurídicos.

La declaración que constituye aquí el punto de partida es -al menos en general- correcta: de hecho no hemos conseguido, de modo totalmente convincente, demostrar regulaciones *concretas* como Derecho *correcto*. Sin embargo, la conclusión (que de ahí se extrae) de que resultaría *imposible* discernir contenidos jurídicos correctos, es radicalmente falsa. Del hecho de que no se *ha* discernido lo que es Derecho correcto, no se desprende que sea imposible discernir el Derecho correcto. Esa tesis solo se podría confirmar demostrando que es *imposible en general* conocer cuál es el Derecho correcto. Tal demostración no se ha producido hasta la fecha. (Dicho sea de pasada: de la propia imposibilidad de discernir el Derecho correcto no se puede deducir la *no* existencia del Derecho correcto.)

También resulta endeble el enunciado acerca de la relatividad de los valores jurídicos; pues queda por aclarar cómo, a pesar de la imposibilidad de conocer, sí es posible discernir los valores jurídicos en su relatividad.

Y resulta evidente que, asimismo, el principio de la indiscernibilidad del Derecho correcto y de la relatividad de todos los valores jurídicos es peligrosísimo desde la perspectiva de la política jurídica; pues nos despoja de la defensa intelectual frente a todo lo que aparezca afirmando ser el Derecho "correcto"; a ello nunca podría negársele su relativa corrección.

Ahora bien, el relativismo jurídico -desde el punto de vista de política jurídica-, con todos sus aspectos negativos, contiene al menos algo positivo: el hecho de que la postura relativista hay que admitirla *también* frente al *Derecho positivo*. También el Derecho positivo podría encarnar valores solo *relativamente* correctos, reclamar solo validez *relativa*. No obstante, precisamente en *este* lugar se transforma el relativismo en positivismo: dado que la yuxtaposición de distintas concepciones sobre el Derecho correcto sería intolerable y la ciencia no podría llevar a cabo ninguna selección vinculante, tendría que adoptar la decisión una *tercera* instancia (el poder, el Estado). Dicho de otro modo, en palabras de *Radbruch*: "El Derecho… rige *si* es capaz de imponerse efectivamente."

Pero así no se hace sino añadir una contradicción más a las ya existentes: pues si no sabemos lo que es Derecho, e incluso resulta imposible discernirlo, ¿cómo podemos llegar a discernir si el ordenamiento *que se impone* es el ordenamiento *jurídico*? O bien *tenemos* en principio la posibilidad de discernir lo que es Derecho; y entonces cabría pensar -aun cuando hasta hoy no se haya

demostrado- que *el que se impone* es también Derecho correcto (y con ello precisamente Derecho). O bien *no* tenemos esa posibilidad de discernir (con arreglo a la posición básica del relativismo); y entonces es también imposible manifestar que el denominado Derecho positivo sea en absoluto Derecho. *Tertium non datur*, a no ser que también el principio de que posibilidad e imposibilidad se excluyen recíprocamente resultara ser solo *relativo*.

Para fundamentar el positivismo jurídico se aduce asimismo otro aspecto, también por parte de los relativistas, pero no solo por ellos. Todo ordenamiento que se impone ofrece al menos una cosa, a saber: la *seguridad jurídica*. Y esta seguridad por medio del ordenamiento constituye un alto valor, propio del Derecho, que es capaz de sustentar por sí solo la validez y la obligatoriedad de las formas de ordenación efectivas, o sea, del Derecho positivo.

De hecho, parece ser la función básica de todo ordenamiento jurídico que genera paz jurídica, el que cree seguridad jurídica y ponga fin al *bellum omnium contra omnes*.

Pero este razonamiento da por supuesto aquello de lo que realmente se trata. El propio concepto lo indica, en el fondo: la seguridad jurídica es seguridad *del Derecho*; allí donde no se asegura lo justo -sino p. ej. lo *in*justo- bien podrá reinar la seguridad, pero desde luego no la seguridad *jurídica*. La perfecta seguridad de la organización cotidiana en el campo de concentración no es seguridad jurídica; y la ordenación efectiva que se consigue con *esta* seguridad no es parte del ordenamiento jurídico. No de esa seguridad que proporciona, sino solo de los *valores* que asegura, puede una ordenación derivar su fuerza vinculante y con ello su carácter de ordenamiento jurídico. Pero precisamente esto es lo que quiere evitar el positivismo.

El recurso a la seguridad jurídica contiene, ciertamente, una verdad, pero no de carácter normativo, sino histórico-estadístico: la mayoría de los ordenamientos protege, al menos en parte, auténticos valores jurídicos. Y en tanto que ataco este ordenamiento para sustituirlo en su parte injusta por otro mejor, a menudo pongo en peligro o lesiono precisamente los bienes que constituyen bienes jurídicos. Aquí reside la problemática de toda resistencia, de toda insurrección contra un ordenamiento establecido.

De todo lo cual se desprende que no cabe fundamentar el positivismo jurídico. Por el contrario, los intentos de fundamentarlo ponen de manifiesto que presuponen de entrada la corrección de lo que cabe llamar Derecho. Está demostrado que la fuerza vinculante de una exigencia dirigida a los seres humanos

solo puede derivarse de su *contenido*, de su corrección, de lo valioso de lo exigido.

También el impacto *externo* del positivismo ha disminuido notablemente tras las experiencias del III Reich y de la época posterior. El positivismo no estaba a la altura de lidiar con la problemática del Estado de injusticia, ligada a la raíz misma del Derecho, que se planteó entonces (y todavía hoy). Por eso, pudimos asistir desde la Guerra a un retorno al Derecho suprapositivo, a un nuevo florecimiento de las concepciones del Derecho natural en el más amplio sentido del término.

No obstante, en este debate en torno al Derecho correcto nos encontramos en una situación incómoda que, si se malinterpreta (y ya se ha malinterpretado), lleva (y ya ha llevado) a una revitalización del positivismo.

La situación en Filosofía del Derecho es hoy esta: no cabe obtener enunciados *seguros* sobre contenidos jurídicos *concretos*. Hasta ahora no ha sido posible comprobar, con una convicción que resista toda crítica, cómo ha de ordenarse correcta y necesariamente una situación, suficientemente concretada, de la convivencia humana. Quizá se ha obtenido conocimiento en cuanto a los principios generales. Pero en cuanto a las conclusiones (y únicamente estas cuentan en definitiva en la jurisprudencia) ni de lejos se alcanza convicción alguna.

Welzel ha demostrado, con respecto a las concepciones sobre el Derecho natural de cuño tanto antiguo como moderno, que a partir de ellas no cabe obtener conocimientos irrebatibles acerca de lo correcto de contenidos jurídicos *concretos*. Y WEISCHEDEL ha expuesto gráficamente que también fracasa el recurso a la ética filosófica; ni siquiera la ética (incluida la ética material de los valores, de *Hartmann* o *Scheler*) puede aportar ningún sistema *concluyentemente* demostrado de valores o incluso de reglas para los supuestos de conflicto.

Permítaseme ilustrar la problemática de que aquí se trata con un ejemplo relativamente sencillo: el Derecho se define como la regulación de la convivencia humana. Por eso, el ser humano en su existencia específicamente humana se halla en el centro del ordenamiento jurídico, como objeto suyo y como sustentador de múltiples aspectos. Yo puedo expresar esta idea de infinidad de formas y deducir de ahí que el ordenamiento jurídico no puede aniquilar a *su propio objeto*, el ser humano, sino que justamente ha de protegerlo.

Lo cual parece significar que, así, la prohibición de matar se hace directamente comprensible y ajena a toda duda.

Pero en el fondo solo se ha demostrado esto: que un ordenamiento que permita o incluso prescriba *en todas* las *circunstancias* concebibles la muerte de todas las demás personas, no es un ordenamiento *jurídico*. Quizá cabría entonces decir que con ello queda confirmada la necesidad de la prohibición de matar. Si es así, entonces solo incipientemente, como un principio supremo que está a la espera de su concreción. Según el planteamiento del jurista: ¡la *regla* claro que la percibo; la *excepción* es lo que me falta! ¿Qué hay de la admisibilidad de la pena de muerte? ¿Y el matar al enemigo en tiempo de guerra? ¿Y la muerte en legítima defensa, por volver a nuestro anterior ejemplo? ¿Me está permitido *matar* para defender mi *propiedad*?

Antaño, PUFENDORF, en nombre del Derecho natural, reclamó un derecho a defenderse muy riguroso, con arreglo al principio: "El Derecho no tiene por qué ceder ante el injusto", frente al Derecho positivo de su época. Hoy, una vez que el Derecho positivo hace tiempo que ha asumido el principio de legítima defensa en toda su agudeza, este se nos ha vuelto dudoso, al menos en cuanto a su alcance.

Al respecto un ejemplo que la mayoría de los juristas, entre ellos, identificarán como caso de manual: Un muchacho está sentado frente a un cerezo de propiedad ajena, atiborrándose y llenándose los bolsillos de cerezas. El hortelano, paralítico, que lo ve desde la lejana ventana de su casa, no tiene otra posibilidad de repeler esta agresión antijurídica contra su propiedad que matar al chico de un disparo certero. Según la literalidad de la ley, no hay duda de que se da legítima defensa justificada.

Si queremos exacerbar el caso hasta lo grotesco, sustituyamos al chico por un mono que acaba de escaparse del circo. Con respecto a cosas -entre las que se cuenta el mono- la destrucción no está permitida si resulta desproporcionada con respecto al daño que amenaza producirse. Así pues, al mono el hortelano *no* podría matarlo.

Pero calma. Hoy decidimos casi unánimemente en el sentido de que *tampoco* matar al chico está amparado por el derecho a la legítima defensa. Decidimos, pues, contra la ley *positiva*, si bien con fundamentación diversa. Y no ha de extrañar, pues hasta hoy no se ha puesto de manifiesto irrefutablemente si esa decisión es la *correcta* o no, y cómo ha de determinarse *en general* el alcance del derecho a la legítima defensa.

Quizá se ofrezca para tales casos dudosos el recurso a la *conciencia*; si es que contáramos en la conciencia con un lugar para el *sentir* (Erlebnis)

metafísico. Este recurso está muy difundido, y a él se alude precisamente con el "*sentimiento valorativo*" correcto d Nicolai HARTMANN, con el "*sentimiento jurídico*" de muchos juristas o con la "sensación inmediata del deber ser" de LAUN.

No puedo abordar aquí la problemática epistemológica, si bien cabe señalar que "*con-ciencia*" (Ge-wissen) no por casualidad proviene de *ciencia* (Wissen). Sin un conocimiento existente o un conocimiento nuevo, que se haya obtenido mediante comprobación "concienzuda", no cabe ninguna decisión en conciencia; lo cual nos lo corrobora a nosotros, los penalistas, el caso del autor por convicción. También la tensión *de la conciencia* es, pues, un acto de conocimiento y requiere *prueba*, como todo conocimiento. Pero de esto es precisamente de lo que estamos tratando.

Las dudas, que no pueden descartarse ni siquiera con respecto a un bien jurídico tan elevado e indiscutible como la vida humana, documentan la problemática de la lucha por el Derecho correcto: la del hecho de que no se hayan conseguido demostrar concluyentemente, para situaciones concretas de la convivencia humana, las reglas correctas correspondientes.

De la situación actual de la cuestión[4] se desprende, a mi juicio, lo siguiente:

1. El que *concretos* contenidos jurídicos no se hayan podido demostrar no implica nada sobre la *posibilidad* de llegar a discernirlos, y mucho menos sobre la *existencia* del Derecho. El desconocimiento no debe equipararse a la imposibilidad del conocimiento, ni tampoco a la

[4] Reanudar la reflexión lleva hoy (1967) a formular así el resultado de estas consideraciones:
1. El Derecho positivo, al ser interpretado, se halla ante la misma problemática metodológica que el Derecho suprapositivo en la configuración de su contenido (y como las consideraciones *de lege ferenda*). La diferencia reside en que en el ámbito del Derecho positivo tanto el punto de partida como el marco de la reflexión está en lo correcto transpositivamente.
2. La verificación concluyente de contenidos jurídicos suficientemente concretos (aplicables) hasta ahora no se ha conseguido ni en uno ni en otro, sin que quepa extraer de ahí conclusiones relativas a existencia o validez.
3. Quizá debamos indagar acerca de otro método de argumentar que es más adecuado para la ciencia del Derecho, al menos en tanto que practica la axiología. Quizá tengamos que conformarnos, en lugar de requerir la plena convicción de la prueba, con alcanzar un *principio calibrador de la plausibilidad*, aun a riesgo de que dos contenidos jurídicos de la misma plausibilidad adecuada se excluyan mutuamente. Quizá debamos, aún más que hasta ahora, intentar, arrojando luz sobre criterios positivos o negativos, excluir si acaso la corrección de un contenido de una regulación; *prima facie* parece más fácil que dé resultado este proceder negativo.
4. En todo caso, sin embargo, la lucha por el Derecho correcto o justo es un problema cotidiano de la jurisprudencia, no solo un campo específico de los cultivadores del Derecho natural. En la problemática metodológica coinciden la interpretación del Derecho positivo y la obtención del Derecho suprapositivo.

inexistencia del objeto del conocimiento.

2. Está cerrado ya el retorno al positivismo, *demostrablemente*.

3. La Ciencia jurídica tiene planteada la tarea de seguir esforzándose por conseguir discernir las reglas jurídicas correctas en cada caso. A esta tarea se dedica todos los días -en parte consciente, en parte inconscientemente- al esforzarse por la interpretación correcta sirviéndose de criterios que precisamente no pueden extraerse del Derecho positivo.

4. En particular, la filosofía del Derecho debería plantearse otra tarea más (quizá más modesta): Si hasta hoy no se ha conseguido demostrar el "cómo" correcto de cada una de las reglas jurídicas, separando así esmeradamente del Derecho todo no-Derecho, en tanto que no correcto; más fácil resultaría separar al menos una *parte* del no-Derecho empleando criterios positivos o negativos. *Este* planteamiento es más sencillo: se trata solo de los criterios que el Derecho debe o no debe ostentar, sin que se le dote de contenido con precisión.

   ¿No se conseguiría, digamos, poner de manifiesto convincentemente que las reglas con las que en una banda se reparte el botín no son normas *jurídicas* y que las órdenes de matar en el campo de concentración no son parte del ordenamiento *jurídico*? Puntos de partida para ello existen en la ética, en las teorías iusnaturalistas y en la filosofía del Derecho.

5. Del debate sobre el contenido correcto que convierte en cada caso las reglas en normas jurídicas, han de descartarse problemas que por razón de materia y de metodología están situados en muy otro lugar, y abordar los cuales solo conduciría a error.

A este punto de partida vamos a dirigirnos ahora. WELZEL, en su análisis de las teorías iusnaturalistas (y ya antes), se ha referido a las denominadas "estructuras lógico-objetivas", que constituyen el sustrato primigenio de las reglas jurídicas, y que en su configuración, en su estructura, son previas a la norma jurídica, como objeto suyo. Ya se deba a la expresión "lógica objetiva", ya a la relación con las teorías del Derecho natural, que también tratan este problema, lo cierto es que se ha suscitado el malentendido de que estas estructuras lógico-objetivas entrarían en el mismo saco que la "naturaleza de las cosas" y plantearían los mismos o al menos parecidos problemas, tal como fueron tratados.

No obstante, el planteamiento, y sobre todo el método de hallar respuesta a él, son radicalmente distintos en estas "estructuras lógico-objetivas". Hemos de diferenciar: hasta ahora nuestra pregunta se refería al contenido correcto de una regulación, a la *valoración* que se halla en esta determinación del contenido y que dota a la exigencia de su poder vinculante y con ello de su naturaleza de Derecho. Así nos hemos preguntado por el alcance correcto del derecho a la legítima defensa. Y así podemos también preguntar si el matrimonio monogámico es un bien jurídico, si el adulterio está jurídicamente desvalorado y prohibido, si el adulterio es merecedor de punición, si habría que punir asimismo los daños imprudentes, etc.

Estas preguntas acerca de las *valoraciones específicas* respectivas se mueven en el ámbito de la pura axiología. Pero junto a esta cuestión axiológica se plantea otro problema más: ¿cómo se consigue discernir el objetivo de la valoración específica, el fin de la regla respectiva? Y en este lugar opera la vinculación del Derecho a lo que se denomina "estructura lógico-objetiva". Si el Derecho pretende proteger la vida en formación, tendrá que prohibir (entre otras cosas) a las mujeres *tener* abortos involuntarios. Pero una prohibición de *sufrir* abortos involuntarios sería tan absurda como prohibir a la nieve acumularse y formar aludes. No son los cursos *causales* los que pueden mandarse o prohibirse, sino solo las *acciones*. No se halla aquí el Derecho ante una elección que pudiera decidirse, digamos, mediante valoración; tiene que ser en función de la capacidad específicamente humana de orientarse por fines y de actuar según fines e imbuirse de ellos. No puede prescribir llegar a ser *causal*, sino solo *obrar deliberadamente, de manera final*.

En pocas palabras: la estructura ontológica del actuar humano determina la estructura posible del objeto de los mandatos. El que determinada acción *se prescriba o no* lo decide la *valoración*, pertenece al ámbito axiológico. *El que* lo prescrito siempre tenga que ostentar la estructura del obrar humano finalista es de naturaleza lógico-objetiva, es decir, está determinado por su estructura óntica.

La estructura prefijada de los objetos de mandatos y prohibiciones determina, pues, -solo en cada caso a la inversa- el objeto de lo que se opone a mandatos o prohibiciones: el juicio de antijuricidad (en tanto que se aplique a la conducta humana y no a meros estados o acontecimientos) se refiere necesariamente a acciones finales o a su omisión.

Más que esta estructura lógico-objetiva de la *acción* nos interesa, en este contexto, otra desde luego estrechamente vinculada a ella. La moderna teoría del delito ha conseguido discernir los presupuestos mínimos bajo los cuales podemos hacer *responsables* a las personas por su conducta. Hoy conocemos (y estamos casi totalmente de acuerdo al respecto) bajo qué presupuestos, concurriendo qué fenómenos, podemos dirigir un reproche de culpabilidad, cuándo podemos decir que una persona ha de responder por su conducta, porque podría haberse comportado de otro modo (o sea, conforme a la norma). Esta comprensión es solo en parte fruto directo de la ciencia del Derecho penal. Lo esencial procede simplemente de lo empírico, de la psicología, de la etología, de la psiquiatría, de la antropología.

No es este el lugar de exponerlo en detalle. Traducido al lenguaje conceptual de nuestra ley, puede expresarse así el resultado: la *culpabilidad* solo recae sobre aquel autor que estaba en condiciones de comprender lo injusto de su hecho y de motivarse conforme a esta comprensión de lo injusto.

Esta visión de la estructura llamada "culpabilidad" nos pone en condiciones de p. ej. superar la tesis del "error iuris nocet", empleada hasta el final por el Tribunal Supremo del Imperio (*Reichsgericht)*. Con arreglo a esta teoría, se consideraba culpable, y punible, también a aquel que no conoció ni pudo conocer la ilicitud de su conducta. Por el contrario, hoy no incurre en *culpabilidad alguna*, según jurisprudencia y doctrina unánimes, quien sufrió un *error de prohibición invencible*.

Ahora bien, de esta estructura de la culpabilidad se habla por parte tanto de doctrina como del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) en formulaciones que se derivan de determinado "modelo de persona", o que remiten a él; ya sea el modelo de persona del humanismo, de la ética kantiana o del Derecho penal cristiano. Lo cual ha dado lugar a la justificada crítica de *Weischedel* a este modelo de persona; pues tales modelos de persona proceden de, y desaparecen con, los enunciados éticos y jurídicos a los que están conectados. Y precisamente por eso nos encontramos en la situación incómoda, ya indicada, de que estos contenidos reguladores no hayan podido verificarse en cuanto a su corrección.

En la moderna teoría de la culpabilidad se trata, sin embargo, no de estos *modelos*, sino de la propia *estructura* de la culpabilidad. Para continuar con la metáfora del modelo o imagen de persona: Para la ciencia del Derecho penal existe una radiografía, obtenida empíricamente, de la estructura del ser humano

como persona; pero no se trata de un cuadro en que, según el ideal del pintor, se sesguen las pinceladas en esta o aquella dirección.

A la radiografía existente está vinculado el Derecho penal. Como el médico, que no puede cerrar los ojos ante lo que le muestra la radiografía, así también el Derecho penal ha de basarse en la radiografía *completa*, empíricamente obtenida.

A *esto* se alude cuando se habla de la "lógica objetiva" de la estructura de la culpabilidad. Ciertamente es cuestión de la valoración, de la axiología, decidir que solo podamos punir a *culpables* (o también a *in*culpables). Pero si no debe haber pena sin culpabilidad (y de esto está convencida toda la ciencia del Derecho penal alemana), entonces el Derecho penal está vinculado a la comprensión de la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad.

Así pues, sabemos ya cuándo puede existir *culpabilidad*; pero no tenemos certeza concluyente sobre si lo *reprochado a título de* culpabilidad también es, en cada caso, *antijurídico* en su contenido concreto.

Y precisamente en ello se pone de manifiesto la responsabilidad, pero también la maldición, de la jurisprudencia como ciencia simultáneamente normativa y práctica: que tengamos que determinar el Derecho (*Recht*), sin seguridad completa de estar expresando también lo correcto o justo (*das Rechte*).

JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Extremadura
jlsgm@unex.es
ORCID: 0000-0003-2414-8774

JURISPRUDENCIA

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 609-616
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.609

SENTENCIAS CIVILES PROVINCIA DE BADAJOZ - 2024

CIVIL SENTENCES PROVINCE OF BADAJOZ - 2024

LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA
Presidente de la Audiencia Provincial de Badajoz

Resumen: En este trabajo se aborda el comentario de las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz más relevantes del año 2024.

Palabras clave: Sentencias, Audiencia Provincial, Derecho privado.

Abstract: This paper addresses the commentary on the most relevant Sentences of the Provincial Court of Badajoz of the year 2024.

Keywords: Sentences, Provincial Court, Private law

Indice: I- SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 105/2024, DE 6 DE FEBRERO, ROLLO DE APELACIÓN 1324/2023. Desahucio por precario y comodato. II-SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 182/2024, DE 4 DE MARZO, ROLLO DE APELACIÓN 915/2022. Los custodios de los contratos no son los consumidores, son los empresarios. III-SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 280/2024, DE 4 DE ABRIL, ROLLO DE APELACIÓN 962/2022. Testador que tiene una hija matrimonial y que la instituye heredera universal sin saber en ese momento que no era hija biológica suya. IV-SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 338/2024, DE 25 DE ABRIL, ROLLO DE APELACIÓN 11/2024. Extinción de la sociedad ganancial. V-SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª, 147/2024, DE 10 DE MAYO, ROLLO DE APELACIÓN 75/2024. Esposa que después del divorcio interpone una acción reivindicatoria sobre el mobiliario de una vivienda privativa del cónyuge. VI-SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 463/2024, DE 30 DE

MAYO, ROLLO DE APELACIÓN 1030/2023. Essure es un método anticonceptivo con serios efectos secundarios. VII- SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 498/2024, DE 11 DE JUNIO, ROLLO DE APELACIÓN 1310/2023. Naturaleza jurídica de las ayudas de la PAC. VIII- SENTENCIA AP BADAJOZ SECCIÓN 2ª, 548/2024, DE 25 DE JUNIO, ROLLO DE APELACIÓN 125/2024. La rebeldía procesal del alimentante y el principio del interés del menor. IX- SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª, 243/2024, DE 19 DE JULIO, ROLLO DE APELACIÓN 199/2024. Acción reivindicatoria: prescripción adquisitiva extraordinaria.

I- SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 105/2024, DE 6 DE FEBRERO, ROLLO DE APELACIÓN 1324/2023.

Desahucio por precario y comodato.

Una madre y sus tres hijos eran propietarios de un piso a partes iguales . La madre cedió el uso de la vivienda a uno de sus hijos y a su pareja porque habían tenido un niño. El juzgado desestimó el desahucio al entender que esa cesión habilitaba la posesión. En cambio, la audiencia provincial declaró que los demandados no podían justificar la existencia de un comodato desde el momento en que la vivienda fue cedida solo por uno de los propietarios y no por todos. Tal contrato precisaba de la participación de todos los condueños. Dicho con otras palabras, por sí sola, la madre no tenía facultades para comprometer la posesión del inmueble.

En suma, los demandados son claramente precaristas pues ocupan el inmueble sin ningún otro título que la mera tolerancia del resto de los dueños.

II- SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 182/2024, DE 4 DE MARZO, ROLLO DE APELACIÓN 915/2022.

Los custodios de los contratos no son los consumidores, son los empresarios.

Es un derecho básico de todo consumidor obtener información correcta sobre los diferentes bienes y servicios (art. 8 del texto refundido de la Ley General de Defensa de los consumidores). Este mismo texto legal obliga a los empresarios a facilitar información no solo sobre los bienes o servicios ofertados, sino también sobre los productos contratados; debiendo dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y en todo caso en el plazo máximo

de un mes desde la presentación de la reclamación (art. 21.3 de idéntico cuerpo normativo).

Dicho con otras palabras, aunque se pierda el soporte contractual, el cliente tiene derecho a que la entidad financiera le facilite una copia. No hay ninguna pérdida o preclusión de derechos por la ausencia física del contrato. El banco es el custodio legal de esa documentación porque sus deberes de información no se agotan en la fase precontractual, ni en sede de perfección del contrato. Esos deberes se proyectan a lo largo de toda la vida del contrato en tanto no se extinga la relación jurídica. El cliente tiene derecho a estar informado y no hay información más básica que la contenida en el propio contrato. El usuario de los servicios bancarios tiene derecho a pedir la copia del contrato y el banco está obligado a proporcionar una información completa.

De ahí que la entidad recurrente yerre al desplazar sobre el cliente las consecuencias de la ausencia del instrumento contractual. En principio esta circunstancia solo puede perjudicar al empresario.

III-SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 280/2024, DE 4 DE ABRIL, ROLLO DE APELACIÓN 962/2022.

Testador que tiene una hija matrimonial y que la instituye heredera universal sin saber en ese momento que no era hija biológica suya.

Constante el matrimonio una pareja tuvo una hija. En 2011 se divorciaron. En 2012, la esposa cuestionó la filiación paterna de la hija. La impugnación se estimó en 2015. Ese mismo año, el padre no biológico y sin saber en ese momento su condición, otorgó testamento abierto en el que instituyó como heredera universal a su hija. El padre no biológico murió en 2019 sin haber modificado el testamento.

La madre del causante presentó una demanda de impugnación del testamento, solicitando su nulidad. El juzgado declaró que la madre era heredera forzosa y que, por tanto, la designación de heredera universal a favor la hija realizada en el testamento debía reducirse a la mitad. Recurrió la madre del causante, alegando que debía anularse el testamento, pues la preterición de heredero forzoso era no intencional. Subsidiariamente, se postuló que la hija no biológica solo podía heredar el tercio de libre disposición.

La audiencia provincial concluyó que la voluntad del testador era instituir

como heredera a la hija, aunque ya no podía figurar como la causa de esa institución, su cualidad de hija y, por tanto, heredera forzosa. De ahí que sea correcto hablar de preterición de la madre del testador (único heredero forzoso a falta de hijos y descendientes) y sea correcto, también , reconocerle su derecho a la mitad del haber hereditario de su hijo (arts. 807.2º y 809 CC). Pero, rigiendo en esta materia el principio de conservación del testamento, la conclusión no puede ser otra que respetar su voluntad. No revocó nunca su intención de instituir heredera a su hija no biológica. Eso sí, la madre se quedó con su legítima, la mitad del haber hereditario.

IV- SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 338/2024, DE 25 DE ABRIL, ROLLO DE APELACIÓN 11/2024.

Extinción de la sociedad ganancial

El art. 69 CC presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos. Partimos de una realidad incontrovertida: el matrimonio, con tres hijos, siempre vivió bajo el mismo techo. No se conoce más domicilio al esposo que el familiar. Aunque tenía una amante no convivió con ella. Por otra parte, los metros cuadrados de una vivienda familiar o el número de estancias que tenga no puede justificar un cese de convivencia serio. En el acto del juicio, los hijos, confirmaron que sus padres habían vivido siempre en el domicilio conyugal. Asimismo, dormir en habitaciones separadas no implica la ruptura de la convivencia. Por otro lado, la ausencia de relaciones sexuales dentro del matrimonio no comporta que los cónyuges pierdan la condición de casados y tampoco que la sociedad de gananciales se extinga. La convivencia matrimonial no exige compartir cama, porque las parejas pueden pasar por crisis matrimoniales que no terminan de forma necesaria en un proceso de ruptura. Igualmente, la infidelidad no puede equipararse a un cese de la convivencia, incluso cuando es pública. La realidad enseña que tener amantes, según los casos, es compatible con el matrimonio. En estas circunstancias, la fecha de disolución de la sociedad de gananciales ha de coincidir con la sentencia de divorcio, conforme a la regla general de los arts. 95 y 1392 CC . No es verdad que los cónyuges se separasen diez años antes.

V- SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª, 147/2024, DE 10 DE MAYO, ROLLO DE APELACIÓN 75/2024.

Esposa que después del divorcio interpone una acción reivindicatoria sobre el mobiliario de una vivienda privativa del cónyuge.

Matrimonio casado en régimen de separación de bienes que, al tiempo del divorcio, aprueba un convenio regulador donde disponen que no existe ningún bien en común, que cada cónyuge se adjudica el 50% de los muebles de cada uno de sus pisos en propiedad y que uno y otro, en el plazo máximo de un año, se comprometían a retirar los enseres propios que estuviesen en los inmuebles que no fueran de su propiedad .

La esposa, tras la sentencia de divorcio, presentó una demanda de ejecución reclamando la entrega de sus bienes que seguían ubicados en el piso propiedad de su exmarido. Esa demanda ejecutiva fue desestimada. No contenta con esa solución, la esposa planteó un juicio ordinario para ejercitar una acción reivindicatoria sobre sus supuestos bienes muebles. El juzgado de instancia desestimó la demanda sobre la base de que la actora no acreditaba la propiedad. La audiencia provincial desestimó el recurso de apelación argumentando que la pareja otorgó unas capitulaciones para pactar un régimen de separación de bienes y para indicar que ninguno de ellos aportó al matrimonio ningún tipo de bien. En este caso, los pactos entre los cónyuges habían dejado expedito el destino de los muebles.

VI- SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 463/2024, DE 30 DE MAYO, ROLLO DE APELACIÓN 1030/2023.

Essure es un método anticonceptivo con serios efectos secundarios.

No todo vale en los procedimientos judiciales y menos cuando se trata de grandes multinacionales. “Bayer Hispania, SL” tenía fuentes documentales propias sobre los extremos que se pretendían acreditar en este procedimiento. Una misma cosa no puede ser y dejar de ser a la vez. Si “Bayer Hispania, SL”, cosa por otra parte natural, tiene registrados y localizados sus dispositivos Essure distribuidos en España bien pudo proporcionar esa información desde un principio, antes incluso de interponer la demanda, pues la actora se lo solicitó por vía extrajudicial. En el ejercicio de valoración de las pruebas, el comportamiento procesal de las partes debe tenerse en cuenta. Los actos propios y las respuestas

evasivas e inconcluyente también cuentan. Desde antiguo, a la hora de valorar las pruebas, el juez no puede prescindir de la conducta procesal de las partes. El art. 329 LEC permite dar por cierta una versión cuando hay una negativa injustificada a la exhibición.

Por otro lado, la valoración de los informes periciales es muy circunstancial. El perito de la compañía demandada consideró que Essure era un método anticonceptivo seguro, con una ratio beneficio/riesgo positiva. Dicho dictamen, sin embargo, no refleja la realidad del caso concreto. Contamos con un informe del médico forense adscrito al Instituto de Medicina Legal de Badajoz. Se trata don Antonio Bermejo Santos, un extraordinario e instruido profesional, con una acreditada experiencia y con una competencia muy reconocida. En la sentencia se hizo constar por el ponente que llevaba más de treinta años valorando sus informes tanto en la jurisdicción civil, como en la penal y la social. Por ello, hizo ver que el dictamen del forense recogía de forma objetiva e imparcial las características del dispositivo Essure. Asumió que tenía efectos secundarios pero que, en general, eran leves y no repercutían en la vida diaria. Ahora bien, en el supuesto en litigio, concluyó que, por causa del producto anticonceptivo, la paciente tuvo importantes daños físicos y psíquicos. Esta sentencia está recurrida en casación.

VII- SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 2ª, 498/2024, DE 11 DE JUNIO, ROLLO DE APELACIÓN 1310/2023.

Naturaleza jurídica de las ayudas de la PAC.

En la fase de inventario de liquidación de un régimen económico matrimonial se discute el destino de las subvenciones comunitarias. El esposo defiende que la explotación ganadera es privativa y que las subvenciones de la PAC se han empleado en mantenerla y en atender a las necesidades de la familia. Resalta que es agricultor a título personal. Y aclara que ha dedicado su explotación al sostenimiento familiar. Niega también que las subvenciones puedan considerarse como gananciales. La esposa replica que las subvenciones tienen carácter ganancial.

Se aborda aquí el tratamiento jurisprudencial de las ayudas comunitarias de la PAC. Se otorgan en función de la titularidad, características y extensión de las fincas declaradas por el agricultor, integradas en la correspondiente explotación agraria, y cumplidos determinados requisitos. Se trata, pues, de

subvenciones (pago único) que se conceden por la condición de agricultor en activo (titular de una concreta explotación agraria) del solicitante. La naturaleza jurídica de dichas ayudas ha sido calificada como frutos industriales por el Tribunal Supremo (sentencias 1164/1998, de 14 de diciembre, 499/2010, de 19 julio y 255/2020, de 4 de junio). Pero ciertamente son derechos con connotaciones muy particulares. Es verdad que las ayudas son cambiantes y condicionadas. Estos derechos tienen una meticulosa y compleja regulación administrativa, tanto europea, como interna. Por otra parte, con los años se flexibiliza más la normativa, de modo que cada Estado acomoda las ayudas en función de sus necesidades específicas. Es la llamada subsidiariedad. De hecho, desde un punto de vista judicial, hay más litigiosidad en la jurisdicción contencioso-administrativa, que en la civil. Ahora bien, estos derechos están sujetos a la autonomía de la voluntad. De modo que sus titulares pueden disponer de ellos. Su naturaleza jurídica es discutida. Se han calificado como derechos autónomos, derechos *propter rem*-por estar vinculados a un bien-, como frutos, como derechos patrimoniales, subvenciones, etcétera. La regulación administrativa contempla una diversidad de derechos de ayudas, que pueden ser, entre otras, con tierras o sin tierras. Eso sí, para su obtención hace falta ser agricultor activo y realizar una actividad agraria. Las singularidades son múltiples porque los derechos a veces recaen sobre quienes no tienen actividad productiva.

VIII- SENTENCIA AP BADAJOZ SECCIÓN 2ª, 548/2024, DE 25 DE JUNIO, ROLLO DE APELACIÓN 125/2024.

La rebeldía procesal del alimentante y el principio del interés del menor.

Como es sabido, la rebeldía no implica la condena del demandado. El art. 496 LEC dispone que la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo en los casos en que la ley disponga lo contrario.

Ahora bien, en los procesos de familia, el tribunal tiene que velar por el interés superior de los menores. En un supuesto de modificación de medidas, concretamente de pensión de alimentos, el padre no se personó, ni explicó las razones por las que no quería asumir un incremento de los alimentos. Esa conducta rebelde, por supuesto, no puede hacerle de mejor derecho. Ha conocido, de primera mano, la existencia del litigio y ha rehusado su presencia. En la duda de sus recursos económicos reales, esa incomparecencia debe llevar aparejada una

presunción de ganancias. El interés superior del menor exige que el alimentante tenga una colaboración activa en la indagación de sus recursos económicos. La sentencia del Tribunal supremo 4/2024, de 8 de enero, sin decirlo, apunta también en esta idea. En el ámbito procesal, la conducta procesal tiene mucha importancia (art. 247 LEC). La buena fe exige, en estos casos, desde luego, un comportamiento activo, no pasivo. Y esta interpretación se ve reforzada a la vista de la reciente modificación del art. 770 LEC que exige al demandado aportarlos documentos que permitan evaluar su situación económica. En consecuencia, los efectos procesales de la rebeldía previstos en el mencionado art. 496 LEC deben atenuarse cuando estamos tratando con menores de edad.

IX- SENTENCIA AP BADAJOZ, SECCIÓN 3ª, 243/2024, DE 19 DE JULIO, ROLLO DE APELACIÓN 199/2024.

Acción reivindicatoria: prescripción adquisitiva extraordinaria.

Demanda desestimada en primera instancia. Se reclamaba la propiedad de una finca urbana por donación sin título y por posesión durante más de 30 años. La prescripción adquisitiva o usucapión es un modo de adquirir la propiedad por la posesión continuada durante el tiempo y con los requisitos que fija la ley. Resulta irrelevante la falta de validez para transmitir el dominio de la donación verbal realizada por el padre. Se cumple el requisito de la prescripción adquisitiva extraordinaria, pues está plenamente demostrado que la posesión se ejerció a título de dueño y no es posesión por mera tolerancia del dueño.

.

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 617-622
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.617

SENTENCIAS RELEVANTES EN LA SALA DE LO PENAL (SECCIÓN 2ª) DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁCERES

RELEVANT SENTENCES IN THE CRIMINAL CHAMBER (SECTION 2) OF THE PROVINCIAL COURT OF CÁCERES

JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO

Presidente de la Audiencia Provincial de Cáceres

Resumen: En este trabajo se aborda el comentario de las Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Cáceres, más relevantes del año 2024.

Palabras clave: Sentencias, Audiencia Provincial, Derecho Penal.

Abstract: This paper addresses the commentary on the most relevant Sentences of the Criminal Chamber of the Provincial Court of Cáceres in the year 2024.

Keywords: Sentences, Provincial Court, Criminal law.

Indice: I. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 303/2024, DE 30 DE OCTUBRE DE 2024, SUMARIO 11/2023. II. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 157/2024, DE 23 DE MAYO DE 2024, PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚM. 13/2024, (ROJ: SAP CC 368/2024 - ECLI:ES:APCC:2024:368) III. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 116/2024, DE 12 DE ABRIL, ROLLO 242/2024 (ROJ: SAP CC 269/2024 - ECLI:ES: APCC:2024:269). IV. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 108/2024, DE 8 DE ABRIL, SUMARIO 5/2023 (ROJ: SAP CC 282/2024 - ECLI:ES: APCC:2024:282). V. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 72/2024, DE 4 DE MARZO, PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚM. 60/2023 (ROJ: SAP CC

178/2024 - ECLI:ES:APCC:2024:178). VI. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 95/2024, DE 21 DE MARZO, ROLLO 199/2024 (ROJ: SAP CC 183/2024 - ECLI:ES:APCC:2024:183). VII. AUTO AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 143/2024, DE 29 DE FEBRERO, ROLLO 21/2014 (ROJ: AAP CC 138/2024 - ECLI:ES:APCC:2024:138A) VIII. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 40/2024, DE 14 DE FEBRERO, ROLLO 64/2024 (ROJ: SAP CC 87/2024 - ECLI:ES: APCC:2024:87). IX. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 15/2024, DE 16 DE ENERO, SUMARIO 7/2023, (ROJ: SAP CC 52/2024 - ECLI:ES: APCC:2024:52).

I. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 303/2024, DE 30 DE OCTUBRE DE 2024, SUMARIO 11/2023.

Agresión sexual con penetración a menor de edad al que se conoce por las redes sociales. Delito continuado. Relación de pareja

Juicio repetido al haberse anulado por el TSJ la anterior sentencia en virtud de un recurso de apelación interpuesto exclusivamente por la defensa. El Ministerio Fiscal acusaba de tres delitos contra la libertad sexual. Se plantea la cuestión de si los dos delitos por los que fue absuelto el acusado en el anterior juicio, absolución no recurrida por el Ministerio Fiscal, pueden ser objeto de un segundo enjuiciamiento. Vulneración del principio de "Reformatio in pejus". Volcado del contenido de un teléfono móvil y la cadena de custodia. Problemas de continuidad delictiva en el caso de que las agresiones sexuales estén separadas por dos meses de diferencia. Agravante específica de relación de pareja cuando se trata de un menor de edad.

II. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 157/2024, DE 23 DE MAYO DE 2024, PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚM. 13/2024, (ROJ: SAP CC 368/2024 - ECLI:ES:APCC:2024:368)

Estafa en la compra y venta de vehículos de alta gama con múltiples perjudicados. Los acusados reconocen los hechos, se conforman con la pena, no así con la responsabilidad civil.

Los acusados ofertaban a través de una conocida página de internet la compra y venta de vehículos de alta gama, entregando sólo parte del precio en la compra y vendiéndolos, a veces por un precio inferior, en la misma página, creando una imagen empresarial ficticia con establecimiento abierto al público incluido. Muchos vehículos están en poder de terceros que los adquirieron de buena fe. Derecho de restitución, artículo 111 del Código Penal. Irreivindicabilidad del bien adquirido por un tercero de buena fe frente a los que no se ha dirigido la acción civil en el proceso penal. Doctrina del Tribunal Supremo. Artículo 464 y concordantes del Código Civil. Nulidad de los contratos de compraventa al basarse en una causa ilícita.

III. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 116/2024, DE 12 DE ABRIL, ROLLO 242/2024 (ROJ: SAP CC 269/2024 - ECLI:ES: APCC:2024:269).

Blanqueo de capitales cometido por imprudencia del artículo 301 núm. 3 del Código Penal. Sentencia absolutoria.

La sentencia de instancia condena por blanqueo de capitales por imprudencia a una persona que prestó su cuenta bancaria para recibir una transferencia de tercero que se realizó sin consentimiento de este tercero. La sentencia del Juzgado declara que no se ha probado que el acusado participara en la añagaza previa, por lo que no hay delito de estafa, pero sí el delito imprudente de blanqueo de capitales por el que se le condena. Se revoca la sentencia y se absuelve al acusado al considerar que estamos ante una acción atípica, básicamente por la escasa cuantía de lo defraudado, la existencia de una sólo transferencia y la no aplicación de la doctrina de la "ignorancia deliberada"

IV. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 108/2024, DE 8 DE ABRIL, SUMARIO 5/2023 (ROJ: SAP CC 282/2024 - ECLI:ES: APCC:2024:282).

Antiguo abuso sexual, actualmente agresión sexual con penetración. Consumación. Embriaguez. Error en la calificación. Daño moral.

Mujer que tiene acceso carnal tras festejar la navidad con una persona que cree es su novio cuando en realidad es un tercero. Legislación más favorable, tras las modificaciones legislativas por Leyes orgánicas 10/2022 y 4/2023. La embriaguez como circunstancia eximente completa, incompleta o mera

atenuante. Jurisprudencia sobre el particular. Error en la calificación de las acusaciones que no solicitaron la imposición de la medida de libertad vigilada del artículo 192 núm. 1 del Código penal, ni la pena de inhabilitación especial del artículo 192 núm. 3, párrafo segundo del Código_Penal. El Tribunal impone dichas penas en su extensión mínima conforme a la doctrina jurisprudencial al no vulnerarse el principio acusatorio. Cuantificación del daño moral. Existencia de una situación de estrés postraumático.

V. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 72/2024, DE 4 DE MARZO, PROCEDIMIENTO ABREVIADO NÚM. 60/2023 (ROJ: SAP CC 178/2024 - ECLI:ES:APCC:2024:178).

Abuso sexual a menor de edad. Petición de declaración del acusado en último lugar. Valor de la declaración de la víctima.

Lo más relevante de esta resolución es la petición, cada vez más corriente, de la declaración del acusado en último lugar, después de la práctica del resto de las pruebas. Jurisprudencia. Artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Negativa del Tribunal. Se admite excepcionalmente por causas justificadas. Testimonio de dos víctimas de sendos delitos contra la libertad sexual. Requisitos que han de cumplir dichos testimonios. Atenuante de reparación del daño. Se estima. Atenuante de intoxicación etílica. No se estima. Atenuante de dilaciones indebidas. Se estima.

VI. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 95/2024, DE 21 DE MARZO, ROLLO 199/2024 (ROJ: SAP CC 183/2024 - ECLI:ES:APCC:2024:183).

Delito de acoso y delito de impago de pensiones. Atenuante de dilaciones indebidas cualificadas.

El delito de acoso de violencia de género del artículo 172 ter del Código Penal se declara probado partiendo de la declaración de la víctima y de otros testigos que han presenciado algunos de los episodios, y otros testigos de referencia. La negativa por parte del acusado no desvirtúa la ponderación de la prueba de cargo. Concurrencia de los requisitos del delito de acoso. Se aprecia la atenuante de dilaciones indebidas como simple, debiendo apreciarse como muy cualificada exclusivamente en los casos en que transcurren periodos superiores a siete años

entre la fecha de los hechos y la del enjuiciamiento, o cuando transcurren periodos inferiores, pero con paralizaciones muy acentuadas (más de cuatro años).

VII. AUTO AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 143/2024, DE 29 DE FEBRERO, ROLLO 21/2014 (ROJ: AAP CC 138/2024 - ECLI:ES:APCC:2024:138A)

Descubrimiento y revelación de secretos. Delito de "sexting". Art. 197.7 del Código Penal. Difusión a través de una red social de imágenes reservadas

Se confirma el auto de sobreseimiento provisional del Juzgado de Violencia sobre la Mujer. Las imágenes y el video estaban a disposición de terceros en una red pública y en un portal de pago de contenido sexual y fueron posteriormente difundidas de nuevo por su ex pareja. El delito de "sexting" del artículo 197 núm. 7 del Código Penal es un delito de resultado (menoscabo grave de la intimidad) y mixto alternativo en su conducta, en la medida en que los verbos típicos describen tres acciones que no tienen por qué concurrir conjuntamente para la consumación. Estamos ante una conducta de carácter personalísimo: solo pueden ser autores del delito aquellos que han obtenido las imágenes o grabaciones audiovisuales con anuencia de la víctima. Se trataría, pues, de un delito de propia mano, bastando con la cesión a una sola persona según la jurisprudencia. Jurisprudencia sobre el particular

VIII. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 40/2024, DE 14 DE FEBRERO, ROLLO 64/2024 (ROJ: SAP CC 87/2024 - ECLI:ES: APCC:2024:87).

Delito de atentado. Delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción temeraria. Contenido del auto de procedimiento abreviado. Indefensión.

Vehículo que circula de forma temeraria por la ciudad de Cáceres llegando a alcanzar los 165 km. en zona urbana teniendo que tirarse los agentes de la Guardia Civil que le dieron el alto al suelo para evitar ser atropellados. La sentencia confirma la condena por un delito de atentado con vehículo de motor de los artículos 550 y 551 3º del Código Penal y absuelve del delito contra la seguridad vial por conducción temeraria. Se incluyó en el escrito de acusación hechos que, en relación con este último delito, no se habían descrito en el auto de procedimiento abreviado que fue consentido por la acusación. Es decir, dicha

resolución no contiene descripción o referencia alguna al hecho fáctico de una posible conducción temeraria del acusado, por lo cual no puede ser condenado por este delito, so pena de producir fuerte indefensión a la parte. El auto de proceso penal abreviado no sólo tiene que contemplar la delimitación subjetiva del futuro enjuiciamiento sino también la objetiva. Dicho contenido debe garantizar el derecho de la persona inculpada a conocer de qué y por qué, en su caso, puede ser acusado, y desde luego, el derecho a ejercer el recurso devolutivo que permita al órgano de apelación controlar, en términos materiales, la racionalidad inculpatoria que lo sustenta. Nada de esto se produce en relación con el delito contra la seguridad vial objeto de acusación, por lo que procede la absolución por este delito.

IX. SENTENCIA AP CÁCERES, SECCIÓN 2ª, NÚM. 15/2024, DE 16 DE ENERO, SUMARIO 7/2023, (ROJ: SAP CC 52/2024 - ECLI:ES: APCC:2024:52)

Lesiones graves. Empujón a una persona en unas escaleras con graves consecuencias. Dolo eventual, individualización de la pena, el baremo de tráfico y la responsabilidad civil en un juicio penal por delito doloso.

Se condena a una persona como autora de un delito de lesiones del artículo 149.1 del Código Penal al empujarla cuando discutían en unas escaleras con graves consecuencias. Se hace un examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los distintos tipos de dolo, dolo de primer grado y de segundo grado. Estamos ante un dolo eventual. Se hace una individualización de la pena. En cuanto a la responsabilidad civil se hace referencia al valor orientativo del baremo del automóvil. Considera el Tribunal que el perjudicado deberá ser indemnizado además por el concepto de daños morales complementarios por perjuicio psicofísico (Tabla 2.B del baremo).

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 623-630
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.623

CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO PROMULGADAS ENTRE EL 1 DE DICIEMBRE DE 2022 Y EL 30 DE NOVIEMBRE DE 2024

CIRCULARS OF THE OFFICE OF THE ATTORNEY GENERAL PROMULGATED BETWEEN DECEMBER 1, 2022 AND NOVEMBER 30, 2024

FRANCISCO JAVIER MONTERO JUANES

Fiscal Superior de Extremadura

Resumen: En este trabajo se aborda el comentario de las Circulares de la Fiscalía General del Estado más relevantes del año 2023 y 2024.

Palabras clave: Fiscalía, Circulares, Instrucciones, Derecho Penal.

Abstract: This paper addresses the commentary on the most relevant Circulars of the Attorney General's Office for the years 2023 and 2024.

Keywords: Prosecutor's Office, Circulars, Instructions, Criminal Law.

Indice: I. Introducción. II. Circular 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal. III. Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

I. Introducción

El artículo 124.2 de la CE de 1978 señala que *"el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad"*

En este escueto precepto está recogida la esencia del funcionamiento de la institución en España, los principios sobre los que asienta. Son cuatro: legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica.

La unidad de actuación obliga a que todos los fiscales (no olvidar que no actuamos en nombre propio, sino siempre en representación de la institución; o dicho de otra forma: el fiscal es *"fungible"*) mantengan una postura uniforme en todos aquellos asuntos que deriven de hechos o tengan circunstancias similares. La unidad de actuación solo se puede lograr mediante la dependencia jerárquica, que no es un fin y no se agota en sí misma, sino que es esencialmente un medio para lograr esa uniformidad impetrada por la constitución.

La jefatura del Ministerio Fiscal es ostentada por el Fiscal General del Estado, correspondiéndole impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio, al orden interno de la Institución y al ejercicio de las funciones fiscales, pudiendo ser estas tanto de carácter general como referido a asuntos específicos (artículo 22.2 EOMF). Esta facultad está también reconocida, en el ámbito de su territorio, a los Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, tal y como reza el artículo 22.4 del EOMF.

Así, las órdenes directas, el visado por parte de las respectivas jefaturas, las juntas de fiscalía y, especialmente, las circulares, instrucciones, notas de servicio y consultas son esenciales para mantener la unidad de actuación, pues son instrumentos jurídicos que tienen como finalidad la consecución de ese principio constitucional.

En este trabajo se resumen las circulares que se han promulgado por parte la Fiscalía General del Estado entre el 1 de diciembre de 2022 y el 30 de noviembre de 2024, que han sido dos: la circular 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal y la circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. En 2024 no ha sido dictada ninguna

II. Circular 2/2022, de 20 de diciembre, sobre la actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal

El marco normativo de la actividad extraprocesal penal del Ministerio Público se regula en los arts. 5 EOMF y 773 LECrim.

En España, a diferencia de la inmensa mayoría de los países de nuestro entorno, la función de investigación de los hechos criminales está encomendada a los jueces. La excepción es el ámbito de la responsabilidad penal de los menores de edad, en cuyo caso la investigación está atribuida al Fiscal.

La circular tiene fundamento en la necesidad de ofrecer un tratamiento unitario y sistemático a las distintas formas de actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal, a fin de paliar el disperso desarrollo doctrinal sobre esta materia, ya que, hasta esa fecha existían un importante número de circulares o instrucciones sobre la materia.

A continuación, se indican de forma esquemática las premisas fundamentales sobre las que se asienta la circular:

a) La actividad extraprocesal del Ministerio Fiscal en el ámbito de la investigación penal no se reduce a la que se practica antes de la incoación del proceso judicial. Los fiscales se encuentran plenamente facultados para desarrollar actividad extraprocesal durante la tramitación del procedimiento judicial y, también, tras el sobreseimiento provisional del mismo.

b) Se prohíben las investigaciones prospectivas, y tampoco se incoarán diligencias de investigación cuando resulte evidente la ausencia de seriedad de la denuncia recibida, cuando se funde en meras hipótesis sin sustento objetivo y cuando aquella tenga por objeto hechos no punibles.

c) Los fiscales jefes están facultados para impartir instrucciones generales a la Policía Judicial.

d) las diligencias de investigación preprocesales tienen por objeto la práctica de las pesquisas necesarias para que el Ministerio Fiscal adopte una decisión fundada acerca del ejercicio de la acción penal.

e) La incoación de las diligencias de investigación puede tener origen en una denuncia, un atestado policial, una orden europea de investigación, una comisión rogatoria internacional, de las deducciones de testimonio acordadas por los órganos judiciales o administrativos o por el propio

Ministerio Fiscal o, en definitiva, de la transmisión por cualquier vía de noticias que permitan deducir la presunta comisión de un hecho delictivo. Incluso, puede iniciarse de oficio a consecuencia del conocimiento directo de los hechos por el fiscal. Las denuncias anónimas, sospechas o rumores solo serán fundamento suficiente para iniciar investigaciones cuando cuenten con un mínimo de credibilidad material.

f) La competencia territorial para la tramitación de las diligencias corresponde generalmente a la fiscalía del territorio en el que radican los órganos judiciales competentes ante los que dicha fiscalía actúa, esto es, por principio de competencia territorial. Cuando el autor de un hecho criminal sea una persona aforada, la competencia estará atribuida a la fiscalía a la que le corresponda intervenir en los procesos seguidos ante el tribunal que tenga competencia por razón del aforamiento, principio de competencia objetiva.

g) Se reconoce la condición de sospechoso a quién esté sujeto a investigación, desde el momento en el que exista una base objetiva de imputación de un hecho delictivo. Desde ese instante se le permite tener conocimiento del contenido de las diligencias, su derecho a la contradicción y, por lo tanto, la defensa por su representación letrada, conforme a los arts. 118 y 119 LECrim.

En el caso de acordar la declaración de la persona sospechosa, se le informará de los siguientes extremos: los hechos que se le imputan, su calificación provisional, la posibilidad de acceder a las diligencias a través de su representación letrada y de su derecho a intervenir en las diligencias que se practiquen.

h) Los fiscales están legitimados para acordar y practicar todas las diligencias reguladas en las leyes, excepto aquellas que expresamente requieran autorización judicial.

i) Se puede acordar el archivo de plano de las diligencias mediante decreto motivado en aquellos supuestos en los que los resulten objetiva e indudablemente atípicos o manifiestamente inverosímiles.

j) Cuando los hechos denunciados sean objeto de una investigación judicial, el Fiscal remitirá inmediatamente al órgano judicial competente la denuncia o atestado. Si este conocimiento se tiene cuando ya se han incoado diligencias o, incluso, cuando ya se hayan practicado algunas, se remitirá todo lo actuado al juzgado instructor

k) En los casos en que el fiscal, tras la investigación precisa, concluya que existen indicios de criminalidad que justifique el ejercicio de la acción penal, se acordará la conclusión de las mismas e interpondrán la correspondiente denuncia o querella junto a la totalidad del expediente. Las diligencias practicadas por el fiscal gozan de presunción *"iuris tamtum"* de autenticidad.

l) Cuando el delito investigado sea de los llamados semiprivados o semipúblicos, el fiscal puede incoar diligencias aunque la parte pasiva del delito no haya denunciado. Si dicha denuncia no se interpone, las diligencias deberán archivarse. Por el contrario, los delitos privados de injurias o calumnias no podrán ser objeto de investigación.

m) Para completar las investigaciones judiciales en curso, los fiscales podrán incoar diligencias de investigación auxiliar. Una vez finalizadas, deberán ser trasladadas al órgano judicial competente y a la representación letrada del investigado.

n) El plazo para tramitar las diligencias de investigación es de seis meses. Este plazo puede ser prorrogado por decisión del Fiscal General del Estado por iguales periodos de tiempo de forma ilimitada. Las diligencias de la Fiscalía Anticorrupción tienen un plazo de un año, igualmente prorrogable. La vulneración de los plazos no determina automáticamente la nulidad de las diligencias, sino que habrá que estar conectada a la llamada indefensión material.

o) Las resoluciones del fiscal adoptadas en las diligencias de investigación no son recurribles. Ello no genera indefensión, pues quien considere lesionados sus derechos puede reproducir sus pretensiones en los órganos judiciales. Si el fiscal archiva una denuncia por la causa que sea, el denunciante aún mantiene expedita la vía judicial.

p) Los denunciantes o perjudicados y aquellos que ostenten un interés legítimo, no pueden personarse en las diligencias. Tampoco se puede ejercitar la llamada acción popular. No obstante, tienen derecho a la información de la resolución de las diligencias, para lo que se les entregará copia del decreto que las ponga fin.

q) En la tramitación de las diligencias los fiscales no incorporarán datos personales de las víctimas, encausados, y otros intervinientes. Estos datos serán recogidos en un anexo que se unirá en sobre cerrado o archivo aparte si el expediente es digital, y al que las partes no tendrán acceso.

III. Circular 1/2023, de 29 de marzo, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre

La D.F. cuarta de la L. O. 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, ha modificado la rúbrica del Título VIII del Libro II de la norma penal española, pasando a llamarse "*Delitos contra la libertad sexual*", suprimiendo la anterior referencia a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido por este tipo de delitos.

De otra parte, esta modificación legal suprime la figura del abuso sexual y, en consecuencia, la distinción entre agresión y abuso sexual establecida en el Código Penal de 1995, aunque en otras reformas penales anteriores a la de 2023 tal distinción había sido superada. Así, Las conductas que antes de su vigencia eran consideradas como abuso sexual pasan ahora a constituir en todo caso una agresión sexual.

La nueva regulación de este delito sexual, lejos de apoyarse en los conceptos como la violencia, la intimidación o el abuso de superioridad, pivota alrededor del concepto de consentimiento, que aparece como la auténtica piedra angular de todo el sistema punitivo. En este sentido, el inciso segundo del art. 178.1 CP dispone que "*solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona".*

La libertad sexual de las personas supone previamente la capacidad de autodeterminación, esto es, la facultad para decidir si se desean practicar actos con significación sexual, en qué momento, de qué forma y con qué persona o personas. Por consiguiente, la libertad sexual solo puede considerarse lesionada cuando el acto sexual se desarrolla de forma involuntaria o inconsentida. El consentimiento se genera en el fuero interno de los individuos, en su psique, lugar donde puede permanecer oculto para terceros. Con la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, las dificultades anteriores desaparecen, pues el delito de

agresión sexual aglutina ahora los ataques contra la libertad sexual ejecutados con violencia, intimidación o abuso de superioridad".

El tipo penal de agresión sexual no contiene ningún elemento subjetivo del injusto, aspecto subjetivo del delito que, junto al objetivo, integra la antijuricidad penal. Por lo tanto, para su comisión bastará solamente con el dolo del sujeto activo del hecho consistente en el conocimiento y voluntad de atentar contra el bien jurídico protegido de la libertad sexual del sujeto pasivo mediante la ejecución de actos con significación sexual, con independencia del ánimo concreto que le mueva y de la concurrencia de móviles lascivos o no.

Un amplio debate se ha producido en la doctrina y jurisprudencia patrias acerca de la aplicación del principio de retroactividad penal de la norma más favorable contenidos en los artículos 2.2 del Código Penal y 9.3 de la Constitución Española. Hay que tener en cuenta que, al suprimir la distinción entre agresión y abuso, así como la agravación específica de violencia o intimidación, los tipos penales graves han sido "*ensanchados*": en ellos tienen cabida infracciones que tienen un desvalor penal diferente. Por ello, de acuerdo con el principio de proporcionalidad que informa la fijación de las penas a imponer, los límites mínimos de las penas han sufrido en algunos casos rebajas importantes, no así los máximos que, por lo general, se mantienen iguales

En cuanto a la revisión de sentencias firmes, criterio que puede extenderse a los procedimientos en tramitación o a aquellos en los que no se hubiera dictado aún sentencia, indica la circular que *"cada procedimiento deberá ser analizado individualmente, huyendo de automatismos que impidan valorar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso. Como regla general, no procederá la revisión de las condenas firmes cuando la pena impuesta en la sentencia también sea susceptible de imponerse con arreglo al nuevo marco legal.*

Excepcionalmente, cuando la aplicación estricta de esta regla provoque resultados manifiestamente desproporcionados, sí cabrá promover la revisión de las sentencias firmes. Dicha posibilidad deberá reservarse para los supuestos en los que resulte notorio que de haber sido enjuiciados los hechos bajo la vigencia de la nueva regulación la pena de prisión que hubiera correspondido imponer sería, indudablemente, de una duración muy inferior.

En estos casos, los fiscales serán especialmente cautelosos a la hora de realizar la correcta equivalencia entre el tipo penal derogado y el vigente, debiendo tener en cuenta la introducción de las nuevas circunstancias agravatorias que puedan ser de aplicación conforme a la modificación introducida por la LO 10/2022".

En ocasiones va a resultar obligada la revisión, como cuando por la aplicación legal de la pena superior o inferior en grado o la imposición de la pena en su mitad superior o inferior, la concreta pena a que el reo fue condenado no fuere imponible con arreglo a la nueva regulación. En estos supuestos, deberá admitirse su revisión cuando la nueva ley sea considerada más beneficiosa de conformidad con el art. 2.2 CP.

Crónica de la Facultad de Derecho

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 633-637
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Doi: https://doi.org/10.17398/2695-7728.40.633

XXXI CONGRESO INTERNACIONAL EBEN (EUROPEAN BUSINESS ETHICS NETWORK), UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA: "EL HUMANISMO EMPRESARIAL EN LA ERA DIGITAL: UNA VISIÓN ÉTICA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL"

(Área de Derecho Administrativo y Área de Empresa y Sociología)

XXXI INTERNATIONAL CONGRESS EBEN (EUROPEAN BUSINESS ETHICS NETWORK), UNIVERSITY OF EXTREMADURA: "BUSINESS HUMANISM IN THE DIGITAL AGE: ARTIFICIAL INTELLIGENCE"

(Administrative Law Area and Business and Sociology Area)

JUAN ANTONIO PAVÓN PÉREZ

RAFAEL ROBINA RAMÍREZ

Universidad de Extremadura

Los pasados días 3 y 4 de junio de 2024 tuvo lugar en el Complejo Cultural San Francisco de Cáceres el XXXI Congreso Internacional EBEN (European Business Ethics Network), organizado conjuntamente por la Universidad de Extremadura y EBEN, bajo la dirección de Rafael Robina Ramírez, Profesor titular del Universidad de Extremadura del Departamento de Empresa y Sociología. El profesor de la Facultad de Derecho, Juan Antonio Pavon Perez, ha formado parte del Comité organizador y del Comité científico. El tema elegido en esta ocasión ha sido "*el humanismo empresarial en la era digital: Una visión ética de la inteligencia artificial*". Este Congreso está concebido como un foro de conocimiento y de intercambio de experiencias en el que la participación, el debate y la reflexión de los universitarios, profesionales, empresas tecnológicas y público interesado posibilitan el intercambio de ideas en aras de una mayor comprensión de un fenómeno tan complejo como apasionante. Sus contenidos pluridisciplinares permiten el análisis de temas de actualidad, de demanda social y de campos específicos del saber (derecho, filosofía, economía, ética, tecnología). Junto a la mirada académica del fenómeno de la IA no se prescinde de un enfoque científico práctico. Complementa de este modo las disciplinas universitarias y fomenta la preparación cultural de la ciudadanía. Este Congreso ha contado con la colaboración de numerosas entidades públicas y privadas. Cabe resaltar la aproximación holística pergeñada al respecto a lo largo del Congreso, ya que las comunicaciones presentadas no se han conformado con una aproximación meramente descriptiva al objeto de análisis, sino que han ahondado en una aproximación pragmática o práctica del fenómeno de la IA. Es más, frente a la *lege data*, los intervinientes en el congreso no rehuyen propuestas de *lege ferenda* mediante una aproximación teleológica, propositiva y valorativa. Se han examinado cuestiones especialmente críticas como la ética y la privacidad, la equidad y la inclusión, la seguridad y la confiabilidad, o la necesidad de marcos legales y regulatorios adecuados. Además, se exploran casos de estudio y experiencias prácticas que ilustran tanto los logros como los obstáculos encontrados en la implementación de la inteligencia artificial en diferentes contextos y niveles de gobierno.

En concreto, se presentaron 150 comunicaciones en las cinco salas del Complejo Cultural San Francisco y se abordaron temáticas relacionadas con el uso ético de la IA en temáticas agrupadas en 8 apartados que contienen 31 tracks:

- Economía: Economía Rural y Agraria, Auditoria y Reporting; Ética en Contabilidad y Finanzas,04, Digitalización y Riesgos Emergentes, Economía de la Innovación, Emprendimiento y Nuevas Economías, Estrategia Empresarial
- Empresa: IA y Futuro del Trabajo, Liderazgo y Gestión Empresarial, Gestión de Recursos Humanos Marketing, Empresa Familiar, Empresas Sanitarias, Turismo y Empresas Turísticas.
- RSC: Reputación Corporativa, Gobierno Corporativo, Información y toma de decisiones en la economía social, Humanización en la Empresa y Clima Organizacional, Relaciones Públicas y Comunicación.
- Inclusión. IA y Discapacidad, IA e Inclusión Socio-Laboral, Gestión de Entidades sin Ánimo de Lucro.
- Sostenibilidad: Transición Digital y Eco-Innovación, Sostenibilidad y Criterios ESG, Finanzas Sostenibles.
- Ética: Fundamentos de Ética Empresarial, Virtudes y Competencias Morales
- Educación y Bienestar y Felicidad
- Internacionalización

La alta participación de comunicaciones y empresas permitió presentar un nuevo formato de congreso donde ponentes de 28 universidades a nivel nacional e internacional conectaron sus investigaciones sobre IA y Ética con empresas de tecnología. Para ello se abordaron dinámicas de grupos, encuentros "face to face" entre empresas y expertos en IA con la finalidad de presentar proyectos que concurran a la financiación de UE en materia de IA y digitalización.

Resulta un lugar común afirmar que la irrupción de instrumentos y herramientas relacionadas con la Inteligencia Artificial (en adelante IA) está ya suponiendo un cambio de paradigma tecnológico de efectos ya reales, pero de consecuencias que sólo la evolución futura podrá valorar adecuadamente. El Derecho y la economía, naturalmente no podían quedarse al margen de esta discusión, que marcará sin duda el devenir humano, como en su día lo supuso el comercio, los medios de transporte, la electricidad, las telecomunicaciones, la informática o los medios de comunicación social. *Homo sum, humani nihil a me alienum puto*, como decía el comediógrafo Terencio, y en esa actitud, el

jurista, atento a la realidad social, ha de implicarse en la tarea triple de promover, analizar y ofrecer pautas críticas de la regulación de la Inteligencia artificial, su implantación y su uso en un contexto cada vez menos especializado y más masivo, con las implicaciones que ello conlleva.

No pocas veces, cuando hablamos de regular la Inteligencia artificial, nos quedamos en el ámbito limitativo de proveer normas que ordenen y en su caso restrinjan el uso y aplicación de aquellos aspectos más problemáticos de la IA, y que son susceptibles de generar conflictos sociales. Qué duda cabe que esa es la función primordial del Derecho, y que resulta loable la pretensión de un crecimiento e implantación de la inteligencia artificial ordenado, sostenible, igualitario, no discriminador, y socialmente armonioso, en pleno respeto de los derechos y libertades individuales en su dimensión tanto física como digital. Pero no es menos cierto que pobre sería la perspectiva normativa del fenómeno de la Inteligencia artificial si no previera acercarse a él desde el punto de vista del impulso, su desarrollo activo, y el fomento de su utilización por la sociedad. El vertiginoso avance de la IA y su creciente influencia en diversos sectores económicos y sociales exigen una regulación que no solo impulse su desarrollo, sino que también garantice un uso ético y responsable. Es fundamental que la normativa asegure que la IA beneficie a la sociedad en su conjunto, evitando sesgos injustos y protegiendo los derechos fundamentales de los individuos.

En definitiva, los retos no son pocos y una adecuada implementación de la IA evidentemente no está exenta de potenciales riesgos. La era digital trae consigo beneficios significativos, como el acceso a la información, la comunicación instantánea y la automatización de procesos, lo que incrementa la eficiencia y productividad en diversas industrias. Sin embargo, también presenta riesgos considerables, tales como la deshumanización del trabajo, la pérdida de empleos debido a la automatización, y la posible invasión a la privacidad y los derechos individuales. Estos desafíos subrayan la urgencia de adoptar un enfoque de "humanismo empresarial" que priorice la dignidad humana sobre la lógica del mercado y la eficiencia tecnológica. La bondad de estos cambios y sus efectos en las transformaciones sociales y económicas permitirá a la tecnología servir al bien común y al desarrollo humano integral, en lugar de ser un fin en sí misma. En este contexto, el "humanismo empresarial" emerge como una necesidad. Este enfoque pone a la persona en el centro, reconociendo que la tecnología debe ser una herramienta para mejorar la calidad de vida y promover la dignidad humana. La meta es crear un equilibrio donde los

avances tecnológicos y las dinámicas del mercado se alineen con los valores éticos y el bienestar social. De esta manera, se podrá civilizar el nuevo mundo digital, garantizando que los beneficios de la era digital se distribuyan de manera equitativa y justa.

Resultado inmediato del congreso es el libro de actas que ha visto ya la luz. Otro de los objetivos del Congreso era actuar como catalizador en el firme propósito de avanzar en la constitución del Primer Observatorio Nacional de IA, Ética e Inclusión, siendo así que se han dado los primeros pasos al respecto de la mano de las empresas tecnológicas y las distintas Administraciones concernidas.

JUAN ANTONIO PAVÓN PÉREZ
Universidad de Extremadura
Área de Derecho Administrativo
Profesor Asociado a TP (acreditado Contratado Doctor)
jpavper@unex.es
ORCID:0000-0002-2410-7182

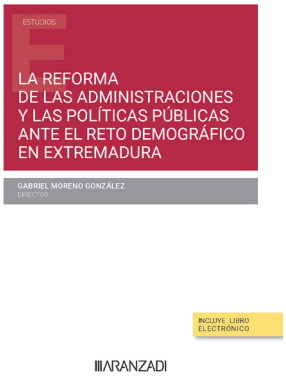
RAFAEL ROBINA RÁMIREZ
Universidad de Extremadura
Área de Dirección de empresas y sociología.
Profesor Titular (acreditado Catedrático)
rrobina@unex.es
ORCID:0000000185468195

Recensiones Bibliográficas

Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura 40 (2024): 641-645
ISSN: 0213-988X – ISSN-e: 2695-7728

CC BY

Gabriel Moreno González (director), *La reforma de las administraciones y las políticas públicas ante el reto demográfico en Extremadura*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2024, 250 páginas, ISBN: 978-84-1162-719-1, ISBN digital: 978-84-1162-721-4.



La despoblación es un fenómeno que ha cobrado una creciente relevancia en España en las últimas décadas, afectando especialmente a las áreas rurales. Este proceso se manifiesta en el continuo descenso de la población en numerosas localidades, lo que conlleva una serie de consecuencias negativas tanto a nivel social como económico. En términos demográficos, esta compleja problemática provoca un envejecimiento de la población, un descenso en la natalidad y la consiguiente pérdida de capital humano. Además, las áreas más afectadas suelen experimentar una reducción de servicios públicos, infraestructura y oportunidades laborales, lo cual, a su vez, alimenta el ciclo de abandono y desinversión en estas regiones.

En el caso concreto de Extremadura, la despoblación se ha convertido en un reto urgente que requiere atención inmediata. Esta Comunidad Autónoma, a pesar de contar con un rico patrimonio natural y cultural, ha visto cómo muchas de sus localidades se vacían, repercutiendo negativamente en su desarrollo económico y social. Extremadura se enfrenta a tasas de despoblación superiores a la media nacional, lo que plantea interrogantes sobre la viabilidad de su futuro. Las políticas públicas dirigidas a abordar este problema son esenciales para revitalizar el territorio, fomentar la cohesión social y garantizar que las comunidades rurales puedan prosperar.

El libro *La reforma de las administraciones y las políticas públicas ante el reto demográfico en Extremadura*, dirigido por el Profesor de Derecho Constitucional Gabriel Moreno González y publicado por la prestigiosa editorial Aranzadi en 2024, se presenta como una contribución significativa al análisis del fenómeno de la despoblación en la Región extremeña. Con un enfoque multidisciplinar, el texto aborda las implicaciones de las políticas públicas y las reformas administrativas en un contexto marcado por los desafíos demográficos persistentes.

A lo largo de sus páginas, el libro ofrece una recopilación de artículos que exploran diversas aristas del problema territorial en Extremadura.

En el primer capítulo, titulado "*El problema territorial en Extremadura: Una visión desde el derecho y el reformismo*", el director de la obra, Gabriel Moreno González, ofrece un análisis exhaustivo de las complejas dinámicas que afectan a la Región extremeña. El autor subraya la importancia de articular el territorio de nuestro país más allá de los anhelos nacionalistas y/o independentistas, proponiendo un enfoque integrador que fomente la cohesión y el desarrollo sostenible. En este sentido, se plantean diversas propuestas de mejora de la Administración Pública, como la racionalización de la planta de municipios existentes, con el objetivo de optimizar la gestión de recursos y servicios en un contexto marcado por la complejidad del reto demográfico.

Asimismo, se examinan propuestas para mejorar la financiación local y autonómica, con el fin de dotar a las Administraciones de las herramientas necesarias para hacer frente a los retos demográficos actuales. El autor también destaca la relevancia de fomentar la cooperación con el país vecino, Portugal, sugiriendo que el fortalecimiento de los lazos transfronterizos puede ser clave a fin de abordar problemas comunes y aprovechar oportunidades de desarrollo compartido.

En el segundo capítulo, titulado "*La influencia de las administraciones públicas e instituciones educativas históricas en la despoblación rural en la provincia de Cáceres (siglos XIX-XXI): Estudio de caso de las comarcas de Tajo-Salor y Sierra de Montánchez*", Raquel Tovar Pulido lleva a cabo un análisis exhaustivo de la historia de la Administración Educativa en Extremadura, centrándose especialmente en la provincia de Cáceres. El presente capítulo examina cómo las decisiones adoptadas por las Administraciones Públicas en el ámbito educativo han impactado en la despoblación rural. A través de un estudio específico del nivel educativo en las comarcas de Tajo-Salor y Sierra de Montánchez,

la autora busca dilucidar si existe una relación directa entre el nivel educativo y el fenómeno de la despoblación en estas áreas, destacando la importancia de un sistema educativo robusto como factor determinante para el desarrollo y la permanencia de la población en el medio rural.

El tercer capítulo, titulado "*Comarcalizar Extremadura: Posibilidades desde la actual regulación jurídica*", es aportado por Ana Torrecillas Martínez, quien presenta propuestas concretas desde el marco legal vigente para fortalecer la cohesión territorial mediante la articulación jurídica de las comarcas en la Región. La autora examina este novedoso modelo de gobernanza y cómo podría facilitar la cooperación intermunicipal, permitiendo una optimización en el uso de los recursos disponibles en la lucha contra la despoblación.

El cuarto capítulo, "*La traducción del principio constitucional de solidaridad en la Comunidad Autónoma de Extremadura*", escrito por Juan Francisco Barroso Márquez, profundiza en cómo el principio de solidaridad, consagrado en la Constitución Española, se traduce y se aplica en el contexto extremeño. Este capítulo examina la interrelación entre la solidaridad y las políticas públicas en la Región, destacando la importancia de crear un sistema que no solo se enfoque en la distribución de recursos, sino que también fomente la cohesión social y territorial en un entorno marcado por la despoblación.

El quinto capítulo, "*Policía y seguridad en Extremadura: La necesaria reforma de los modelos de policías locales en las áreas rurales*", escrito por Miguel Ángel Rufo Rey, aborda cuestiones prácticas y contemporáneas relacionadas con la seguridad pública y los esfuerzos para frenar el despoblamiento. Este capítulo enfatiza la necesidad de adaptar los modelos de policía a las características rurales, proponiendo estrategias para fortalecer la seguridad en dichas zonas.

En el sexto capítulo, titulado "*Incorporando la criminología en las administraciones locales: Especial referencia a las áreas rurales*", Jordi Ortiz García subraya la importancia de incluir la figura del criminólogo en el contexto rural, destacando su papel en ayuntamientos y mancomunidades. El autor propone diversas funciones para los criminólogos, que van desde la gestión y planificación de la seguridad hasta la colaboración con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en materia de violencia de género. Este enfoque innovador es fundamental para entender cómo la integración de la criminología en las políticas locales puede no sólo contribuir a la prevención del delito, sino también actuar como un motor para el desarrollo social y económico de las comunidades rurales.

El séptimo capítulo, "*El futuro de la justicia de paz en España: El caso de Extremadura*", también de Jordi Ortiz García y Miguel Ángel Rufo Rey, toca el tema de la situación de los Juzgados de Paz en el contexto extremeño, enfatizando su importancia en la resolución de conflictos y en el acceso a la justicia en áreas despobladas, donde la proximidad a los servicios judiciales es fundamental.

El octavo capítulo, titulado "*La prestación del servicio público local de protección civil en Extremadura: El papel de las mancomunidades ante el reto demográfico*", es obra de Ana Belén Lucas Tobajas y se centra en la importancia de un adecuado desempeño del servicio público local de protección civil como herramienta para revertir el proceso de despoblación que sufre la Región.

En el noveno capítulo, titulado "*El género del reto demográfico: Situación y propuestas*", Silvia Soriano Moreno realiza un exhaustivo análisis de la situación actual de la despoblación en relación con la perspectiva de género. La autora argumenta que el citado fenómeno impacta de manera diferenciada a los hombres y a las mujeres, y enfatiza la necesidad de incorporar esta dimensión en las políticas públicas. A través de propuestas concretas, Soriano Moreno busca promover una respuesta más inclusiva y efectiva frente a este fenómeno, subrayando la importancia de reconocer y abordar las necesidades específicas de cada género en la formulación de políticas que aspiren a revertir el éxodo poblacional. Este enfoque no solo busca mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos, sino también fomentar la igualdad de oportunidades y derechos en el contexto de los desafíos demográficos que enfrenta la Región.

Por último, en el décimo capítulo, titulado "*Especialización productiva y economías de aglomeración en el medio rural: Una visión de Extremadura y el Alentejo mediante organización supramunicipal*", los autores José Francisco Rangel Preciado, Francisco Manuel Parejo Moruno y Esteban Cruz Hidalgo estudian la viabilidad de una estrategia de desarrollo rural basada en las teorías económicas de aglomeración empresarial en áreas como Extremadura que cuentan con una baja densidad empresarial.

En conclusión, *La reforma de las administraciones y las políticas públicas ante el reto demográfico en Extremadura* es un texto relevante que no sólo aborda la complejidad del fenómeno de la despoblación, sino que también ofrece propuestas concretas para reformar las políticas públicas en la Región. Su enfoque multidisciplinar y su análisis profundo de las problemáticas locales convierten a esta obra en un recurso valioso para académicos, gestores públicos y

cualquier interesado en el futuro del medio rural en Extremadura. La variedad de perspectivas presentadas en el libro enriquece el debate sobre cómo afrontar uno de los desafíos más críticos que enfrenta la Región en la actualidad. Con su rigor académico y su relevancia práctica, esta obra se erige como una referencia indispensable para aquellos que buscan comprender y actuar ante el complejo panorama demográfico en Extremadura.

DIEGO BECERRA FERNÁNDEZ
Universidad de Extremadura
Área de Derecho Financiero y Tributario
Profesor Sustituto Interino y Doctorando
dbecerraf@unex.es
ORCID: 0009-0007-9488-2153