



Anuario de la Facultad de Derecho

Universidad de Extremadura

número

41
2025





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

D. L.: CC-227-1985 · ISSN: 0213-988X · ISSN-e: 2695-7728

Núm. 41 (2025)



**ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO.
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA**

D. L.: CC-227-1985 · ISSN: 0213-988X · ISSN-e: 2695-7728

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).

Correo electrónico de la Secretaría: redaccionafdue@unex.es

AUTORIZACIÓN DE REPRODUCCIONES

© 2025. 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)

Diseño editorial: motu estudio

Imprime:

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

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

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

Equipo editorial

Presidente

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

Consejo de Redacción

Director

Pedro Ródenas Cortés. *Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*

Secretaria

Cristina Cintora Egea. *Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*

Vocales

Mercedes Sabido Rodríguez. *Directora del Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*

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

Gregorio Serrano Hoyo. *Director del Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*

Isaac Merino Jara. *Magistrado de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario*

María Félix Tena Aragón. *Presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura*

María Clara Pereira de Sousa de Santiago Sotto Mayor. *Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal*

Comité Científico

Aguilar Garnica, Juan José. *Universidad Autónoma de Nueva León. México.*

Álvarez García, Vicente. *Universidad de Extremadura. España.*

Andreu Gálvez, Manuel. *Universidad de Extremadura. España.*

Arrieta Alberdi, Jon. *Universidad del País Vasco. España.*

Bagni, Silvia. *Universidad de Bolonia. Italia.*

Baltar Rodríguez, Francisco. *Universidad de Zaragoza. España.*

Barque, François. *Universidad de Grenoble. Francia.*

Busch Venthur, Tania. *Universidad Andrés Bello. Chile.*

Calvo Vérgez, Juan. *Universidad de Extremadura. España.*

Camisón Yagüe, José Ángel. *Universidad de Alicante. España.*

Cárdenas García, Jaime. *Universidad Nacional Autónoma de México. México.*

Castillo Martínez, David Enmanuel. *Universidad Autónoma de Nueva León. México.*

Checa González, Clemente. *Universidad de Extremadura. España.*

Cortés Bechiarelli, Emilio. *Universidad de Extremadura. España.*

Cruz Márquez, Beatriz. *Universidad de Cádiz. España.*

Cuello Contreras, Joaquín. *Universidad de Extremadura. España.*

Daugareilh, Isabelle. *Université de Bordeaux. Francia.*

Daza Rojas, Julie Marcela. *Universidad Nacional de Colombia. Colombia.*

De Andrés Martín, Juan Ramón. *Universidad Rey Juan Carlos. España.*

De Oliveira Xavier, Marinéz. *Instituto Politécnico de Beja. Portugal.*

Ferrer Cazorla, Ignacio. *Colegio Notarial de Extremadura. España.*

Franco Chasán, José. *Universidad Rey Juan Carlos. España.*

Garduño Domínguez, Gustavo. *Universidad Autónoma de Tlaxcala. México.*

Garza Castillo, Mario Alberto. *Universidad Autónoma de Nuevo León. México.*

Guerrero Galván, Luis René. *Universidad Nacional Autónoma de México. México.*

Herke, Csongor. *University of Pécs. Hungría.*

Herrera, Carlos Miguel. *Universidad de Cergy-París. Francia.*

Hierro Hierro, Francisco Javier. *Universidad de Extremadura. España.*

Juanes Peces, Ángel. *Tribunal Supremo de España. España.*

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

Llamas Pombo, Eugenio. *Universidad de Salamanca. España.*

Madrid Ramírez, Raúl. *Pontificia Universidad Católica de Chile. Chile.*

Martínez Garza, Julio César. *Universidad Autónoma de Nueva León. México.*

Masferrer, Aniceto. *Universidad de Valencia. España.*

Medina Ariza, Juan José. *Manchester University. Reino Unido.*

Mezzasoma, Lorenzo. *Università degli Studi di Perugia. Italia.*

Montero Juanes, Francisco Javier. *Fiscalía Superior de Extremadura. España.*

Moretón Sanz, M^a Fernanda. *Universidad Nacional de Educación a Distancia. España.*

Obarrio Moreno, Juan Alfredo. *Universidad de Valencia. España.*

Pérez Gallargo, Leonardo B.. *Universidad Nacional de la Habana. Cuba.*

Perkumiene, Dalia. *Vytautas Magnus University. Lituania.*

Quiroga Chapa, Sergio Alejandro. *Universidad Autónoma de Nuevo León. México.*

Rabinovich-Berkman, Ricardo. *Universidad de Buenos Aires. Argentina.*

Román García, Antonio Manuel. *Universidad de Extremadura. España.*

Rosell Granados, Jaime. *Universidad de Extremadura. España.*

Ruiz Velasco Barba, Rodrigo. *Universidad Panamericana. México.*

Salinas Garza, Juan Ángel. *Universidad Autónoma de Nueva León. México.*

Seiça Girao, Irene. *Jurista Assessora do Supremo Tribunal de Justiça. Universidade de Coimbra. Portugal.*

Serrano González de Murillo, José Luis. *Universidad de Extremadura. España.*

Soberanes Díez, José María. *Universidad Panamericana. México.*

Storini, Claudia. *Universidad de Navarra. España.*

Van De Wyngard Moyano, Jorge. *Universidad Bernardo O'Higgins. Chile.*

Viciano Pastor, Roberto. *Universidad de Valencia. España.*

Zambrano, Virginia. *Università degli Studi di Salerno. Italia.*

Número 41 (2025)

Sumario

ARTÍCULOS

Notas acerca de la censura inquisitorial: un enfoque desde la perspectiva actual

Notes on inquisitorial censorship: an approach from today's perspective

CARMEN CABALLERO LOZANO, MARÍA JESÚS TORQUEMADA SÁNCHEZ..... 11-31

Citación electrónica en el Código de Proceso Civil Brasileño y la inconstitucionalidad de la Ley n. 14.195/21

Electronic citation in the Brazilian Civil Procedure Code and the unconstitutionality of the Law No. 14,195/21

DANIEL ROBERTO HERTEL 33-52

Plusvalía e inflación magnitud, medida y unidad valor, precio y moneda

Capital gains and inflation magnitude, measure and unity value, price and money

EMILIO AGUAS ALCALDE..... 53-72

El principio de reparto en el sistema federal. Una propuesta para los países latinoamericanos a la luz del federalismo dúctil

The distribution principle in the federal system. A proposal for Latin American countries in the light of ductile federalism

FRANCISCO VÁZQUEZ GÓMEZ BISOGNO 73-105

A vueltas con las medidas provisionales en la Corte Internacional de Justicia: la cuestión de la jurisdicción *prima facie* y la plausibilidad. Especial referencia a la *Reverse Compliance* en el asunto *Ukraine v. Russian Federation* y al asunto *Nicaragua v. Germany*

Revisiting provisional measures at the International Court of Justice: the question of prima facie jurisdiction and plausibility. Special reference to the Reverse Compliance in the Ukraine v. Russian Federation and Nicaragua v. Germany cases

MARÍA DEL ÁNGEL IGLESIAS VÁZQUEZ 107-134

La emergencia del orden de la Inteligencia Artificial: un análisis político <i>The emergence of the Artificial Intelligence order: an analysis from political</i> ODÍN ÁVILA ROJAS	135-157
Coste-beneficio de la justicia restaurativa frente al sistema penal tradicional español <i>Cost-benefit analysis of restorative justice versus the traditional criminal justice system in Spain</i> ÁNGEL MANZANARES	159-180
La posible compensación de las actividades turísticas por medio de un impuesto potestativo local <i>The Possible Compensation of Tourist Activities through a Local Discretionary Tax</i> DIEGO BECERRA FERNÁNDEZ.....	181-203
La comunicación en las instituciones públicas: un desafío en clave social y democrática para avanzar en transparencia, participación y e-inclusión <i>Communication in public institutions: a social and democratic challenge to advance transparency, participation, and e-inclusion</i> ASUNCIÓN FUENTES SANTAMARÍA.....	205-225
Tres dogmas sobre accesoriedad de la participación y una conclusión sobre la autoría del delito. <i>Three Dogmas on the Accessory Nature of Participation and a Conclusion on the Perpetratorship of the Crime. Regarding Jakobs's conception of criminal involvement</i> JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS	227-261
Postulados jurídicos, económicos y sociales de los partidos ultranacionalistas en Europa Occidental <i>Legal, economic, and social stances of ultranationalist parties in Western Europe</i> JAVIER MATAMOROS-BECERRA.....	263-290
La discriminación por enfermedad en el despido <i>Dismissal based on illness</i> JULIÁN JOSÉ MIGUEL BARRADO.....	291-314
Las dotaciones económicas a los grupos municipales <i>Financial Allocations to Municipal Groups</i> ÁLVARO GONZÁLEZ-JULIANA MUÑOZ	315-336

Reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la retribución de los administradores a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Supremo

Reflections on the principle of proportionality in directors' remuneration in the light of recent Supreme Court jurisprudence

MATÍ DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ ALFARO 337-361

Reflexiones críticas en torno al negocio de los datos personales por las plataformas tecnológicas (buscadores y redes sociales): entre la disimulada actividad contractual y la responsabilidad civil por su procesamiento ilícito

Critical reflections on the business of personal data by technological platforms (search engines and social networks): between disguised contractual activity and civil liability for its unlawful processing

ÁNGEL ACEDO PENCO 363-387

Posición jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca de la *cautela socini*

Jurisprudential position of the Supreme Court on the Socini Caution

PEDRO RÓDENAS CORTÉS 389-417

Radiografía sobre la fiscalidad de la caza: una materia imponible al servicio del poder tributario propio de las CC.AA. Especial referencia a la aplicación del impuesto extremeño sobre aprovechamientos cinegéticos

Radiography of hunting taxation: a taxable subject matter at the service of the autonomous communities' own tax power, with special reference to the application of the Extremaduran tax on game exploitation

MARÍA SONIA GARCÍA BACHILLER, JUAN CALVO VÉRGEZ 419-462

Control jurídico de la prohibición de regresión en materia ambiental

Legal oversight of the non-regression principle in environmental law

ANTONIO ALONSO CLEMENTE 463-508

La protección constitucional del medio ambiente y su proyección sobre los derechos fundamentales

Constitutional Protection of the Environment and Its Impact on Fundamental Rights

PABLO FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO 509-535

PREMIOS SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT

Aspectos jurídicos y fiscales de la sucesión de las explotaciones agropecuarias

Legal and Tax Aspects of the Succession of Agricultural Holdings

ESMERALDA CARO CINTAS 537-556

Ejecución hipotecaria y dación en pago en caso de incumplimiento del deudor hipotecante: análisis jurídico e implicaciones con respecto a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030

Foreclosure and Dation in Payment in the Event of Default by the Mortgagor: Legal Analysis and Implications with Respect to the Sustainable Development Goals of the 2030 Agenda

MARÍA AMPARO GARCÍA CANO 557-572

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MARÍA CARRO PITARCH, *Los recursos genéticos marinos de las zonas fuera de la jurisdicción nacional: Un antes y un después en su régimen jurídico a la luz del Acuerdo BBNJ*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2025, 464 páginas. ISBN papel: 9788410954489. ISBN Ebook (open access): 9788410954496.

JUAN MANUEL RODRÍGUEZ BARRIGÓN 573-578

Ángel Acedo Penco, *Análisis dogmático y jurisprudencial de la teoría de la obligación en el Código civil español*, editorial Reus, Madrid, 2025, 428 páginas. ISBN: 978-84-2902-959-8. Depósito legal: M-17113-2025.

ALEJANDRO PLATERO ALCÓN 579-580

Ángel Acedo Penco, *La propiedad en proindiviso y otras cotitularidades Extinción y división. La 'actio communi dividundo'*, editorial Dykinson, Madrid, diciembre, 2023, 370 páginas. ISBN: 9788411708579. ISBN electrónico: 978-84-1070-184-7. Depósito legal: M-35823-2023

ALEJANDRO PLATERO ALCÓN 581-582

CRÓNICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Jornada “El encaje de la ciberseguridad en la Unión Europea de los valores” (Área de Derecho Constitucional)

Conference “The fit of cybersecurity in the European Union of the values” (Area of Constitutional Law)

LORENA CHANO REGAÑA 583-586



Artículos Originales || Recibido: 11/03/2024 || Aceptado: 25/09/2025

Notas acerca de la censura inquisitorial: un enfoque desde la perspectiva actual

Notes on inquisitorial censorship: an approach from today's
perspective

Carmen Caballero Lozano  0000-0002-2762-9402

Doctoranda Universidad Rey Juan Carlos. Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas.
c.caballerol2022@alumnos.urjc.es

María Jesús Torquemada Sánchez  0000-0002-9751-5531

Profesora Titular de Historia del Derecho. UCM
mariajesustorquemada@der.ucm.es

Resumen

Abordamos en este estudio una revisión del ámbito de actuación de la censura ejercida por el Tribunal del Santo Oficio haciendo hincapié en dos cuestiones: en primer lugar, la introducción de la moral como objeto de la misma a mediados del siglo XVIII y en segundo lugar la dificultad que presentó ajustar el concepto tradicional de herejía a las nuevas ideas que darían lugar a la Ilustración y el liberalismo, contrarias al dogma y a la disciplina eclesiástica.

Palabras clave: censura, Inquisición, siglo XVIII, libros prohibidos, herejía, moral, Ilustración, liberalismo.

Abstract

In this research we review the scope of the censorship exercised by the Tribunal of the Holy Office, with special emphasis on two issues: firstly, the introduction of morality as an object of censorship in the mid-17th century, and secondly, the difficulty of adjusting the traditional concept of heresy to the new ideas that would result in the Enlightenment and the liberalism, which were contrary to dogma and ecclesiastical discipline.

Keywords: Censorship, Inquisition, eighteenth century, banned books, heresy, moral, Enlightenment, liberalism.

Sumario

1. Introducción
2. Espacios de actuación de la censura inquisitorial y papel de la monarquía
3. La corrección doctrinal y moral de libros, escritos contrarios a la Corona, a España, a la Religión y a la Iglesia Católica como objeto de la censura inquisitorial
4. Conclusiones

I. Introducción

El objetivo del presente trabajo es analizar una institución político-administrativa extinguida hace siglos, la Inquisición española, en relación con otra institución jurídica, formalmente desaparecida hace menos tiempo, pero que ha existido desde antiguo: la censura.

No podemos dejar de mencionar aquí que esa cortapisa para la libertad de expresión oral, escrita, literaria, plástica, etc., si bien erradicada en teoría dentro de la sociedad occidental de corte democrático, sigue subyaciendo de forma mucho más sutil y subliminal, valiéndose ahora las autoridades y los lobbies a los que sirve de otros sistemas lejanos en la forma a los que utilizaron las autoridades del Antiguo Régimen, pero resultando igualmente o, incluso, más eficaz que aquel control estatal, eclesiástico o inquisitorial de antaño.

En el presente estudio partiremos siempre de los parámetros morales y del *main stream* que prevalece en las corrientes de pensamiento actuales, a fin de valorar diversos aspectos relativos a aquel control de la sociedad llevado a cabo durante los siglos anteriores al liberalismo decimonónico.

Además, el enfoque principal de estas páginas pretende llevarse a cabo siempre desde la perspectiva jurídica, que se vio profundamente alterada en el ámbito europeo desde el siglo de Las Luces.

Actualmente, el Diccionario de la Real Academia Española contempla el término *censura* como relativo a una obra y también, según señala en su tercera acepción, al organismo encargado de ejercer la censura¹.

Sin embargo, en sus orígenes hacía referencia al oficio del censor en la antigua Roma²; y en el ámbito del derecho canónico equivalía a un tipo de pena eclesiástica de carácter medicinal que perseguía la enmienda del culpable más que su castigo³. En todas esas acepciones hay una valoración crítica que resulta en la supresión total o parcial del objeto que se somete a juicio. En muchas épocas ha sido ejercida por

1. *Diccionario de la Real Academia de la lengua española*, 2023, <https://dle.rae.es/censura>
Consultado el 19-07-2025

Ya en el ámbito del derecho, la *Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix*, Barcelona, 1952, recoge lo siguiente sobre la censura: Por una parte, pone en relación el origen de la palabra con *census*, que significa lista, padrón hecho por los censores de las personas y haciendas que se hallaban en la ciudad de Roma, que a su vez deriva de *censio*, palabra que tenía múltiples significados, tales como sentencia, arbitrio, la tasa de los bienes hecha por el censor, y también valuar tasar una cosa, multar, imponer una multa etc. A ellos convendría añadir el destacado papel que jugó esta magistratura en Roma tanto en Derecho privado como en Derecho público cuyas variadas actividades, atribuidas previamente para poder ejercerlas, consistían en confeccionar el censo y controlar, mediante nota censoria, el comportamiento político, social y militar de sus ciudadanos.

2. A ello se ha referido ampliamente la autora María Eva Fernández-Vaquero en su obra "La actividad de los censores en la Administración de la República romana": *Iustel*, 15, 2013.

3. Voz "Censura", en Javier Otaduy, Antonio Viana y Joaquín Sedano (coord.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. 1, Cizur Menor (Navarra): Universidad de Navarra-Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

parte de un organismo autorizado legalmente para ello o de un poder con capacidad para ejercer el control social.

Las autoridades políticas y religiosas, a través de sus instituciones, han sido tradicionalmente quienes han ejercido de esta manera la censura de todo aquello que constituyera o pudiera conllevar a un alejamiento de las líneas de pensamiento y comportamiento acordes a sus respectivas normativas⁴. En la época actual los sistemas democráticos, en principio⁵, no legitiman la censura e incluso la proscriben como atentatoria a derechos fundamentales como las libertades de expresión y pensamiento. Pero convendría reflexionar sobre la presencia e influencia de otras formas de censura que campan a sus anchas en nuestro sistema democrático y que condicionan y limitan tanto la libertad de pensamiento como la de expresión de creencias, ideas u opiniones de forma escrita, hablada o mediante cualquier manifestación artística sobre cuestiones más o menos polémicas que cristalizan en la autocensura y en último término en un control de las conciencias. Desde hace unos años se ha puesto de manifiesto estas formas de control con el término “cancelación”.

Llevando a sus últimas consecuencias la consideración de la actividad censoria, en un sentido amplio, recientemente una profesora y diseñadora llega incluso a conceder a este término una significación artística o creativa al afirmar que: “Un arte de la censura es un arte de la suspensión del arte. El artista ha sido llamado a declinar su arte. A manifestar su arte como un juego contra el poder. Ha sido llamado a abandonar su arte para jugar ese juego de un arte que necesariamente debe ser suspendido por ese juego con el poder”⁶. Sin embargo, para centrar adecuadamente esta investigación, es más oportuno servirnos del texto del contemporáneo escritor castellano, Jiménez Lozano:

4. Muñoz Machado, Santiago, y Real Academia Española, *Diccionario del Español Jurídico*, Col. Nuevas Obras Real Academia, 2016. Esta obra registra como censura de libros en su acepción canónica: “el dictamen que se hace acerca de una obra o escrito sobre la adecuación de su contenido a la doctrina y moral católica. Sobre la base de ese dictamen el ordinario confirma, mediante una licencia de publicación (*nihil obstat*) que nada obsta en su contenido, y por tanto puede publicarse con licencia canónica. En caso contrario se le indicarán a quien solicita la licencia las observaciones oportunas respecto al contenido del libro. En caso de la denegación de la licencia o de silencio administrativo negativo, el solicitante puede recurrir, a tenor de lo indicado en la Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe, de 30-III-1992”.

Sobre el control de las publicaciones por parte de la Iglesia, el *Diccionario de Formularios Generales, Legislación y Jurisprudencia* de Diego Hernández Juan y Alejandro Rodríguez Seguí, 1979-2005, recoge en la voz “censura” el contenido del Código canónico de 27 de mayo de 1917: Canon 1.384

5. Podría considerarse si son casos de censura, la tipificación de textos de apología del terrorismo o de ideologías como el nazismo. Con más razón, parte de las leyes de Memoria Histórica que proscriben expresiones favorables a determinados sistemas políticos proscritos.

6. Claudia Díaz, “Estado de excepción y Arte de la Censura. Una reflexión sobre Arte y Poder en tiempos de la pandemia”, *Blog Medium*, 1 de julio de 2020, <https://medium.com/esferapublica/estado-de-excepci%C3%B3n-y-arte-de-la-censura-una-reflexi%C3%B3n-sobre-arte-y-poder-en-tiempos-de-pandemia-d23f2ba19db2>

Consultado el 15 de marzo, 2025

Había muchos modos de censurar un libro ya publicado en los tiempos inquisitoriales, y yo creo que, con los debidos respetos para el arte, había algo así como un arte de la censura en el plano material y éste revelaba mucho de quien lo ejercía⁷.

La censura inquisitorial va a ser analizada parcialmente, en cuanto a su operatividad en un tiempo, el siglo XVIII, y respecto a unas materias determinadas, quizá las que se presentaban como esenciales, enraizadas en la propia razón de ser de la Inquisición: la materia religiosa, si bien en este periodo esa función también se llevaba a cabo bajo la idea rectora de que las desviaciones en las creencias pudieran afectar a las estructuras sobre las cuales se había edificado la monarquía española borbónica, el Despotismo Ilustrado. Así pues, el estudio resulta especialmente interesante porque su delimitación temporal, inscrita en el comienzo de una nueva etapa sacudida por las ideas de la Ilustración, provocó una crisis en la forma de entender y aproximarse a la religión, de modo que comenzaron a cuestionarse buena parte de los cimientos en los que ésta descansaba y que permanecido prácticamente indiscutidos durante siglos.

También conviene hacer hincapié en que la Inquisición no estaba sola a la hora de censurar escritos, sino que para las obras impresas existía una censura gubernativa previa con la cual debía compaginarse, y que durante el siglo XVIII se materializó en una⁸ colaboración de los vigilantes regio y los inquisitoriales a lo largo de los diversos cordones sanitarios aduaneros establecidos alrededor de la península ibérica⁹.

A lo largo de estas páginas se esboza el modo de proceder de los inquisidores con sus sutilezas y también con sus ingenuidades. Estaban forzados a defender la fe, la organización eclesiástica y sus ministros, pero no siempre resultaba fácil el equilibrio entre las prebendas de los religiosos y los intereses de la corona a la que, en última instancia servían. Tribunal singular que no conocía el descanso ni respetaba las fiestas de guardar¹⁰; su mera existencia no está justificada desde ningún ámbito posible, como tantas veces ha mantenido el gran investigador José Antonio Escudero. De sus estudios relativos al tema podremos determinar la dimensión de los cambios estructurales que se propusieron en el siglo XVIII y, finalmente, valorar, con los datos obtenidos a partir de la bibliografía consultada, hasta qué punto intervino la

7. José Jiménez Lozano, "Tachaduras", *Rinconete*, 17 de marzo de 2000, https://cvc.cervantes.es/el_rinconete/antiores/marzo_00/17032000_03.htm

Consultado el 18 de marzo, 2025

8. Rumeu de Armas, Antonio., *Historia de la censura gubernativa en España*. Madrid, 1940, p. 23.

9. Torquemada Sánchez, María Jesús. "Controles aduaneros en el siglo XVIII: conflictos entre la justicia regia y la inquisitorial", *Revista de la Inquisición*, 2001,10, pp. 57-73.

10. María del Camino Fernández Jiménez, *La sentencia inquisitorial*,.Ed. Complutense, Madrid, 2000. La autora señala que los tribunales inquisitoriales podían actuar en días feriados a diferencia del resto de los tribunales. Además, los tribunales de la Inquisición no estaban obligados a concluir la causa, por lo que siempre que el reo solicitara alegar algo en su defensa, en cualquier momento, se le debería oír.

Inquisición en tales asuntos que, en ese periodo parecían constituir el núcleo básico de su competencia.

Para las publicaciones fruto de dicho proyecto se consultaron abundantes fuentes conservadas en el Archivo Histórico Nacional en su sección de Inquisición. Fundamentalmente se revisaron expedientes inquisitoriales, cuya revisión ha contribuido a configurar gran parte de las afirmaciones que aquí se incluyen relativas a la dinámica de la censura inquisitorial según se llevó a cabo en el último periodo de su actuación¹¹.

Las siguientes páginas se dedican a un examen general de la censura inquisitorial de los libros, enmarcándose institucional y políticamente dentro de su último siglo de existencia. Luego se examina la censura de obras religiosas y su tratamiento por la Inquisición, desvelando cuáles son las preocupaciones del organismo y su relación con los intereses del gobierno de la monarquía católica. Todo ese análisis pretende inducir cuál era la mentalidad imperante a la hora de censurar los escritos que debían trascender e impregnar, antes o después, la moral rectora de la sociedad dieciochesca.

2. Espacios de actuación de la censura inquisitorial y papel de la monarquía

La censura ha sido dotada de un alcance interpretativo considerable a partir de la “teoría biopolítica” que Michel Foucault elaboró con éxito en pleno siglo XX. El sociólogo e historiador francés explicaba con ella el cambio histórico que empieza

11. Sin ánimo exhaustivo: Juan Antonio Llorente, *Historia crítica de la Inquisición de España*, (Madrid: Hiperion, 1980); Henry Charles Lea, *Historia de la Inquisición española*, 3 vols., (Madrid: BOE, Fundación Universitaria Español/Instituto de Estudios de la Intolerancia, 2020); Joaquín Pérez Villanueva y Bartolomé Escandell Bonet, *Historia de la Inquisición en España y América*, 3 vols. (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos: 1984); Bartolomé Bennassar, *La Inquisición española. Poder político y control social*, (Barcelona: Crítica, 1984); Beatriz Comella, *La Inquisición española* (Madrid: Rialp, 1998); Jaime Contreras, *Historia de la Inquisición española (1478-1834)*, (Madrid: Arco Libros, 1997); Jean Pierre Dedieu, *La Inquisición*, (Bilbao: Desclee de Brouwer, 1980); José Antonio Escudero López (coord.) *Perfiles jurídicos de la Inquisición Española* (Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Historia de la Inquisición, 1986); Ricardo García-Cárcel, *La Inquisición* (Madrid: Anaya. 1991); Henry Kamen, *La Inquisición española: una revisión histórica*, (RBA Editores, 2004); y José Martínez Millán, *La Inquisición española*, (Madrid: Alianza, 2007). También Juan Antonio Alejandre, “La censura inquisitorial a propósito de unas proclamas políticas”, *Revista de la Inquisición*, 10, (2001), pp. 17-56 también en Enrique Gacto Fernández (editor), *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, (Madrid: Dykinson, 2006); Marcelin Defourneaux, *Inquisición y censura de libros en la España del siglo XVIII* (Madrid: Taurus, 1976); Jesús Martínez de Bujanda, *Censura de la Inquisición y de la Iglesia en España (1520-1966)*, (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2019); Antonio Mestre Sanchís, *Historia de la Iglesia en España*, t. IV (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1979); Manuel de la Pinta Llorente, “Aportaciones para la historia externa de los índices expurgatorios españoles”, *Hispania, Revista Española de Historia*, nº 47, (1952), pp. 253-300; Virgilio Pinto Crespo, *Inquisición y control ideológico en la España del siglo XVI*, (Madrid, Taurus, 1983); y también “Institucionalización inquisitorial y censura de libros”, en *La Inquisición española: Nueva visión, nuevos horizontes*, coord. por Joaquín Pérez Villanueva, (Madrid: Siglo XXI de España Ed., 1980), pp. 513-536; Antonio Sierra Corella, *La censura de libros y papeles en España y los índices y catálogos españoles de los prohibidos y expurgados*, (Madrid: Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, 1947).

a principios del siglo XVIII para transmutar el poder negativo, entendido como “censura”, en positivo, como “subjektividad normalizada”¹². En este contexto, trataremos de situar los distintos ámbitos en los que se desarrolló la censura inquisitorial en el siglo XVIII, recogiendo algunas de las principales aportaciones realizadas por la investigación reciente.

Es preciso comenzar recordando que al Tribunal de la Inquisición se le asignó como labor esencial defender la fe católica de todos aquellos que se manifestasen de una u otra forma contrarios a la ortodoxia de la Iglesia. En España, la herejía se manifestó de distintas maneras, según las épocas, desde la creación de la Inquisición española. Primero el protagonismo fue de los judaizantes, después de los moriscos, a continuación de los protestantes y, finalmente, llegados al siglo XVIII, de los ilustrados, los librepensadores y, en suma, los racionalistas. Un claro reflejo de ello es el contenido del Índice de Libros Prohibidos¹³, donde la producción literaria condenada o mandada expurgar revela lo que representaba una mayor amenaza para la fe católica, pero siempre desde la visión del aparato gubernamental de la monarquía española en el momento de aprobación de cada índice¹⁴.

Hasta el final de su existencia, la Inquisición española se había configurado como uno más de los órganos propios del llamado régimen “polisinodial”. Era la propia Monarquía Católica la que respaldaba los métodos y las sentencias del Santo Oficio, dotando con ello a las decisiones inquisitoriales de una mayor operatividad¹⁵. Bruno Aguilera lo recoge claramente en su estudio sobre el proceso inquisitorial al analizar las actividades preparatorias del mismo¹⁶. También aclara pormenores acerca de la ejecución de las sentencias de reconciliación y de relajación que eran las que debían ser leídas en auto público María del Camino Fernández Jiménez¹⁷. Fernández Carrasco ha considerado, reseñando el estudio sobre la herejía en el pensamiento

12. Una exposición muy ambiciosa, reciente, de las visiones de Foucault y Agamben en: Juan Evaristo Valls Boix, *Giorgio Agamben: Política sin obra*, (Barcelona: Editorial Gedisa, 2020), especialmente dentro del primer capítulo.

13. Vid. Virgilio Pinto Crespo, “Los Índices de libros prohibidos”, *Hispania Sacra*, 35, 71, 1983, pp. 161-191; Laura Beck Varela, “¿El censor ineficaz? Una lectura histórico-jurídica del Índice de Libros Prohibidos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de México*, nº 31, 2015-I, pp. 71-89; también en: Enrique Gacto Fernández, “Libros venenosos (sobre los principios doctrinales de la censura inquisitorial)”, en Gacto, (coord.), *Inquisición y censura: el acoso a la inteligencia en España*. Madrid, Dykinson, 2006, pp. 21-55.

14. Vid. Jesús Martínez de Bujanda en *Censura de la Inquisición y de la Iglesia en España (1520-1966)*, (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2019), 251-253.

15. Martínez de Bujanda, *Censura de la Inquisición y de la Iglesia en España (1520-1966)*, (Madrid: Biblioteca de Autores cristianos, 2019): 252.

16. Bruno Aguilera Barchet, “La estructura del procedimiento inquisitorial: el procedimiento de la Inquisición española” en *Historia de la Inquisición en España y América*, dirigida por Bartolomé Escandell Bonet y Joaquín Pérez Villanueva Vol. 2, (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, pp. 334-558, p. 342.

También Leandro Martínez Peñas, “El proceso inquisitorial” (tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2022), <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=PIMZJo9RC7k%3D>.

Consultado el 14-01-2025

17. María del Camino Fernández Jiménez, *La Sentencia...cit.*, p. 134.

de Domingo de Soto realizado por Sánchez-Lauro que “en cuanto a la relajación de los herejes al brazo secular, el Santo Oficio quedaba manos del poder público, al igual que el inquisidor general era nombrado por el monarca”¹⁸. En la misma línea, aquella jurisdicción dúplice que caracterizaba a los tribunales inquisitoriales, eclesiástica y civil, queda en evidencia en la ejecución de las penas, ya que, como es bien conocido, el carácter sacerdotal de los jueces inquisidores les impedía poner por obra penas que implicaran derramamiento de sangre, como mutilaciones, azotes, lesiones o la muerte. Por eso para estos casos se configuró la “relajación al brazo secular”, entregando al hereje a la justicia real ordinaria, encargada de imponer las penas corporales”.

Sin embargo, desde que la Casa de Borbón se establece en el trono español a comienzos del siglo XVIII, sus reyes, al igual que otros monarcas del momento por toda Europa, se muestran afines a las ideas ilustradas y regalistas para emprender sus proyectos de reformas y modernización¹⁹. Un regalismo que, aunque se había manifestado ya durante el gobierno de los Austrias, conseguirá, gracias a las políticas absolutistas emprendidas por la nueva dinastía de origen francés, atribuirse crecientes ámbitos competenciales, a costa de asumir derechos y privilegios hasta entonces reservados a otros poderes, particularmente a la Iglesia²⁰. De esta manera, los propios ministros que ejecutan estas políticas reformistas comienzan a limitar el campo de actuación del Tribunal de la Inquisición.

Un pulso de fuerzas que significó que algunos hubieran de sufrir consecuencias especialmente gravosas, siendo probablemente los más reconocidos Macanaz²¹ y

18. Eulogio Fernández Carrasco, “Sexto Fernández-Lauro, El crimen de herejía y su represión inquisitorial. Doctrina y praxis en Domingo de Soto”, *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos)* 22 (2018), pp.521.524, p 523.
19. Diana Bianchi, “Inquisición e Ilustración, Un expediente reservado de José Campillo” en *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea* 22 (2000), pp. 63-82: p. 69. “El conflicto Iglesia-Estado estuvo llamado a desenvolverse en el siglo XVIII por el camino de las concesiones y compromisos recíprocos. (...) la política de la Corona se hizo empírica. La expulsión de los jesuitas en 1767, influida por el regalismo apoyado en el filojansenismo ilustrado, se acompasó con el clima general en que entonces se desarrollaba el accionar de las monarquías católicas de Europa Occidental, en un momento decisivo en que el concepto de monarquía iba cediendo paso al concepto de Estado”.
20. Teófanos Egido, “El Regalismo y las relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVIII” en Ricardo García-Villoslada (dir.), vol.4, en *La Historia de la Iglesia en España en los siglos XVII y XVIII*, coord. por Antonio Maestre Sanchis (Madrid: 1979), pp. 125-154; Antonio Álvarez de Morales, “La influencia del regalismo en la configuración de la Inquisición” en *Perfiles jurídicos de la Inquisición española* edit. por José Antonio Escudero (Madrid:1989), pp. 802-804 ; Roberto Fernández en *La España de los Borbones: Las reformas del siglo XVIII*, Temas de Hoy, 1996; Carmen Bolaños Mejías, “Censura inquisitorial, Ilustración y Liberalismo: una aproximación jurídico-política”, *Anuario del Derecho español* 76 (2006), pp. 605-643: p. 605.
21. Melchor de Macanaz, Fiscal del Consejo de Castilla, tuvo que huir a Francia tras ser sometido a un proceso inquisitorial por pretender reformar parcialmente el Santo Oficio en 1715, estableciendo que los calificadores inquisitoriales fueran de nombramiento real y que la condena de cualquier obra debía estar confirmada por la Corona; una Corona que finalmente le retiró su apoyo con la expulsión de su protector Orry por el rey Felipe V. Vid. Carmen Martín Gaité en *El proceso de Macanaz. Historia de un empapelamiento*, Ed. Espasa, Madrid, 1999. También vid. Roberto Fernández en *La España...;* Teófanos Egido, “Las reformas fracasadas. El significado de Macanaz” en J. Villanueva Pérez, B. Escandell Bonet y A. Alcalá (dirs.), *Historia de la Inquisición en España y América*, vol. I. (Madrid:1984): 1234-1247; Diana Bianchi, “Inquisición e Ilustración...”, cit. p.66; y, especialmente interesante:

Olavide²². Y es que la Inquisición, aunque en claro declive por los nuevos tiempos que inevitablemente se acercaban, tenía todavía vigor suficiente para luchar por defender su poder y su jurisdicción mediante casos ejemplarizantes y de gran repercusión como los mencionados.

3. La corrección doctrinal y moral de libros, escritos contrarios a la Corona, a España, a la Religión y a la Iglesia Católica como objeto de la censura inquisitorial

Una de las principales actividades desempeñadas por la Inquisición fue, como ya se ha mencionado, la censura de los textos, esto es, la corrección doctrinal y moral de libros y escritos contrarios a la Corona, a la Religión y a la Iglesia Católica. Una censura que se ejercía *a posteriori* sobre obras ya impresas que circulaban tanto dentro la península como en las colonias americanas. La mayor parte de esas obras habían sido impresas en el extranjero, pero hubo otras tantas que, pese a haber superado la censura previa ejercida por el Consejo Real desde 1654 mediante la indispensable concesión de la licencia de impresión²³, también fueron objeto de la censura inquisitorial²⁴. Un posterior Reglamento de 1805 acogió la normativa anterior relacionada con la actividad censora, que enfocaba su ámbito de acción en tres aspectos, que, siguiendo la síntesis de Caro López, podemos identificar como la “religión”, las “buenas costumbres y regalías”, si bien advirtiendo que “las razones de la censura no se limitaban a estos campos y abarcaban también el orden público”²⁵.

José María Vallejo García-Hevia, “Macanaz y su propuesta de reforma del Santo Oficio de 1714” en *Revista de Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)* 5 (Madrid:1996), pp.187-292. El mismo catedrático estudia el proceso intentado contra el Conde de Campomanes, en “Campomanes y la Inquisición: historia del intento frustrado de empapelamiento de otro fiscal de la monarquía en el siglo XVIII”, *Revista de la Inquisición*, 3 (1994), pp. 141-182.

22. El caso de Olavide, superintendente de las colonias de Sierra Morena, ocurrido ochenta años después de lo que sucedió con Macanaz, se estudia en Marcelin Defourneaux: *Pablo de Olavide, el Afrancesado*, (Padilla: Sevilla,1990). También en: María Isabel García Cano, “El proceso inquisitorial de Pablo de Olavide en el Siglo de las Luces”, *Codex. Anuario de Ciencias Histórico-Jurídicas* 8 (2017-2018), 57-92; José Luis Molina Moreno, “La Inquisición en la España borbónica, el declive del Santo Oficio (1700-1808)”, *Historia de la Inquisición en España y América*, cit., pp. 1353-1367.
23. Sin ánimo exhaustivo acerca de la censura por la Administración civil: Ceferino Caro López y Javier Bragado Lorenzo, “La censura gubernativa en el siglo XVIII”, *Hispania: Revista española de historia*, vol. 64, 217 (2004): 571-600; Ignacio Ezquerro Revilla, “El Consejo Real de Castilla y la autorización administrativa de impresión de libros en el siglo XVI”, *OHM. Obradoiro de Historia Moderna*, Universidad Santiago de Compostela, 23 (2014), pp. 284-313; p.323. Martínez de Bujanda, *Censura...*, cit., pp. 263-265.
24. Ya en el siglo XVII el inquisidor general Andrés Pacheco reclamaba al rey Felipe IV se tuviese más cuidado antes de conceder la licencia de impresión pues cada vez era mayor el número de denuncias que el Santo Oficio recibía contra libros que, sometidos formalmente y habiendo cumplido con todos los requisitos normativos para imprimirse y circular, después él había tenido que mandar recoger y expurgar. Martínez de Bujanda, *Censura...*, cit., p. 264. Bolaños Mejías, “Censura inquisitorial...”, 618-619. Marcelin Defourneaux, *Inquisición y Censura de Libros en la España del siglo XVIII*, (Madrid: Taurus,1973,) pp. 52-53.
25. Ceferino Caro López, Javier Bragado Lorenzo, “La censura gubernativa...”, cit., p.573.

En suma, se trataba de una censura que intentaba impedir la lectura, comercio y posesión de libros perniciosos, así como, indirectamente, disuadir a los autores de la producción creativa potencialmente herética. Como instrumento esencial de ese objetivo se establecía, como es bien sabido, un *Índice*, que relacionaba los escritos peligrosos y que se complementaba con un sistema de vigilancia que implicaba, además del imprescindible control aduanero, una serie de visitas que las autoridades eclesiásticas y seculares debían hacer a las librerías al menos una vez al año. Librerías que, por su parte, estaban obligadas a tener y exponer un ejemplar del *Índice* para poder con ello garantizar a los compradores la adquisición de una obra libre de herejía, con la consecuencia jurídica incriminatoria de que de tal forma resultaba inadmisibles la alegación de desconocimiento en caso de que distribuyeran obras prohibidas o mandadas expurgar²⁶.

Esta tradición para operar por parte de la Inquisición española tenía su origen en las disposiciones tridentinas articuladas por el Papa Pío IV, que había ordenado la publicación de un *Index Romanus* en el siglo XVI. En España, se había elaborado el primero de los índices por el inquisidor general Valdés en 1551 y fue objeto de sucesivas versiones hasta el de 1790, encargado por Rubín de Ceballos. Fueron un total de nueve los catálogos inquisitoriales promulgados de manera independiente del romano. Posteriormente la actividad censora seguirá desarrollándose y, al fin, se recogerá en un Suplemento al último Índice en 1805 y por diversos edictos posteriores hasta la abolición de la institución inquisitorial²⁷.

Faltan estudios específicos acerca de los motivos por los cuales la Inquisición española no se contentó con la existencia de los Índices romanos, debiendo elaborar los suyos propios. Pero aparentemente todo está relacionado con el celo de los monarcas españoles, deseosos de manifestar en todos los ámbitos y aspectos que el Santo Oficio implementado por los Reyes Católicos no era sino un instrumento de control en manos de la corona, y nunca seguía consignas ajenas a las marcadas por el Consejo de la Suprema. Ni siquiera en materia de la ortodoxia de los escritos Roma tenía la última palabra.

Así, paradójicamente y a pesar de las pocas simpatías que despertaba el Santo Oficio español en la nueva dinastía gobernante durante el siglo XVIII, la Inquisición encontró su razón de ser y de perpetuarse como instrumento del monarca, esta vez en forma de aparato de censura frente a las corrientes ilustradas. Pese a sufrir un proceso de declive manifiesto, un hecho vino a revitalizar la institución: las alteraciones de la Revolución Francesa, que acabaron con la monarquía en el país vecino y con la vida de su soberano, suscitando la máxima alarma en el entorno de la monarquía española.

26. Entre la bibliografía antes citada, vid. particularmente Gacto, "Libros venenosos..." cit., pp. 22-23.

27. Martínez de Bujanda, *Censura de la Inquisición...*, cit., p. 266.

Distintas medidas parciales contra la difusión de escritos revolucionarios y propagandísticos se compilaron en la Real Orden de 17 de julio de 1792²⁸. En ella se codificaban las medidas tomadas anteriormente, determinando las condiciones precisas con las que habían de controlarse las obras sospechosas para, eventualmente ser requisadas.

Más aún, al cabo de unos meses el Inquisidor General insistía ante Carlos IV sobre los riesgos crecientes de papeles y libros sediciosos que entraban desde Francia, lo que se tradujo en establecer unos modos de colaboración entre los agentes estatales y los inquisitoriales. De esa forma, en cada aduana terrestre o marítima habrían de proceder en común el comisario de la Inquisición y el revisor designado por el gobierno de Su Majestad, examinando las obras que se intentaran pasar, separando las publicaciones admisibles de las peligrosas, aunque al final el gobierno prefirió delegar completamente esta inspección en el comisario inquisitorial solo en lugares donde no existiera aduana real (Navarra y territorios vascos)²⁹.

Por sorprendentes que parezcan el acercamiento y confianza del gobierno con la Inquisición, ello no implicó un viraje completo y definitivo del primero con respecto al Santo Oficio³⁰. Sin embargo, Carmen Bolaños afirma que esta actitud fue la que justificó “una connivencia tácita entre la monarquía y la Inquisición”, pues estaba demostrado que en materia de libros el tribunal actuaba con eficacia y su continuidad era necesaria para controlar la ideología revolucionaria y evitar que se introdujese en España³¹. Pero, en cualquier caso, dentro de la *Novísima Recopilación* quedaron recogidas esas disposiciones para velar contra la introducción de las ideas llegadas de Francia, por más que anteriormente fueran vistas con tolerancia e incluso simpatía en ambientes cortesanos³². Todo ello obligó a que el aparato inquisitorial se activara nuevamente con vigor para impedir con todo rigor la entrada de aquellas ideas³³. Lo que es más, el propio Conde de Floridablanca, que nunca había sido simpatizante de la institución inquisitorial, llegó a reprender al Inquisidor Ge-

28. El texto de este reglamento fue comunicado inmediatamente por el embajador de Francia a su gobierno. Se encuentra el texto manuscrito en los archivos de Asuntos Exteriores, *Mémoires et documents*, tomo 209, fol.252-6, bajo el título: *Ordre du Roi communiqué par S.E. le compte d'Aranda gouverneur du Conseil le 19 octobre 1792*.

29. Circular de 5 de enero de 1791, confirmada por cédula del Consejo de Castilla del 10 de septiembre siguiente y Orden Real del 9 de diciembre de 1791.

30. Defourneaux, *Inquisición y censura...*, cit., pp. 97-98.

31. Bolaños Mejías, Carmen, “La Controvertida relación entre la Inquisición y la prensa ilustrada”, *Intolerancia e Inquisición*, vol. III, edit. por José Antonio Escudero (actas del Congreso Internacional de Intolerancia e Inquisición celebrado en Madrid y Segovia en febrero de 2004), Sociedad Estatal de Conmemoraciones Estatales, 2006, pp. 457-477: p. 458.

32. *Novísima Recopilación*, libro VIII, título XVIII: Ley XIII. “Es necesario que las obras que traten de los acontecimientos y de la nueva constitución de Francia sean dirigidas directamente al Ministerio de Asuntos Exteriores; las otras obras en lengua francesa serán examinadas por personas designadas a este efecto por el Consejo de Castilla, en Madrid y en las otras villas del reino.

Ley XIV. Reglas que deben observarse en las aduanas y nombramientos de revisores de libros en ellas para evitar la introducción de los prohibidos.”

33. Vid. Bolaños Mejías, “Censura inquisitorial...”, cit., pp. 608-609.

neral por haber descuidado el control sobre algunas obras introducidas, obras que habían contribuido a desencadenar la revolución francesa y que, sin embargo, no habían sido incluidas en el Índice de Libros Prohibidos como fue el caso de *L'esprit de Mably et de Condillac relativement à la morale et à la religion*, de Béranger³⁴.

Es un hecho comúnmente aceptado el control que la Inquisición ejerció sobre publicaciones o escritos de distinto género, porque la escritura era el medio más eficaz de divulgar las ideas y de difundir modos de pensamiento diferentes. Era, pues, evidente que el Santo Oficio había de prestar una especial atención al contenido de aquéllos en la época final de su trayectoria, desde las últimas décadas del siglo XVIII a las primeras del XIX, cuando se había convertido en un órgano de rasgos cada vez más policiales, al servicio de descarnados intereses estatales más que de la religión y con competencias más reducidas, que habían de compensarse con una prolija labor de escudriñamiento de todo pensamiento o idea recogidos por escrito o representados de forma artística para justificar con eficacia su existencia³⁵. Así pues, la Inquisición se revitaliza gracias al golpe de timón sobre la política reformista que el poder civil efectúa reclamando su colaboración para controlar y evitar el contagio de todo aquello que pudiese poner en peligro la institución monárquica personalizada en la figura del rey y todo aquello que fuese una garantía del régimen político que representaba, en especial la Iglesia, como lo expresa Juan Antonio Alejandre³⁶.

El control de los libros interesó especialmente a la Inquisición a partir de los acontecimientos que desembocaron en la Revolución Francesa, asumiendo el control de los libros, folletos y otros escritos, impresos o no, de contenido político, es decir, de aquellos que pudieran ser calificados así no sólo por los temas que abordaran sino también, a veces, por ser sus autores personajes de cualificado perfil político o de relevancia e influencia en los ámbitos de la política, cuyo solo nombre impregnaba de un determinado matiz sospechoso todas sus expresiones, sobre todo si eran escritas³⁷.

34. Defourneaux, *Inquisición y censura...*, cit. p. 98.

35. Gacto Fernández, Enrique, "El arte vigilado: sobre la censura estética de la Inquisición en el siglo XVIII", *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)* 9 (2000), pp. 7-68. A este respecto, debemos apuntar un incremento extraordinario de las artes plásticas como medio de expresión y difusión de las nuevas ideas y de las críticas ilustradas en España durante el siglo XVIII, procedentes en su mayoría de Francia. Enrique Gacto analiza este fenómeno y los potenciales conflictos políticos que se producían con la Inquisición al ser muchos ciudadanos extranjeros los poseedores de tales obras u objetos.

36. Alejandre, "La censura de libros y folletos de contenido político en las últimas décadas del siglo XVIII y en las primeras del siglo XIX" en *Inquisición y Censura. El acoso a la inteligencia en España*, Enrique Gacto dir. (Madrid: Dykinson, 2006): pp. 89-90.

37. *Ibidem*, pp.89-150. En este sentido Juan Antonio Alejandre desgrana el control exhaustivo del Santo Oficio sobre la literatura revolucionaria de procedencia francesa en términos generales y sobre determinadas obras concretas consideradas peligrosas por la influencia que pudieran ejercer en sus lectores, y, muy especialmente, sobre cualquier tipo de papeles inductivos a la insurrección en España. Entre ellos podían contarse las proclamas, los manifiestos y las exhortaciones, tan del gusto y práctica de la época.

En la misma línea ha merecido la atención el control ejercido por la Inquisición sobre la prensa, la gran novedad del siglo XVIII, medio particularmente útil por lo accesible y persuasivo, al alcance de cualquier lector ávido de novedades. En efecto, la prensa implicaba el perfeccionamiento de un mecanismo peligroso, ya incoado en las “hojas volanderas” tiempo atrás³⁸, por cuanto podía contagiar ideas y expandir las denuncias y modas de las que se hacía eco. Las nuevas publicaciones periódicas que cumplieron la función de formar a los ilustrados interesados en los avances, en los conocimientos científicos y en las nuevas ideas de todo tipo, dedicaron espacio también a la crítica de las costumbres arraigadas en la sociedad del Antiguo Régimen. Sin embargo, no fueron de interés para la Inquisición, aunque su incidencia en la España peninsular y particularmente en América puede considerarse importante³⁹. La reacción de la Inquisición contra estas publicaciones por los contenidos críticos no se manifestó hasta finales del siglo XVIII cuya actitud cambiaría en los años ochenta cuando la prensa alcanzó mayor madurez y audacia en expresión de Isabel Larriba⁴⁰.

Otro tipo de escritos mereció igualmente la atención inquisitorial y, más tarde, la atención de los historiadores. Me refiero a los que podían enmarcarse dentro de géneros literarios inicialmente no sospechosos de ser portadores de ideas heréticas o medios bajo los que se camuflaban subrepticamente consignas desestabilizadoras. A los censores no les pasaron desapercibidos y hallaron materia más que suficiente para recomendar su eliminación en una gran variedad de textos⁴¹. Así ocurrió, por ejemplo, con las coplas y romances subversivos camuflados bajo formas piadosas. Las primeras se caracterizaban por ser breves narraciones que en tono burlesco,

38. M. C. García de Enterría, *Literaturas marginadas*, (Madrid: Plaza Mayor, 1983) p.39.

39. Manuel Torres Aguilar ha estudiado este aspecto para la época que nos interesa desde la perspectiva inquisitorial tanto en España como en América, en la obra *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, dir. por Enrique Gacto, (Madrid: Dykinson, 2006) donde se publicaron sus trabajos titulados “Control ideológico, control de prensa e Inquisición a fines del Antiguo Régimen. Algunos casos de censura en el siglo XIX”, pp. 301-327 y “El control de la prensa en América a fines del siglo XVIII: el caso de la Gaceta de Guatemala”, pp. 347-374. En la misma obra colectiva encontramos un trabajo de Miguel Pino Abad, quien se centra en la prensa portadora de las ideas revolucionarias y de origen francés en “Prensa liberal en el exilio y control inquisitorial”, pp. 375-398 y que ofrece también al respecto algunos ejemplos de la ineficacia de los controles a la hora de censurar la prensa revolucionaria francesa en su obra “El control inquisitorial de la prensa revolucionaria. Algunos ejemplos de ineficacia”, pp.329-346. Un trabajo también relevante a este respecto es el de Bolaños Mejías, “La controvertida relación...”, cit. pp. 457-477.

40. Isabel Larriba, “Inquisición y prensa periódica en la segunda mitad del siglo XVIII”, *Cuadernos de Ilustración y Romanticismo: Revista de Estudios del siglo XVIII*, 1, 13, (2005), pp. 77-92: 80. En este trabajo se analiza la reacción tardía por parte de la Inquisición contra la prensa.

41. Sobre esto han versado diferentes autores en la obra colectiva *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, dir. por Enrique Gacto, (Madrid: Dykinson, 2006): Collantes de Terán, María José, “La Inquisición contra las devociones populares. Fray Gerundio de Campazas” y “Romances y coplas divertidas ante la Inquisición”, ambas en *Inquisición y Censura*...cit., pp. 151-172 y pp. 457-474 sucesivamente. También ha abordado el tema Alejandro García, Juan Antonio, en “El año 2440: El poder regio y la Inquisición contra una utopía”, *Ibidem*, pp.173-186 y “El Santo Oficio contra dos poemas anti inquisitoriales”, *Ibidem*, pp. 475-502. La censura de obras relacionadas con el delito de supersticiones ha sido abordada por María Jesús Torquemada en “La calificación de los escritos sobre magia en el siglo XVIII. La *Dissertatio de magia* de P.J. Regier”, *Ibidem*, pp.527-549

irónico, grosero e incluso obsceno relataban situaciones o hechos de la realidad, con el fin de proporcionar esparcimiento recreativo, entretenimiento y diversión a una población en su mayoría analfabeta. La Iglesia y los miembros del clero fueron frecuentes protagonistas de numerosas composiciones de este tipo, al tratarse de una institución y unos personajes omnipresentes en aquella sociedad y, por ello, muy cercanos para los fieles, independientemente de su origen social. Se trataba de composiciones cortas que podían recogerse en pocos pliegos y se caracterizaban por la chabacanería, la vulgaridad, el tono burlón y la irreverencia a la hora de tratar temas relacionados con la Iglesia. Además de las carencias morales o literarias de este género, lo que provocó finalmente la intervención inquisitorial fue lo accesibles que resultaban estas composiciones al “pueblo bajo”, especialmente receptivo, por otra parte, a esta forma de entretenimiento. El éxito se debía, por ejemplo, a su formato rimado o a su brevedad y lenguaje sencillo. Eran, a veces, papeles que vendían los copleiros ciegos, quienes se ganaban la vida cantando esas coplas⁴².

El formato de difusión y el público al que se dirigía, escasamente cultivado, podían propiciar errores de fe, además de una peligrosa actitud irreverente hacia la institución eclesiástica, sus miembros y la credibilidad de su mensaje. Como afirma Antonio Mestre, en el siglo XVIII fueron tres los problemas a los que la Iglesia tuvo que enfrentarse en España: la eclesiología, la moral y las formas de piedad⁴³. Estas últimas, como apuntábamos previamente, fueron también objeto del control inquisitorial por su abundancia durante este siglo. Y es que la miseria y la situación de carestía, en un contexto de ignorancia, empujaban a que el pueblo “sencillo” recurriese a todo tipo de prácticas como rogativas, procesiones, letanías o novenas que, aunque partiendo de un sentimiento religioso, acababan desvirtuando este, con el apoyo también de un clero cada vez menos instruido⁴⁴. De hecho, ese fue el caldo de cultivo perfecto para que muchas de esas prácticas derivasen en manifestaciones de magia y superstición. La aparición de escritos para difundirlos provocó que hubieran de ser sometidos a escrutinios, en muchas ocasiones nada fáciles de resolver. La causa era la falta de obras doctrinales que se pronunciaran sobre el problema que planteaba el hecho de que la ortodoxia cristiana y las creencias religiosas tuviesen el mismo fundamento: la fe en lo sobrenatural y la dificultad de separar lo ortodoxo de lo meramente irracional o supersticioso⁴⁵.

Los libros que quedaron más al margen de la intervención del Santo Oficio fueron los jurídicos, sobre todo los más prácticos. Es decir, no fueron pocos los textos

42. Collantes de Terán, María José, “Romances y coplas divertidas ante la Inquisición”, cit., pp. 457-459. Gacto Fernández, Enrique, “Inquisición y censura en el Barroco” en Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, (Madrid: Alianza, 1990), p. 167.

43. Antonio Mestre, “Sociedad y religión en el siglo XVIII”, *Chronica Nova: Revista de Historia Moderna de la Universidad de Granada* 19 (1991), p. 258

44. Collantes de Terán, “La Inquisición contra las devociones...”, cit., pp. 51-152

45. María Jesús Torquemada, “La calificación de los escritos sobre magia...”, cit., pp. 527-549.

jurídicos examinados por afectar cuestiones ideológicas, morales o políticas que, a juicio del Santo Oficio, eran tratadas de forma amenazadora a las potestades civil y eclesiástica, cuestionando el orden político e institucional del Antiguo Régimen⁴⁶. Por ello, en este sentido, los escritos sobre los que sí ejerció su control el Santo Oficio mediante la condenación *in totum* o el expurgo fueron obras cuyo contenido se desliza entre el Derecho Penal y la moral, como pueden ser los célebres tratados de Beccaria o de Warville, que planteaban de manera filosófica la existencia de la pena de muerte u otras penas⁴⁷. En relación con ello se hallan, igualmente, las obras de literatura canónica, esto es las que versaban sobre Derecho patrimonial canónico, Derecho constitucional canónico o Derecho matrimonial canónico, que también fueron objeto del mismo control inquisitorial⁴⁸.

Finalmente llegamos al control del ámbito puramente religioso que, lejos de agotarse, al final del siglo XVIII, va a ser objeto de una gran actividad inquisitorial, de forma proporcional a la crítica amplia y feroz a la que fue sometido por autores críticos. En este caso, como hemos visto, fueron muchas las formas de expresión que se utilizaron para transmitir ideas que afectaban a la materia religiosa, fundamentalmente libros, escritos y, con mucha mayor presencia en esta época, las artes plásticas. Así pues, llegamos a un espacio interesante que no fue agotado, sin embargo, en la amplia labor investigadora de los autores antes citados.

Los libros, escritos y diferentes manifestaciones artísticas de contenido religioso -o, más bien, “antirreligioso”- fueron importantes objetivos de la inspección y, en su caso, de la censura por parte del Santo Oficio. Este género es susceptible de subdivisiones, por cuanto contrarias a la religión no sólo son las obras que atacan al dogma (a las verdades de fe natural o revelada), sino, en relación con ello, a la Iglesia, al Papa en concreto, a las órdenes religiosas, especialmente a los jesuitas, o a la propia Inquisición.

Hay que significar también la producción desmedida de obras de género religioso, a la que correspondió un empeño también enorme del órgano censor por antonomasia, la Inquisición, para conseguir un control minucioso, casi interminable. Recordemos que la herejía, de acuerdo a la definición enunciada por Domingo de Soto en el siglo XVI, era “un error manifestamente contrario a la fe, afirmado por un cristiano”⁴⁹. En relación con el concepto de hereje el dominico distinguía

46. Enrique Álvarez Cora, “El Derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio” en *Inquisición y censura...*, cit., pp. 197-199.

47. Álvarez Cora, “El Derecho penal ilustrado...”, cit, *Inquisición y censura...* pp. 190-191. El tratado *De los delitos y las penas* de Beccaria, obra que mejor representa la influencia de las ideas ilustradas en el Derecho Penal fue prohibida *in totum*. Un documento del Archivo Histórico Nacional explica esta prohibición (AHN, leg. 4428 n.30).

48. Álvarez Cora, “Derecho canónico y censura del Santo Oficio entre los siglos XVIII y XIX”, en *Inquisición y censura...* cit., pp. 201-232.

49. Sixto Sánchez-Lauro, *El crimen de herejía y su represión inquisitorial. Doctrina y praxis en Domingo de Soto* (Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2017): 163-164

entre material y formal, siendo este último el hereje propiamente dicho porque, aun conociendo que la única regla de fe son las Sagradas Escrituras y la Iglesia su único intérprete, elije pensar diferente a ésta. No ocurre así a quien lo hace por ignorancia y sin malicia⁵⁰. Como explica el estudioso Sixto Sánchez-Lauro:

(...) la voluntad y la intención constituyen la razón formal o constitutiva de la herejía. La adhesión de la inteligencia a un error contra la fe constituye la iniciación de la actitud herética; y la aceptación por la voluntad de aquel error, conciencia de que se opone a una verdad de fe, implica la consumación de la herejía⁵¹.

En este sentido, el hereje, como autor de un pecado-delito, sería el que “se aferra tenazmente al error referente a la fe”, bien de forma interna, mediante el pensamiento, como externa a través de palabras o hechos⁵². Es precisamente su exteriorización lo que permite que sea punible jurídicamente, para que pueda aplicársele una ley penal⁵³.

Por eso quien ignora o tiene dudas sobre cuestiones de fe no puede considerarse hereje. La condición de hereje, también según se sigue de estas premisas, es una circunstancia objetiva, aunque planteaba serios problemas de prueba. En la práctica había un riesgo de llevar a resultados injustos.

El mencionado teólogo Domingo de Soto opinaba que no era un delito más y lo calificaba de “crimen social, el más grave y pestilente”, que por su gravedad social no podía dejarse impune. Tal razonamiento concluía con una consideración que por siglos se aceptó: la necesidad de la intervención de la Inquisición para corregir y enseñar a los errados la fe verdadera. Con ese objetivo este tribunal ejercería un control exhaustivo de todas aquellas manifestaciones del pensamiento contrarias o potencialmente sospechosas de poder pervertir la ortodoxia marcada por la Iglesia católica; la aplicación de la censura se convierte pronto en una de sus principales armas de vigilancia para ejercer el control social, de las ideas y en último término de las conciencias en el campo religioso y político. Venía a considerarse como un crimen de lesa majestad, un atentado al orden político y religioso por la simbiosis existente entre el altar y el trono como base estructural del marco de convivencia establecido por la monarquía juntamente con la Iglesia.

La calificación de una proposición como herética fue variando a lo largo del tiempo fruto del establecimiento de nuevos dogmas e interpretaciones sobre el sentido de

50. Sánchez-Lauro, *El crimen de herejía...*, 159-160.

51. *Ibidem*, pp. 140-141.

52. *Ibidem*, pp. 154-155: Equivaldrían respectivamente a una herejía moral en el caso de error de pensamiento y a una herejía jurídica cuando además se ha exteriorizado.

53. *Ibidem*, pp. 153-154.

las Sagradas Escrituras⁵⁴, así como de los cambios sociales que se produjeron en Europa y en España.

Atendiendo a lo registrado en los Índices de libros prohibidos encontramos una primera etapa en la que la censura apunta a obras que tratan fundamentalmente de religión, respondiendo así a la necesidad de levantar un cortafuego frente al peligro que implicaba la reforma protestante. Posteriormente atenuado, el peligro que representaba el protestantismo y extirpados violentamente sus focos en España, las limitaciones a la hora de expresarse afectarían a otros aspectos relacionados con la moral y las buenas costumbres, tuvieran o no que ver con lo religioso. Pero, por último, a mediados del siglo XVIII y, muy especialmente, al estallar la Revolución Francesa, serán consideradas heréticas y por tanto objeto de censura las ideas sobre la tolerancia y el origen democrático o pactado, que no divino, del poder; lo que suponía una transformación que atentaba directamente contra los cimientos de la organización política del Antiguo Régimen⁵⁵.

4. Conclusiones

La censura de escritos acompañó a la Inquisición como una de sus actividades más destacadas en orden a proteger la ortodoxia de la fe católica. No obstante, la censura de obras se halla presente en todo el Derecho Público de la época y, de alguna manera, también en la normativa eclesiástica desde muchos siglos atrás. La práctica censoria de la Inquisición en España entre los siglos XV y XIX fue adecuando con el tiempo su campo de acción a los problemas que entendía este tribunal que podían provocar distintas corrientes de pensamiento rompiendo la ortodoxia y con ello el orden establecido. La censura inquisitorial en España se dedicó principalmente a perseguir las obras que se introducían desde fuera de los territorios de la Monarquía, puesto que para las que se generaban en España la legislación real ya imponía la obligatoriedad de solicitar un permiso previo a la publicación de cualquier obra dentro de los territorios de la corona, comprobándose que no contradijera a la fe y a la moral católica. Los inquisidores actuaban de oficio, mediante denuncias espontáneas o mediante el procedimiento que se iniciaba con el denominado *Edicto de Gracia*. La Inquisición operó con gran minuciosidad para identificar los elementos más perniciosos y para evitar todas las vías que se pudieran ingeniar a fin de introducir o reproducir obras con errores doctrinales o morales. En este sentido, el Tribunal del Santo Oficio se encontró durante el siglo XVIII ante la dificultad de ajustar el término de herejía en el que encajar las nuevas corrientes ideológicas procedentes de Francia y con ello continuar legitimando su control social sobre la base de esa actividad censora. Es notoria por ello, aunque, en resumidas cuentas, ineficaz, su

54. Martínez de Bujanda, *Censura de la Inquisición...cit.*, p. 252.

55. *Ibidem*, pp. 252-253 y 260.

actividad en las fronteras y puertos de acceso a los territorios de la Monarquía en estrecha colaboración con los oficiales reales, muy especialmente durante buena parte de la época que abarca la Ilustración y los comienzos del Liberalismo.

Referencias bibliográficas

- Aguilera Barchet, Bruno. “La estructura del procedimiento inquisitorial: el procedimiento de la Inquisición española”, en *Historia de la Inquisición en España y América*, dirigida por Bartolomé Escandell Bonet y Joaquín Pérez Villanueva, vol. 2. 334-558. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, pp. pp. 334-558.
- Alejandre, Juan Antonio. “La censura de libros y folletos de contenido político en las últimas décadas del siglo XVIII y en las primeras del siglo XIX”, en *Inquisición y Censura. El acoso a la inteligencia en España* editado por Enrique Gacto. 89-150. Madrid: Dykinson, 2006.
- “«El año 2440»: el poder regio y la Inquisición contra una utopía” en *Inquisición y Censura. El acoso a la inteligencia en España* editado por Enrique Gacto. Madrid: Dykinson, 2006, pp.173-183.
- “El Santo Oficio contra dos poemas antiinquisitoriales”, en *Inquisición y Censura. El acoso a la inteligencia en España* editado por Enrique Gacto.. Madrid, Dykinson, 2006. Pp. 475-499
- Álvarez Cora, Enrique. “El Derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio”, en *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, editado por Enrique Gacto, Madrid, Dykinson, 2006, pp.187-200
- “Derecho canónico y censura del Santo Oficio entre los siglos XVIII y XIX”, en *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, editado por Enrique Gacto. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 201-232.
- Álvarez de Morales, Antonio. “La influencia del regalismo en la configuración de la Inquisición”, en *Perfiles jurídicos de la Inquisición española* editado por José Antonio Escudero. Madrid: Instituto de Historia de la Inquisición, UCM, 1989, pp. 795-804
- Beck Varela, Laura. “¿El censor ineficaz? Una lectura histórico-jurídica del Índice de Libros Prohibidos”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de México* 31 (2015), pp. 71- 89.
- Bennassar, Bartolomé. *La Inquisición española. Poder político y control social*. Barcelona, Crítica, 1984.
- Bianchi, Diana. “Inquisición e Ilustración. Un expediente reservado de José Campillo”. *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea* 22 (2000), pp. 63-82.

- Bolaños Mejías, Carmen. “Censura inquisitorial, Ilustración y Liberalismo: una aproximación jurídico-política”. *Anuario del Derecho español* 76 (2006), pp. 605-643.
- “La Controvertida relación entre la Inquisición y la prensa ilustrada”, en *Intolerancia e Inquisición*, vol. III, editado por José Antonio Escudero. Actas del Congreso Internacional de Intolerancia e Inquisición celebrado en Madrid y en febrero de 2004, Sociedad Estatal de Conmemoraciones Estatales: 2006, pp. 457-477.
- Caro López, Ceferino y Javier Bragado. “La censura gubernativa en el siglo XVIII”. *Hispania: Revista Española de Historia* 64, 217 (2004), pp. 571-600.
- Collantes de Terán, María José. “La Inquisición contra las devociones populares. Fray Gerundio de Campazas”, en *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España* dirigido por Enrique Gacto, Madrid: Dykinson, 2006, pp.151-172
- “Romances y coplas divertidas ante la Inquisición”, en *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España* dirigido por Enrique Gacto.. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 457-473
- Comella, Beatriz, *La Inquisición española*, Madrid, Rialp, 1998.
- Contreras, Jaime, *Historia de la Inquisición española (1478-1834)*, Madrid, Arco Libros, 1997.
- de la Pinta Llorente, Manuel. “Aportaciones para la historia externa de los índices expurgatorios españoles”. *Hispania, Revista Española de Historia*, 47 (1952), pp. 253-300.
- Dedieu, Jean Pierre, *La Inquisición*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1980.
- Defourneaux, Marceli., *Inquisición y censura de libros en la España del siglo XVIII*, Madrid, Taurus, 1976.
- Egido, Teófanos. “El Regalismo y las relaciones Iglesia-Estado en el siglo XVIII”, en *La Historia de la Iglesia en España en los siglos XVII y XVIII* dirigido por Ricardo García- Villoslada, vol. 4. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1979, pp.125-154.
- “Las reformas fracasadas. El significado de Macanaz” en J. Villanueva Pérez, B. Escandell Bonet y A. Alcalá (dirs.), *Historia de la Inquisición en España y América*, vol. I, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1984, pp. 1234-1247.
- Fernández, Roberto. *La España de los Borbones: Las reformas del siglo XVIII*. Temas de Hoy, 1996.
- Fernández Carrasco, Eulogio. “Sixto Fernández-Lauro, El crimen de herejía y su represión inquisitorial. Doctrina y praxis en Domingo de Soto”, *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)* 22 (2018), pp. 521-524.

- Fernández Jiménez, María del Camino. “La sentencia inquisitorial”, *Manuscripts: Revista d’història moderna* 17 (1999), pp. 119-140.
- Gacto Fernández, Enrique, “Libros venenosos (sobre los principios doctrinales de la censura inquisitorial)”, en *Inquisición y censura: el acoso a la inteligencia en España*. 21-55. Madrid: Dykinson, 2006.
- “El arte vigilado: sobre la censura estética de la Inquisición en el siglo XVIII”. *Revista de la Inquisición (Intolerancia y Derechos Humanos)* 9 (2000), pp. 7-68; “Inquisición y censura en el Barroco”, en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1991, pp.153-173.
- García-Cárcel, Ricardo. *La Inquisición*. Madrid, Anaya, 1991.
- García de Enterría, María Cruz. *Literaturas marginadas*. Madrid, Plaza Mayor, 1983.
- Hernández Juan, Diego. *Diccionario de formularios generales, legislación y jurisprudencia*. Madrid, Colección Nereo, 1988-2000.
- Kamen, Henry. *La Inquisición española: una revisión histórica*. Barcelona: RBA Editores, 2004.
- Larriba, Isabel. “Inquisición y prensa periódica en la segunda mitad del siglo XVI-II”. *Cuadernos de lustración y Romanticismo: Revista de Estudios del siglo XVI-II* 13 (2005), pp. 77-92.
- Lea, Henry Charles. *Historia de la Inquisición española*, 3 vols. Madrid: BOE, Fundación Universitaria Español/Instituto de Estudios de la Intolerancia, 2020.
- Llorente, Juan Antonio. *Historia crítica de la Inquisición de España*. Madrid, Hipérior, 1980.
- Martínez de Bujanda, Jesús. *Censura de la Inquisición y de la Iglesia en España (1520-1966)*. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2019.
- Martínez Millán, José. *La Inquisición española*. Madrid, Alianza, 2007.
- Martínez Peñas, Leandro. “El proceso inquisitorial”, Tesis doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2022. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=PIMZJo9RC7k%3D>
- Mascareñas, C.E dir. *Nueva Enciclopedia Jurídica F. Seix*, Barcelona, 1950-1965.
- Mestre Sanchís, Antonio. *Historia de la Iglesia en España*, t. IV. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1979; “Sociedad y religión en el siglo XVIII”. *Chronica Nova: Revista de Historia Moderna de la Universidad de Granada* 19 (1991), pp. 253-270.
- Muñoz Machado, Santiago. *Diccionario del español jurídico*. Madrid, 2016.
- Otaduy, Javier, Antonio Viana y Joaquín Sedano, coordinadores. *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. 1. Cizur Menor, Navarra, Universidad de Navarra-Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

- Pérez Villanueva, Joaquín y Bartolomé Escandell Bonet. *Historia de la Inquisición en España y América*, 3 vols. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1984.
- Pino Abad, Miguel. “Prensa liberal en el exilio y control inquisitorial”, en *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, dirigido por Enrique Gacto,. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 375-396.
- Pinto Crespo, Virgilio. *Inquisición y control ideológico en la España del siglo XVI*. Madrid, Taurus, 1983; “Los Índices de libros prohibidos”. *Hispania Sacra* 35,71 (1983), pp. 161-191; “Institucionalización inquisitorial y censura de libros”, *La Inquisición española: Nueva visión, nuevos horizontes*, coordinado por Joaquín Pérez Villanueva, pp. 513-536. Madrid: Siglo XXI de España, 1980.
- Sánchez-Lauro, Sixto, *El crimen de herejía y su represión inquisitorial. Doctrina y praxis en Domingo de Soto*. Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2017.
- Sierra Corella, Antonio, *La censura de libros y papeles en España y los índices y catálogos españoles de los prohibidos y expurgados*, Madrid, Cuerpo Facultativo de Archiveros, Bibliotecarios y Arqueólogos, 1947.
- Torquemada, María Jesús. “La calificación de los escritos sobre magia en el siglo XVIII: *Dissertatio de magia* de P.J. Regier”, *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, dirigido por Enrique Gacto. 527-549. Madrid: Dykinson, 2006; “Controles aduaneros en el siglo XVIII: conflictos entre la justicia regia y la inquisitorial”, *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España*, dirigido por Enrique Gacto, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 59-74.
- Torres Aguilar, Manuel. “Control ideológico, control de prensa e Inquisición a fines del Antiguo Régimen. Algunos casos de censura en el siglo XIX”, *Inquisición y censura. El acoso a la inteligencia en España* dirigido por Enrique Gacto, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 301-327; *Ibidem*: “El control de la prensa en América a fines del siglo XVIII: el caso de la Gaceta de Guatemala”, pp. 347-374.

Nota de la autora

El presente trabajo se realiza dentro del marco del Programa de Doctorado de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Rey Juan Carlos y es parte introductoria de mi Tesis doctoral en desarrollo titulada *Paradigmas de censura inquisitorial en siglo XVIII: algunos documentos del Archivo Histórico Nacional*.

La profesora María Jesús Torquemada Sánchez ha dirigido la elaboración del borrador y supervisado la redacción final aportando al tema una visión actualizada.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 14/09/2025 || Aceptado: 11/11/2025

Citación electrónica en el Código de Proceso Civil Brasileño y la inconstitucionalidad de la Ley n. 14.195/21

Electronic citation in the Brazilian Civil Procedure Code and the unconstitutionality of the Law No. 14,195/21

Daniel Roberto Hertel  0000-0001-9096-2884

Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil en la Universidad Vila Velha (UVV) y profesor de Derecho Procesal Civil de la Escuela de la Magistratura del Espírito Santo (ESMAGES), Brasil.

danielhertel@terra.com.br

Resumen

Este artículo trata de la citación electrónica en el Código de Proceso Civil. Aborda los diversos aspectos relacionados con esta modalidad de citación, introducida por el Legislador a través de la Ley n.º 14.195/21. Aclara que la citación electrónica ha pasado a ser la modalidad preferencial, mencionando además las personas que pueden ser citadas electrónicamente. También se discuten las herramientas para la citación electrónica, así como aspectos relativos a la validez de la citación electrónica y a la posibilidad de aplicar los efectos de la revelía. Asimismo, se tratan los plazos procesales relativos a la citación electrónica y su aplicación en los procesos de conocimiento y de ejecución, así como en la fase de cumplimiento de sentencia, cuando la necesidad de citación del ejecutado es exigida por el Legislador.

Palabras clave: Citación Electrónica. Código de Proceso Civil. Reforma Procesal. Ley n.º 14.195/21.

Abstract

This article studies the electronic citation in the Code of Civil Procedure. It addresses the various aspects related to the referred modality of citation, inserted by the Legislator of Law n. 14.195/21. It clarifies that electronic citation is now adopted as the preferred modality, also mentioning people who can be cited electronically. Tools for electronic citation were also addressed, as well as aspects related to the validity of electronic citation and the possibility of applying the effects of default. The procedural deadlines related to electronic citation and its application in the knowledge and enforcement processes were addressed, as well as in the sentence fulfillment phase, when the need for citation of the debtor is required by the Legislator.

Keywords: Electronic citation - Code of Civil Procedure - Procedural reform - Law n. 14.195/21.

Sumario

1. Introducción
2. Citación electrónica como modalidad preferencial y confirmación o no de su recepción
3. Personas que pueden ser citadas de forma electrónica y deber de información sobre las direcciones electrónicas
4. Mecanismos y herramientas para la citación electrónica
5. Citación electrónica válida, rebeldía e inexistencia de nulidad sin perjuicio
6. Necesidad de regulación por el Consejo Nacional de la Justicia y resolución n. 455/2022 del CNJ
7. Plazos y citación electrónica
8. Aplicación en los procesos de conocimiento, ejecución y cumplimiento de sentencia
9. Acción directa de inconstitucionalidad n.º 7.005, parecer del Instituto Brasileño de Derecho Procesal y principales argumentos
 - 9.1. La inconstitucionalidad formal y la violación del debido proceso legislativo
 - 9.2. La prohibición constitucional de legislar sobre derecho procesal por medida provisional
 - 9.3. Impactos sobre el derecho fundamental de acceso a la justicia
 - 9.4. Violación del debido proceso legal, del contradictorio y de la amplia defensa
 - 9.5. Seguridad jurídica, proporcionalidad y coherencia sistémica
10. Consideraciones finales

I. Introducción

La citación es un acto mediante el cual se convoca al demandado, al ejecutado o a la parte interesada para integrar la relación jurídica procesal. Trata de uno de los actos procesales de mayor importancia, ya que es a través de ella que se triangulará la relación jurídica que se desarrollará en el proceso. La citación es un presupuesto procesal y posibilita el ejercicio del derecho de defensa¹. El defecto o la falta de citación, si el proceso transcurrió sin la participación del demandado, puede acarrear efectos graves para la concesión de la tutela jurisdiccional.

Es un entendimiento consolidado que la nulidad o ausencia de citación, si el proceso transcurrió en rebeldía, genera el vicio procesal de mayor gravedad en el sistema procesal civil brasileño, de naturaleza *transrescisorio*, siendo incluso autorizada la proposición de acción declaratoria autónoma (*querela nullitatis insanabilis*) para su reconocimiento. La gravedad del vicio se debe a la violación del principio del contradictorio², debiendo ser considerado también el riesgo de desperdicio de la actividad jurisdiccional con la práctica de actos procesales nulos³.

En la redacción original, el Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 contempló cinco modalidades de citación: a) por correo; b) por Oficial de Justicia; c) por el Escribano o Jefe de Secretaría; d) por edicto; y) por medio electrónico (art. 246), siendo la primera de ellas, es decir, la citación por correo, establecida como la regla a ser adoptada (art. 247). La citación por medio electrónico fue prevista en el CPC de 2015 en su redacción originaria, pero la poca eficacia del dispositivo era evidente debido a la previsión de que dicha modalidad de citación se daría “según lo regulado por ley” (art. 246, inc. V).

1. La doctrina brasileña hace la siguiente advertencia: “A necessidade de se promover a citação do réu, contudo, não pode estar atrelada ao autor ter que requerê-la” (Figueiredo Gonçalves, Tiago, *O procedimento comum no processo de conhecimento: da petição inicial à sentença*, Thoth Editora, Paraná, 2025, p. 52).
2. En ese sentido, la doctrina menciona que “A citação é ato fundamental do processo, até porque o próprio conceito deste, relação jurídica processual, pressupõe a validade e a existência da citação” (Abelha Rodrigues, Marcelo, *Elementos de direito processual civil*, Revista dos Tribunais, vol. 2, São Paulo, 2000, p. 59).
3. El Superior Tribunal de Justicia ya ha establecido que la citación es indispensable para garantizar el contradictorio y la defensa amplia, siendo el vicio de nulidad de citación el defecto procesal más grave en el sistema procesal civil brasileño. Esta Corte tiene un entendimiento consolidado en el sentido de que el defecto o la inexistencia de la citación opera en el plano de la existencia de la sentencia. Se caracteriza como vicio transrescisorio que puede ser suscitado en cualquier momento, incluso después de transcurrido el plazo para el ajuiciamiento de la acción rescisoria, mediante simple petición, por medio de acción declaratoria de nulidad (*querela nullitatis*) o impugnación al cumplimiento de la sentencia (art. 525, § 1º, I, del CPC/2015) (REsp 1930225/SP, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Tercera Sala, juzgado el 08-06-2021, DJe 15-06-2021).

La Ley n.º 14.195, de 26 de agosto de 2021, promovió varias alteraciones en el ordenamiento jurídico brasileño y, entre las diversas modificaciones, estableció que la citación electrónica es la modalidad preferente a ser adoptada en el proceso civil brasileño. Las modificaciones son especialmente relevantes porque afectan un acto procesal directamente relacionado con el ejercicio del derecho de defensa, y el Legislador procuró detallar algunos aspectos de la citación electrónica.

Es importante señalar que la Ley n.º 14.195/21 es el resultado de la conversión de la Medida Provisional n.º 1.040, de 29 de marzo de 2021. En este contexto, debe mencionarse que no ha pasado desapercibido por la doctrina especializada la inconstitucionalidad de las modificaciones por violación del debido proceso legislativo, argumentándose que el proyecto de conversión de la medida provisional trata de un tema ajeno a su alcance.

El vicio de inconstitucionalidad se hace más evidente cuando se considera que la nueva materia se refiere al Derecho Procesal Civil, que, como se sabe, no puede ser tratada mediante medida provisional (art. 62, §1º, inc. I, b, de la Constitución Federal). La advertencia es de los profesores Paulo Henrique dos Santos Lucon, Cássio Scarpinella Bueno y Arthur Arsuffi, del Instituto de Derecho Procesal Civil (IBDP), que contribuye de manera significativa para la ciencia procesal no solo en Brasil, sino también en el extranjero⁴.

A partir de las premisas expuestas, se impone una reflexión sobre la inconstitucionalidad de la Ley n.º 14.195/2021, en la medida en que las profundas alteraciones introducidas en el régimen de la citación procesal no solo inciden directamente en un presupuesto esencial de validez del proceso, sino que además se originan en un procedimiento legislativo constitucionalmente viciado.

En efecto, al derivar de la conversión de la Medida Provisional n.º 1.040/2021, la referida ley incorporó innovaciones sustantivas en el ámbito del Derecho Procesal Civil, materia expresamente excluida del campo normativo de las medidas provisionales por el artículo 62, §1.º, inciso I, letra b, de la Constitución Federal. Tal circunstancia compromete la legitimidad democrática de las reformas implementadas y suscita serias dudas acerca de su compatibilidad con el debido proceso legislativo, máxime cuando se trata de normas que afectan de modo directo el ejercicio del derecho de defensa, el contradictorio y la propia regularidad de la relación jurídica procesal.

A pesar de la relevancia de la discusión sobre la inconstitucionalidad de las modificaciones propuestas por el Legislador y las tesis planteadas, con las cuales concuerdo plenamente, el hecho es que la Ley 14.195/21 ya se encuentra en vigor y produ-

4. Disponible en: <http://direitoprocessual.org.br>. Henrique dos Santos Lucon, Paulo, Scarpinella Bueno, Cassio, Ferrari Arsuffi, Arthur, *Parecer do IBDP acerca da inconstitucionalidade da Lei Federal 14.195/2021 apresentado na ADI 7.005*, Revista de Processo, vol. 327. ano 47, p. 17-39, São Paulo, 2022.

ciendo efectos. Por lo tanto, se pretende, en esta oportunidad, abordar los diversos aspectos de la citación electrónica, los cuales fueron delineados por el Legislador en la reforma realizada en el Código de Proceso Civil, y sus posibles controversias.

2. Citación electrónica como modalidad preferencial y confirmación o no de su recepción

El artículo 246 del Código de Proceso Civil Brasileño establece que la citación será realizada preferentemente por medio electrónico. En este sentido, las demás modalidades de citación, como por correo, por Oficial de Justicia, por Escribano o Jefe de Secretaría, o por edicto, solo se emplearán en caso de que la citación electrónica sea frustrada. Esto ocurrirá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 246, § 1º-A, del CPC, cuando no se confirme el recibo de la citación electrónica dentro de un plazo de tres días hábiles.

La confirmación del recibo de la citación electrónica perfecciona el acto procesal, siguiendo a partir de ahí el procedimiento adoptado en el proceso, debiendo tomarse las medidas legales pertinentes. En el procedimiento común, por ejemplo, el demandado será citado e intimado para comparecer a la audiencia de conciliación y mediación, cuya disciplina está prevista en el artículo 334 del CPC. En la ejecución para la entrega de cosa cierta basada en título extrajudicial, el deudor tendrá un plazo de quince días para cumplir con la obligación, lo que está en armonía con lo dispuesto en el artículo 806 del CPC.

Por otro lado, la falta de confirmación del recibo de la citación electrónica debe ser analizada con cautela por el Juez. Esto se debe a que dicha falta no puede ser utilizada de manera intencional y maliciosa por el demandado como forma de dilatar el desarrollo del proceso. Tal comportamiento constituye una violación típica del principio de buena fe objetiva, recordando que el artículo 5 del CPC establece que "quien participe de cualquier forma en el proceso debe comportarse de acuerdo con la buena fe".

Con el fin de evitar abusos en relación con la alegación de no recepción de la citación electrónica, el §1º-B del artículo 246 del CPC establece que el demandado citado por medio de otras modalidades de citación deberá presentar justa causa para la falta de confirmación del recibo de la citación electrónica. Además, se debe mencionar que se considerará como un acto atentatorio contra la dignidad de la justicia la conducta de aquel que no confirme dentro del plazo legal, sin justa causa, el recibo de la citación electrónica, siendo susceptible de la imposición de una multa de hasta el cinco por ciento del valor de la causa (§ 1º-C del artículo 246 del CPC).

3. Personas que pueden ser citadas de forma electrónica y deber de información sobre las direcciones electrónicas

Una cuestión relevante se refiere a las personas que pueden ser citadas electrónicamente. Me parece que tanto las personas jurídicas de derecho público y privado, como las personas naturales, pueden ser citadas electrónicamente⁵. Esta es la interpretación que concuerda con el objetivo del legislador de la reforma, que indiscutiblemente fue optimizar el desarrollo de la actividad procesal, primando por los principios de celeridad y economía procesal⁶.

Debe destacarse que la dirección electrónica para fines de citación electrónica no será aquella indicada aleatoriamente por el demandante, sino únicamente la que haya sido proporcionada por el demandado, evidentemente en otros procesos judiciales o registrada en los datos de los sistemas de información del Poder Judicial. El artículo 246, *caput*, del Código de Proceso Civil (CPC) es explícito al señalar que la citación será realizada por medio electrónico en "las direcciones electrónicas indicadas por el citado en la base de datos del Poder Judicial". Esto evitará que direcciones electrónicas indicadas sin mayores criterios por el autor de la demanda sean utilizadas indebidamente⁷.

El artículo 246, § 1º, del CPC establece que las empresas públicas y privadas deberán mantener un registro en los sistemas de procesos de autos electrónicos, para efectos de recibir citaciones y notificaciones. En el § 5º del mismo artículo se dispone que las microempresas y pequeñas empresas, cuando no cuenten con dirección electrónica registrada en el sistema integrado de la Red Nacional para la Simplificación del Registro y la Legalización de Empresas y Negocios (Redesim), deberán cumplir con la misma regla prevista para las demás empresas públicas y privadas. En otras palabras, deberán mantener un registro en el sistema de procesos de autos electrónicos.

5. Ya se ha mencionado que el empleo de medios tecnológicos, desarrollados gradualmente, es un punto común entre todas las áreas del conocimiento, incluyendo la Ciencia Jurídica y el Proceso. Poco a poco, el uso de herramientas tecnológicas, que se valen de investigación y conexión de datos, ha comenzado a ser adoptado, otorgando amplios beneficios a las relaciones procesales (Regina das Neves, Aline, Cambi, Eduardo, *Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual*, Revista dos Tribunais, vol. 986, 2017, p. 87-110).
6. Una advertencia relevante es en el sentido de que las novedades derivadas de la informatización judicial, sin embargo, al mismo tiempo que transforman la dinámica contenciosa, crean nuevos problemas a ser enfrentados. Uno (de los principales) de ellos consiste en el fenómeno de la exclusión digital (Moraes de Fleury da Rocha, Henrique, *Garantias fundamentais do processo brasileiro sob a ótica da informatização judicial*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, v. 5, 2017, p. 85-127).
7. La doctrina de calidad ya había esclarecido que con respecto a la citación electrónica, la exigencia de un registro previo reduce la utilidad de la herramienta, que solo tendría condiciones de funcionar para los litigantes 'contumaces' (y el art. 6º se encargó de mencionar expresamente al más notorio de ellos: la Fazenda Pública). La persona física o jurídica que nunca litigó y nunca se registró en el portal virtual del tribunal, por obviedad, no podría ser citada electrónicamente (Vitor Mendonça Sica, Heitor, *Problemas atuais do processo civil eletrônico e projeto de novo CPC*, Revista dos Tribunais, vol. 1, 2013, p. 69-83).

Asimismo, el artículo 77, inciso VII, del CPC, introducido por la reforma, establece que es deber de las partes, de sus procuradores y de todos aquellos que de alguna manera participen en el proceso informar y mantener actualizados sus datos registrales ante los órganos del Poder Judicial, para la recepción de citaciones y notificaciones. Cabe señalar que la norma no hace ninguna excepción respecto a personas naturales o jurídicas. En cualquier caso, el incumplimiento de este deber de informar y mantener actualizados los datos registrales no constituye un acto atentatorio contra la dignidad de la justicia, ya que el inciso VII del artículo 77 no se menciona en los §§ 1º y 2º de dicho dispositivo.

4. Mecanismos y herramientas para la citación electrónica

El legislador de la reforma propiciada por la Ley n. 14.195/21 no especificó los mecanismos y las herramientas que podrán ser utilizadas para la citación electrónica. Además, delegó el detalle de la citación electrónica a la regulación del Consejo Nacional de Justicia. Esta opción es acertada dada la constante y acelerada evolución de las tecnologías, las herramientas de comunicación y las redes sociales.

No obstante, me parece que, desde una visión moderna y orientada a la efectividad del proceso, la citación electrónica debería admitirse a través de correo electrónico, *whatsapp*⁸, *sms*, redes sociales, entre otros mecanismos⁹. Es claro que el uso de redes sociales con fines de citación electrónica debe realizarse con cautela, evitando la exposición del citado mediante mensajes públicos que puedan ser accedidos por diversas personas.

A propósito, la Resolución n. 354, del 19 de diciembre de 2020, del Consejo Nacional de Justicia, aunque promulgada antes de la reforma procesal realizada por la Ley n. 11.495/21, establece en su artículo 9º, párrafo único, que quien solicite la citación o intimación deberá proporcionar "los datos necesarios para la comunicación electrónica a través de aplicaciones de mensajería, redes sociales y correo electrónico (e-mail), salvo que no sea posible hacerlo".

8. El Superior Tribunal de Justicia ya ha establecido el entendimiento de que "es posible imaginar el uso de WhatsApp para fines de citación en el ámbito penal, con base en el principio *pas nullité sans grief*. De todos modos, para ello, es imperativa la adopción de todos los cuidados posibles para comprobar la autenticidad no solo del número telefónico con el que el oficial de justicia realiza la conversación, sino también la identidad del destinatario de los mensajes" (AgRg en RHC 141.245/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Sala, juzgado el 13-04-2021, DJe 16-04-2021).

9. Aclara la doctrina que sea cual sea el método empleado para realizar las citaciones e intimaciones, debe atenderse siempre a ciertos requisitos de forma, sin los cuales el acto resultará, inevitablemente, invalidado; esto no implica afirmar que la forma se sobrepone al contenido; pero es indiscutible la exigencia de la misma, principalmente para evitar la ocurrencia de desajustes perjudiciales a los intereses de las partes en litigio (Rosa Tavares Marcacini, Augusto. Luiz Parra Pereira, José, *Uma breve reflexão sobre a citação e a intimação na era digital: incertezas e consequências*, Revista de Processo, v. 270, 2017, p. 85-104).

5. Citación electrónica válida, rebeldía e inexistencia de nulidad sin perjuicio

La confirmación o no de la recepción de la citación electrónica será de fundamental importancia para el adecuado desarrollo del proceso y la debida observancia del derecho de defensa. En este orden de ideas, la declaración de rebeldía y los posibles efectos derivados de ella deberán ser adoptados de manera extremadamente cautelosa por el juez cuando la citación se realice electrónicamente, siendo esencial para ello la comprobación de la confirmación de la recepción de la citación.

En otras palabras, la prueba de la confirmación de la recepción de la citación electrónica es de fundamental importancia para el adecuado desenlace del proceso, con la posibilidad de decretar la rebeldía. Si no existe tal comprobación, no se podrá presumir que el demandado recibió la citación electrónica, en cuyo caso deberán adoptarse las demás formas de citación, como por correo, por mandamiento o por edicto, tal como lo establece expresamente el art. 246, §1º-A, del CPC.

En este orden de ideas, la citación por correo electrónico no puede considerarse ni real ni ficticia (como por edicto o por hora cierta)¹⁰. El art. 72, inciso II, del CPC establece que “El juez nombrará curador especial... al demandado rebelde citado por edicto o con hora cierta, mientras no se haya constituido abogado”. Sin embargo, esta designación de curador especial no se aplica en el caso de citación electrónica, porque en tal situación, si no se demuestra que el demandado recibió la citación, deberán emplearse las demás modalidades de citación.

Desde otro ángulo, al valorar la validez de la citación electrónica, el juez también deberá guiarse por el principio de que no hay nulidad sin perjuicio (*pas de nullité sans grief*). En este sentido, si el demandado fue citado electrónicamente y no recibió la *contrafe*, pero compareció en juicio y se defendió sin mayores dificultades, no se deberá reconocer ninguna nulidad¹¹. Los principios de la instrumentalidad de las formas y de la primacía del juicio del fondo respaldan esta conclusión.

10. El Superior Tribunal de Justicia ya ha establecido el entendimiento de que “En las citaciones fictas (con hora cierta o por edicto) no hay certeza de que el demandado haya, de hecho, tomado conocimiento de que está siendo llamado a juicio para defenderse. Se trata de una presunción legal, creada para compatibilizar la obligatoriedad del acto citatorio, como garantía del contradicho y de la defensa amplia, con la efectividad de la tutela jurisdiccional, que quedaría perjudicada si, frustrada la citación real, el proceso fuera paralizado sine die” (REsp 1009293/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Tercera Sala, juzgado el 06-04-2010, DJe 22-04-2010).

11. El Superior Tribunal de Justicia “ha establecido la jurisprudencia conforme la cual la comparecencia espontánea de la parte suplanta la ausencia de citación, apartando la nulidad procesal cuando no se ha demostrado perjuicio efectivo” (AgInt en EDcl en REsp 1721690/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Sala, juzgado el 23-02-2021, DJe 09-04-2021).

6. Necesidad de regulación por el Consejo Nacional de la Justicia y resolución n. 455/2022 del CNJ

La necesidad de reglamentación de la citación electrónica se deriva expresamente del artículo 246, parte final, del CPC. Esta reglamentación deberá detallar los diversos aspectos de la citación electrónica, pero no podrá, obviamente, exceder los límites definidos por el legislador de la reforma, bajo pena de invasión de competencias y violación de lo dispuesto en el artículo 22, inciso I de la Constitución Federal.

No obstante, en mi opinión, esta necesidad de reglamentación de la citación electrónica por parte del Consejo Nacional de Justicia no impide que dicha modalidad de citación sea utilizada desde ya. Si se comprueba la dirección electrónica indicada por el demandado en procesos judiciales, en bases de datos del Poder Judicial o en otras fuentes de datos confiables, la citación electrónica podrá ser adoptada.

Obviamente, si no se confirma la recepción de la citación electrónica, deberán emplearse las demás modalidades de citación. Una vez realizada la triangularización de la relación jurídica procesal, el demandado deberá, en la primera oportunidad en que se manifieste en los autos, exponer las razones por las cuales no recibió o no leyó la citación electrónica.

Cabe señalar que la Resolución n. 354, de 19 de noviembre de 2020, del Consejo Nacional de Justicia, trata sobre "el cumplimiento digital de los actos procesales y de las órdenes judiciales, y otras disposiciones". Este instrumento normativo secundario es anterior a la reforma realizada por la Ley n. 14.195/21, pero podrá ser utilizado de manera subsidiaria, en lo que sea compatible con las modificaciones legislativas, hasta que se emita nueva reglamentación por parte del CNJ.

El artículo 9º, párrafo único, de la Resolución 354/21 establece que "quien solicite la citación o notificación deberá proporcionar, además de los datos de calificación, los datos necesarios para la comunicación electrónica mediante aplicaciones de mensajería, redes sociales y correspondencia electrónica (correo electrónico), salvo imposibilidad de hacerlo". Esta indicación de los datos por parte del demandante deberá estar respaldada por la indicación previa del demandado, en otro proceso o en bases de datos del Poder Judicial.

El artículo 10, incisos I y II, de dicha Resolución establece que el cumplimiento de la citación y la notificación por medio electrónico será documentado por: a) "comprobante del envío y la recepción de la comunicación procesal, con el respectivo día y hora de ocurrencia"; o b) "certificado detallado de cómo el destinatario fue identificado y tomó conocimiento del contenido de la comunicación". También se aclara en el párrafo 1 de ese artículo que "el cumplimiento de las citaciones y las notificaciones por medio electrónico podrá ser realizado por la secretaría del tribunal o por los oficiales de justicia".

Por otra parte, es importante destacar que la reciente Resolución n.º 455 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) representa un hito normativo relevante en el proceso de consolidación de la comunicación procesal electrónica en el ordenamiento jurídico brasileño, al instituir el Portal de Servicios del Poder Judicial, reglamentar el Diario de Justicia Electrónico Nacional (DJEN) y disciplinar de manera sistemática el Domicilio Judicial Electrónico, instrumentos que inciden directamente en la práctica de la citación electrónica. El acto normativo se apoya expresamente en la competencia atribuida al CNJ por el artículo 196 del Código de Proceso Civil de 2015, orientándose por los principios de uniformidad, interoperabilidad, eficiencia y seguridad jurídica en la comunicación de los actos procesales, superando la fragmentación histórica existente entre los distintos tribunales.

Desde una perspectiva estructural, la Resolución establece el Portal de Servicios del Poder Judicial (www.jus.br) como ambiente digital centralizado, integrado a la Plataforma Digital del Poder Judicial (PDPJ-Br), destinado tanto a usuarios internos como externos. En lo que respecta específicamente a la citación electrónica, el Portal se concibe como el punto de acceso unificado para la realización y consulta de citaciones, intimaciones y demás comunicaciones procesales electrónicas, permitiendo su efectiva interoperabilidad entre los sistemas procesales de los tribunales. Este diseño institucional refuerza la racionalización del sistema y busca garantizar mayor previsibilidad y transparencia en la práctica de actos que inciden directamente en el derecho de defensa y en la regularidad de la relación jurídica procesal.

Uno de los ejes centrales de la Resolución es la reglamentación del Domicilio Judicial Electrónico, concebido como el espacio digital oficial destinado a la comunicación procesal que exige vista, ciencia o intimación personal, incluida, de manera destacada, la citación por medio electrónico¹².

El normativo impone la obligatoriedad de su utilización por todos los tribunales, reforzando el carácter nacional y uniforme del sistema, y establece el carácter obligatorio del registro para la Unión, los Estados, el Distrito Federal, los Municipios, las entidades de la administración indirecta y las empresas públicas y privadas, en consonancia con el artículo 246 del CPC, modificado por la Ley n.º 14.195/2021.

En lo que atañe a las personas físicas, la Resolución adopta un modelo facultativo de adhesión, permitiendo el registro en el Domicilio Judicial Electrónico para el recibimiento de citaciones e intimaciones, mediante autenticación segura, ya sea por el sistema “gov.br” o por certificado digital. Tal opción normativa revela una preocupación con la inclusión digital progresiva, sin imponer, de forma inmediata,

12. Abordé este tema en otra ocasión, en un estudio aprofundado que realicé: Roberto Hertel, Daniel, *Avanços tecnológicos e impactos do Diário de Justiça Eletrônico Nacional e do Domicílio Judicial Eletrônico no direito processual civil brasileiro*, São Paulo, Revista de Processo, vol. 367, ano 50, 2025.

cargas excesivas a los *jurisdicionados* que no integran la estructura organizacional del Estado o del sector empresarial.

Desde el punto de vista funcional, la Resolución define con precisión el momento del perfeccionamiento de la citación electrónica, vinculándolo al acceso efectivo del destinatario al contenido de la comunicación por medio del Portal de Servicios o de integración automatizada. El acceso genera registro en el sistema y produce la apertura del plazo procesal correspondiente, respetando la lógica del artículo 231 del CPC. Asimismo, el normativo introduce reglas claras para las hipótesis de no consulta dentro de plazos determinados, previendo mecanismos de citación automática, especialmente en relación con las personas jurídicas de derecho público, con el objetivo de evitar conductas omisivas estratégicas y asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional.

La Resolución también merece destaque por la disciplina detallada de los efectos temporales de la indisponibilidad del sistema, aspecto de especial relevancia para la seguridad jurídica en materia de citación electrónica. Al definir criterios objetivos para la caracterización de la indisponibilidad del Portal de Servicios y establecer reglas claras para la prórroga de plazos procesales, el CNJ procura equilibrar la eficiencia tecnológica con la protección de las garantías procesales fundamentales, evitando que eventuales fallas sistémicas comprometan el ejercicio del derecho de defensa.

En el ámbito del Diario de Justicia Electrónico Nacional, la Resolución refuerza la distinción funcional entre publicación e intimación personal. Aunque el DJEN asume el papel de instrumento oficial y unificado de publicación de los actos judiciales, la norma preserva la exigencia de utilización del Domicilio Judicial Electrónico para las hipótesis en que la ley demanda citación o intimación personal, reafirmando la centralidad de este último en la sistemática de la citación electrónica. Esta diferenciación contribuye a la coherencia del sistema y evita confusiones prácticas que podrían comprometer la validez de los actos procesales.

Desde una perspectiva crítica, la Resolución n.º 455 evidencia un esfuerzo normativo significativo por operacionalizar, en el plano infralegal, la preferencia por la citación electrónica introducida en el CPC por la Ley n.º 14.195/2021. Al mismo tiempo, pone de manifiesto los desafíos inherentes a la implementación de un modelo nacional unificado, especialmente en un país marcado por profundas desigualdades regionales y tecnológicas. No obstante, al establecer estándares mínimos, mecanismos de interoperabilidad y reglas claras sobre perfeccionamiento, plazos y responsabilidades, el acto normativo contribuye de manera decisiva a la maduración institucional de la citación electrónica en el proceso civil brasileño.

En síntesis, la Resolución n.º 455 del CNJ consolida un marco regulatorio robusto para la citación electrónica, articulando eficiencia administrativa, seguridad jurídica y tutela del contradictorio. Su correcta aplicación y desarrollo práctico dependerán,

en gran medida, de la capacidad de los tribunales para adaptarse tecnológicamente y de la actuación vigilante de la doctrina y de la jurisprudencia, a fin de asegurar que la modernización de los medios de comunicación procesal no se realice en detrimento de las garantías fundamentales que estructuran el debido proceso legal.

7. Plazos y citación electrónica

El conteo de los plazos en días se realiza únicamente con los días hábiles (art. 219 del CPC). Los plazos se cuentan excluyendo el día de inicio e incluyendo el día final (art. 224 del CPC). La citación electrónica debe ser determinada por el juez en un plazo de hasta dos días hábiles (art. 246 del CPC), pero dicho plazo es impropio¹³, no existiendo nulidad procesal si no se observa.

El demandado tendrá un plazo de tres días hábiles para confirmar el recibo de la citación electrónica (art. 246, §1º-A del CPC). Así, si el demandado recibe la citación electrónica un lunes, deberá confirmar su recibo antes del jueves. Si no confirma el recibo, no se considerará revelia, y el demandado deberá ser citado por otros medios, en cuyo caso tendrá el deber de explicar por qué no confirmó el recibo, estando sujeto a una multa de hasta el cinco por ciento del valor de la causa si su explicación no es aceptada por el juez.

¿Qué sucede si el demandado confirma el recibo de la citación electrónica después de los tres días hábiles mencionados en el art. 246, §1º-A del CPC? Tal confirmación debe ser desestimada, considerándose ineficaz, ya que al no observarse el plazo de tres días hábiles, se deberá determinar automáticamente la citación mediante otras modalidades. Sobre esto, el artículo 246, § 1-A, del Código de Proceso Civil Brasileño dispone que "La ausencia de confirmación, dentro de los 3 (tres) días hábiles, contados a partir de la recepción de la citación electrónica, implicará que la citación se realizará: I - por correo; II - por agente del tribunal; III - por el secretario o jefe de la secretaría, si la persona a ser citada comparece ante el tribunal; IV - por publicación". En esta línea de pensamiento, la conclusión antes mencionada se desprende directamente de la disposición legal.

El art. 231, inciso IX, del CPC establece que el día de inicio del plazo, salvo disposición contraria, será "el quinto día hábil siguiente a la confirmación, según lo previsto en el mensaje de citación, del recibo de la citación realizada por medio electrónico". Así, en la citación electrónica, el día de inicio será el quinto día hábil

13. A doutrina esclarece que "Prazos impróprios são aqueles cujo decurso não acarreta a perda da possibilidade de praticar o ato (como, por exemplo, o prazo de cinco dias de que o juiz dispõe para proferir despachos, nos termos do art. 226, I, sendo válido o despacho proferido após esse prazo)" (FREITAS Câmara, Alexandre, *O novo processo civil brasileiro*, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2016, 137-8).

posterior al día en que se confirme el recibo. Si el demandado confirma el recibo de la citación electrónica el jueves, el día de inicio será el jueves siguiente.

8. Aplicación en los procesos de conocimiento, ejecución y cumplimiento de sentencia

La citación electrónica podrá ser utilizada en los procesos de conocimiento y ejecución. Su previsión se encuentra en la Parte General del Código de Proceso Civil, sin que exista una prohibición para su uso también en el proceso de ejecución, según lo establecido en el artículo 247 de dicho Código.

También es posible utilizar la citación electrónica en el cumplimiento de sentencia. Esto ocurrirá cuando sea necesario citar al demandado sobre el cumplimiento de la sentencia, lo que deberá hacerse en casos de ejecución de sentencia penal condenatoria firme, sentencia arbitral, sentencia extranjera homologada por el Superior Tribunal de Justicia o decisión interlocutoria extranjera, después de la concesión del exequatur a la carta rogatoria por el Superior Tribunal de Justicia (art. 515, §1 del CPC).

9. Acción directa de inconstitucionalidad n.º 7.005, parecer del Instituto Brasileño de Derecho Procesal y principales argumentos

Fue propuesta, el 23 de septiembre de 2021, ante el Supremo Tribunal Federal, una acción directa de inconstitucionalidad contra la Ley n.º 14.195/2021, a la cual se le asignó el registro n.º 7.005. Dicha acción aún se encuentra en trámite, no existiendo, hasta el momento, un pronunciamiento definitivo de la Suprema Corte brasileña acerca de la eventual inconstitucionalidad de la ley impugnada.

El Instituto Brasileño de Derecho Procesal presentó un respetable dictamen en la acción directa de inconstitucionalidad, en el cual destacó los fundamentos por los cuales la referida demanda debe ser acogida. En esta oportunidad, se expondrán las principales tesis desarrolladas en el dictamen, elaborado por los profesores brasileños Paulo Henrique dos Santos Lucon, Cassio Scarpinella Bueno y Arthur Ferrari Arsuffi, todos ellos de reconocida trayectoria en el ámbito del Derecho Procesal Civil¹⁴.

14. Henrique dos Santos Lucon, Paulo, Scarpinella Bueno, Cassio, Ferrari Arsuffi, Arthur, *Parecer do IBDP acerca da inconstitucionalidade da Lei Federal 14.195/2021 apresentado na ADI 7.005*, Revista de Processo, vol. 327. ano 47, p. 17-39, São Paulo, 2022.

La Ley Federal n.º 14.195/2021, resultante de la conversión de la Medida Provisional n.º 1.040/2021, introdujo profundas modificaciones en diversos diplomas normativos del ordenamiento jurídico brasileño, incluyendo alteraciones de notable impacto en el Código de Proceso Civil de 2015. Bajo el declarado objetivo de modernizar el ambiente de negocios y fomentar la eficiencia económica, el legislador ordinario promovió reformas que, sin embargo, suscitaron serias objeciones de naturaleza constitucional.

En este contexto, el Instituto Brasileño de Derecho Procesal (IBDP), en ejercicio de su función institucional y de su reconocida autoridad científica, presentó un extenso y fundamentado parecer en el ámbito de la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 7.005, sosteniendo que la Ley n.º 14.195/2021 padece de vicios constitucionales graves, especialmente de carácter formal, sin perjuicio de relevantes objeciones de índole material.

El análisis desarrollado por el IBDP se estructura a partir de una concepción constitucional del proceso, en la que el Derecho Procesal Civil no es un mero instrumento técnico de resolución de conflictos, sino un espacio normativamente cualificado de realización de derechos fundamentales. Desde esta premisa, cualquier intervención legislativa que altere sus estructuras esenciales debe observar, con rigor reforzado, los límites impuestos por la Constitución.

9.1. La inconstitucionalidad formal y la violación del debido proceso legislativo

El primer y más contundente eje argumentativo del parecer reside en la afirmación de que la Ley n.º 14.195/2021 es formalmente inconstitucional por derivar de una Medida Provisional que no satisfacía los requisitos constitucionales de urgencia y relevancia, exigidos por el artículo 62 de la Constitución de la República.

La Medida Provisional n.º 1.040/2021 fue justificada, en su exposición de motivos, como un instrumento destinado a mejorar el posicionamiento de Brasil en el ranking Doing Business del Banco Mundial. Sin embargo, tal finalidad - por más legítima que pueda resultar en el plano de la política pública - carece de la nota de urgencia constitucionalmente exigida. No se trata de una situación excepcional, imprevisible o inaplazable que justifique la concentración extraordinaria de poder normativo en manos del Ejecutivo.

Desde esta perspectiva, el parecer subraya que la utilización de medidas provisionales fuera de los estrictos límites constitucionales representa una forma de banalización del instituto, con graves consecuencias para el principio de separación de poderes y para la legitimidad democrática del proceso legislativo.

Incluso si se admitiera, la constitucionalidad de la Medida Provisional en su formulación original, el vicio formal se agrava de manera decisiva en el proceso de conversión parlamentaria. La Ley n.º 14.195/2021 incorporó una pluralidad de materias completamente ajenas al objeto inicial de la Medida Provisional, incluyendo reformas sustantivas al Código de Proceso Civil. Tal práctica, conocida jurisprudencialmente como “contrabando legislativo”, ha sido reiteradamente repudiada por el Supremo Tribunal Federal, por vulnerar el principio democrático, el debido proceso legislativo y la transparencia deliberativa. La introducción de normas procesales en un proyecto de conversión de medida provisional impide el debate público calificado y priva a la sociedad civil de una participación efectiva en la conformación del Derecho.

El parecer del IBDP enfatiza que este déficit democrático resulta aún más grave cuando se trata de normas procesales, cuya elaboración histórica - como ocurrió con el Código de Proceso Civil de 2015 - demandó años de discusión pública, participación institucional y maduración dogmática.

9.2. La prohibición constitucional de legislar sobre derecho procesal por medida provisional

Uno de los fundamentos más sólidos del parecer reside en la violación directa del artículo 62, §1.º, inciso I, letra “b”, de la Constitución, que prohíbe expresamente la edición de medidas provisionales sobre Derecho Procesal Civil.

La Ley n.º 14.195/2021, al modificar múltiples dispositivos del Código de Proceso Civil - especialmente en materia de citación, prescripción intercorriente y deberes de las partes -, incurre en una infracción frontal a esta prohibición constitucional. No se trata, por tanto, de una mera irregularidad procedimental, sino de un vicio estructural de iniciativa, que contamina la validez de las normas introducidas.

El IBDP sostiene, con acierto, que no es constitucionalmente admisible legitimar tales reformas bajo el argumento de que la materia procesal sería instrumental o accesoria a objetivos económicos. La Constitución no autoriza excepciones implícitas a una prohibición expresa, y cualquier intento de relativizarla comprometería la fuerza normativa del texto constitucional.

9.3. Impactos sobre el derecho fundamental de acceso a la justicia

Desde una perspectiva material, el parecer identifica relevantes tensiones entre la Ley n.º 14.195/2021 y el derecho fundamental de acceso a la justicia, consagrado en el artículo 5.º, XXXV, de la Constitución.

Las nuevas reglas de citación electrónica, combinadas con sanciones severas por la falta de confirmación del acto, trasladan al jurisdiccional riesgos excesivos derivados de deficiencias estructurales del propio sistema judicial. La presunción de mala fe o de conducta atentatoria a la dignidad de la justicia, en ausencia de una evaluación contextualizada, resulta incompatible con una concepción garantista del proceso.

El acceso a la justicia no se agota en la posibilidad formal de provocar la jurisdicción, sino que comprende el derecho a un proceso estructurado de manera razonable, equilibrada y proporcional, en el que las cargas procesales no se conviertan en obstáculos encubiertos al ejercicio del derecho de acción o de defensa.

9.4. Violación del debido proceso legal, del contradictorio y de la amplia defensa

El parecer también subraya que diversas innovaciones introducidas por la Ley n.º 14.195/2021 erosionan el debido proceso legal, entendido en su dimensión sustantiva y procedimental.

La anticipación de efectos desfavorables a las partes, la flexibilización excesiva de garantías procesales y la ampliación de poderes sancionatorios del juez, sin contrapesos adecuados, comprometen el equilibrio estructural del proceso. El contradictorio, concebido como derecho de influencia y no como mera formalidad, resulta debilitado cuando las partes son privadas de una participación efectiva en la construcción de la decisión judicial.

Desde esta óptica, el IBDP sostiene que la eficiencia procesal no puede ser perseguida como un valor absoluto, desvinculado de las garantías fundamentales que legitiman el ejercicio de la jurisdicción en un Estado Democrático de Derecho.

9.5. Seguridad jurídica, proporcionalidad y coherencia sistémica

Otro eje central del parecer es la crítica a la falta de proporcionalidad y de coherencia sistémica de las reformas introducidas. Las modificaciones al régimen de la prescripción intercorriente, por ejemplo, alteran equilibrios consolidados entre las posiciones jurídicas de acreedores y deudores, generando incertidumbre interpretativa y riesgos de decisiones dispares.

La ausencia de *vacatio legis* agrava este escenario, al imponer cambios abruptos sin permitir la adaptación gradual de los operadores jurídicos, del Poder Judicial y de la propia administración pública. Tal circunstancia vulnera el principio de seguridad jurídica, que exige previsibilidad, estabilidad normativa y confianza legítima.

10. Consideraciones finales

La citación electrónica prevista en el CPC Brasileño de 2015, en su redacción original, tenía una eficacia limitada debido a la previsión de que dicha modalidad de citación se llevaría a cabo “según lo regulado por la ley”. La Ley n. 14.195/21 reformó el CPC, dando una mayor definición a la citación electrónica, convirtiéndola en la modalidad preferente a adoptar.

La iniciativa legislativa busca modernizar el Código de Proceso Civil a las tendencias tecnológicas. La acierto o no del legislador brasileño solo podrá evaluarse con el tiempo, a través de la experiencia forense cotidiana, sin desestimar aún el grave problema señalado por la doctrina sobre la inconstitucionalidad de la Ley n. 14.195/21. Este problema podría resultar en la inestabilidad del sistema procesal.

Es evidente la necesidad de mayores estudios sobre la citación electrónica. El perfeccionamiento del acto citatorio, adaptándolo a las nuevas herramientas tecnológicas de comunicación, es una medida necesaria, pero no debe realizarse de manera precipitada, desatendiendo el principio del contradicción, especialmente considerando que la citación es uno de los actos más importantes del proceso.

El análisis desarrollado a lo largo del presente estudio permite afirmar que la citación electrónica, en Brasil, tal como ha sido configurada en el Código de Proceso Civil tras las modificaciones introducidas por la Ley n.º 14.195/2021 y por la normativa infralegal del Consejo Nacional de Justicia, constituye uno de los puntos más sensibles y paradigmáticos del proceso de transformación digital del proceso civil contemporáneo. No se trata, en efecto, de una simple innovación técnica orientada a la aceleración de los actos procesales, sino de una reconfiguración estructural de un instituto directamente vinculado a la garantía del contradictorio, del derecho de defensa y de la legitimidad misma del ejercicio de la jurisdicción.

La citación, en cuanto presupuesto indispensable para la formación válida de la relación jurídica procesal, ocupa un lugar central en la dogmática procesal. Su función no se agota en la mera comunicación formal de la existencia del proceso, sino que representa el acto por medio del cual el Estado-juicio convoca al demandado a participar de un procedimiento que puede afectar de manera directa su esfera jurídica. Por esta razón, cualquier alteración en su régimen jurídico debe ser examinada con especial cautela, a la luz de los principios constitucionales que estructuran el debido proceso legal en el Estado Democrático de Derecho.

Desde una perspectiva normativa, la opción legislativa por conferir preferencia a la citación electrónica refleja una tendencia global hacia la digitalización de la justicia y responde a demandas legítimas de eficiencia, racionalización de recursos y reducción de tiempos procesales. No obstante, el estudio ha demostrado que la legitimidad de dicha opción no puede ser evaluada exclusivamente desde parámetros

de eficiencia administrativa. La constitucionalidad de las normas procesales exige, además, la observancia estricta del debido proceso legislativo y el respeto material a las garantías fundamentales de las partes.

En este punto, emerge con particular nitidez la problemática relativa al origen de la Ley n.º 14.195/2021. Al derivar de la conversión de una Medida Provisional que trataba de materias heterogéneas y ajenas al Derecho Procesal Civil, el legislador incurrió en una violación directa a los límites constitucionales establecidos en el artículo 62, §1.º, inciso I, letra b, de la Constitución Federal. Este vicio formal, de naturaleza objetiva, compromete la validez de las normas que alteraron sustancialmente el régimen de la citación, independientemente de cualquier valoración sobre su conveniencia o utilidad práctica.

Más allá del plano formal, el contenido material de las innovaciones también plantea interrogantes relevantes. La imposición de deberes reforzados a las partes para el control constante de medios electrónicos, así como la previsión de consecuencias procesales gravosas en caso de inobservancia de tales deberes, revela una preocupante tendencia a desplazar hacia el jurisdicionado los riesgos inherentes al funcionamiento del sistema de justicia. Esta lógica resulta difícilmente compatible con un modelo procesal constitucional que concibe al proceso como un espacio de cooperación y de tutela efectiva de derechos fundamentales, y no como un instrumento de sanción o de presunción generalizada de mala fe.

La reglamentación infralegal llevada a cabo por el Consejo Nacional de Justicia, especialmente a través de la Resolución n.º 455, representa un esfuerzo institucional relevante para conferir coherencia, uniformidad y operatividad al sistema de citación electrónica. La creación del Domicilio Judicial Electrónico y del Portal de Servicios del Poder Judicial contribuye, sin duda, a la estandarización de procedimientos y a la superación de la fragmentación tecnológica existente entre los distintos tribunales. Sin embargo, la actuación normativa del CNJ debe ser comprendida como complementaria y subordinada a la ley y a la Constitución, no pudiendo servir como mecanismo de corrección de eventuales vicios legislativos ni de restricción indirecta de garantías procesales.

En este contexto, resulta fundamental reafirmar que la citación electrónica no puede ser asimilada, en términos dogmáticos, a una modalidad de citación ficta. Su validez constitucional depende de la comprobación efectiva de que el destinatario tuvo acceso real y oportuno al contenido del acto, siendo inadmisibles presunciones automáticas de conocimiento que conduzcan a la decretação de la rebeldía sin una base empírica sólida. La tecnología, por sí sola, no elimina los riesgos de falibilidad, exclusión digital o asimetría informacional, los cuales deben ser considerados seriamente por el intérprete y por el aplicador del derecho.

Asimismo, la consolidación de la citación electrónica exige una lectura sistemática y prudente de las normas procesales, orientada por los principios del contradictorio, de la proporcionalidad y de la seguridad jurídica. La búsqueda de eficiencia no puede justificar la relativización excesiva de garantías históricamente construidas por la dogmática procesal, bajo pena de comprometer la legitimidad democrática del proceso y de generar un aumento significativo de litigiosidad incidental, con la proliferación de nulidades y cuestionamientos sobre la validez de los actos procesales.

En definitiva, la experiencia brasileña con la citación electrónica revela un escenario de transición, marcado por avances tecnológicos indiscutibles, pero también por tensiones normativas y constitucionales que aún demandan un enfrentamiento crítico y profundo. Corresponde a la doctrina, a la jurisprudencia y, en última instancia, al Supremo Tribunal Federal, delimitar los contornos constitucionales de este instituto, asegurando que la modernización del proceso civil se realice de manera compatible con los valores fundamentales que estructuran el debido proceso legal.

Mientras tanto, la aplicación práctica de las normas relativas a la citación electrónica debe realizarse con especial prudencia, privilegiando interpretaciones que preserven el efectivo ejercicio del derecho de defensa y eviten soluciones formalistas o automatizadas que sacrifiquen la justicia del caso concreto. Solo así será posible conciliar innovación tecnológica y constitucionalismo procesal, garantizando que el proceso civil brasileño avance hacia un modelo verdaderamente eficiente, pero, sobre todo, legítimo y respetuoso de los derechos fundamentales de los jurisdicionados.

Referencias

- Abelha Rodrigues, Marcelo, *Elementos de direito processual civil*, Revista dos Tribunais, vol. 2, São Paulo, 2000.
- Amorim Assumpção Neves, Daniel, *Manual de Direito Processual Civil*, 8. ed., Salvador, Juspodivm, 2016.
- Arruda alvim wambier, Teresa et al, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- Freitas Câmara, Alexandre, *O novo processo civil brasileiro*, 2. ed., São Paulo, Atlas, 2016.
- Didier Jr, Fredie. Sarno Braga, Paula. Alexandria de Oliveira, Rafael Alexandria, *Curso de direito processual civil*, v. 2, Salvador, Juspodivm, 2015.
- Figueiredo Gonçalves, Tiago, *O procedimento comum no processo de conhecimento: da petição inicial à sentença*, Thoth Editora, Paraná, 2025.
- Guilherme Marinoni, Luiz. Cruz Arenhart, Sérgio, Mitidiero, Daniel, *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

- Henrique dos Santos Lucon, Paulo, Scarpinela Bueno, Cassio, Ferrari Arsu-
ffi, Arthur, *Parecer do IBDP acerca da inconstitucionalidade da Lei Federal*
14.195/2021 apresentado na ADI 7.005, Revista de Processo, vol. 327, ano 47,
p. 17-39, São Paulo, 2022.
- Miguel Garcia Medina, José, *Novo código de processo civil comentado*, 3. ed., São
Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- Moraes de Fleury da Rocha, Henrique, *Garantias fundamentais do processo brasi-
leiro sob a ótica da informatização judicial*, Revista Iberoamericana de Dere-
cho Procesal, v. 5, 2017.
- Rangel Dinamarco, Cândido, *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Mal-
heiros, 2004.
- Regina das Neves, Aline, Cambi, Eduardo, *Processo e tecnologia: do processo eletrôni-
co ao plenário virtual*, Revista dos Tribunais, vol. 986, 2017, p. 87-110.
- Roberto Hertel, Daniel, *Avanços tecnológicos e impactos do Diário de Justiça Ele-
trônico Nacional e do Domicílio Judicial Eletrônico no direito processual civil*
brasileiro, São Paulo, Revista de Processo, vol. 367, ano 50, 2025.
- Roberto Hertel, Daniel, *Cumprimento da sentença pecuniária*, Rio de Janeiro, Lu-
men juris, 2011.
- Roberto Hertel, Daniel, *Sistematización de la tutela provisional en el Derecho Pro-
cesal Civil Brasileño*, Revista iberoamericana de derecho procesal, v. 2, p. 371-
384, 2020.
- Roberto Hertel, Daniel, *Técnica procesal para el cumplimiento provisional de de-
cisiones judiciales en el derecho procesal civil brasileño*, Vox juris, v. 39, p. 101,
2021.
- Roberto Hertel, Daniel, *Técnica processual e tutela jurisdiccional: a instrumentali-
dade substancial das formas*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.
- Rosa Tavares Marcacini, Augusto. Luiz Parra Pereira, José, *Uma breve reflexão sobre*
a citação e a intimação na era digital: incertezas e consequências, Revista de
Processo, v. 270, 2017.
- Vinicius Rios Gonçalves, Marcus, *Direito processual civil esquematizado*, São Paulo,
Saraiva, 2016.
- Vitor Mendonça Sica, Heitor, *Problemas atuais do processo civil eletrônico e projeto*
de novo CPC, Revista dos Tribunais, vol. 1, 2013, p. 69-83.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 14/11/2025 || Aceptado: 04/12/2025

Plusvalía e inflación magnitud, medida y unidad valor, precio y moneda

Capital gains and inflation magnitude, measure and unity value, price and money

Emilio Aguas Alcalde  0000-0002-5488-1144

Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, España.
eaguas@unex.es

Resumen

Este trabajo es un comentario a la Sentencia 67/2023 del Tribunal Constitucional sobre la inflación en el gravamen de las plusvalías, no desde la perspectiva de su análisis sino de los fundamentos de su desacierto, esto es, de los expresados por el elocuente voto particular de forma tan rotunda como comedida.

Palabras clave: Derecho Financiero, principio de capacidad económica, plusvalía, inflación, valor y precio.

Abstract

This paper is a commentary on Judgment 67/2023 of the Constitutional Court about the inflation on the taxation of capital gains, not from the perspective of its analysis but from the grounds of its iniquity, that is, of those expressed by the eloquent dissenting vote in a way so emphatic as restrained.

Keywords: European Financial Law, principle of economic capacity, capital gains and inflation, value and price.

Sumario

1. Introducción
2. Inflación
3. El principio de Neutralidad
 - 3.1. El Principio de neutralidad en la Constitución
 - 3.2. A qué neutralidad nos estamos refiriendo
 - 3.3. Igualdad en la inconstitucionalidad
4. Unidad, medida y magnitud
5. Valor, precio y moneda
 - 5.1. Magnitud-valor, medida-precio y unidad-moneda
 - 5.2. Valor catastro y valor precio
 - 5.3. Valor real, valor de mercado, valor sentimental, etc.
6. Plusvalía
 - 6.1. Concepto
 - 6.2. Plusvalía, plusprecio e inframoneda (inflación)
 - 6.3. Ganancia Patrimonial
7. Formulación matemática
8. El nominalismo monetario no es un principio, es una antítesis
9. Enriquecimiento injusto
10. Cuádruple imposición
11. Entrada en vigor de la constitución
12. Capacidad económica e inflación en la docencia
13. Conclusiones

I. Introducción

La inflación es uno de los elementos esenciales configuradores de la convivencia humana, lo cual es sabido y estudiado en diferentes ramas del conocimiento, la historia, las ciencias políticas, el derecho y, por supuesto, la economía, afectando a muchos de los hechos más trascendentes de nuestra historia como las mayores guerras (IIGM), caída de imperios —es muy extendida la opinión de considerarlo como el elemento esencial de la caída del imperio romano—, surgimiento de nuevos sistemas políticos —la subida del precio de los alimentos fue un elemento clave de la Revolución Francesa—, etc¹.

Sobre la base de lo anterior los Bancos Centrales, como el BCE o la Reserva Federal, reciben un único mandato principal, la estabilidad de los precios², siendo éste un criterio básico del TFUE³, fijando actualmente la meta de que el IPC no exceda del 2% anual⁴.

De estas ideas fundamentales ha de concluirse que el legislador carece de autonomía en relación con la inflación dado que es contrario al contrato social en la medida que daña la economía y la estabilidad, al contrario, constituye un elemento primordial de su función como representantes de los ciudadanos, como puede serlo la tasa de paro, el déficit o el nivel de deuda pública, en definitiva, de la paz social. Por tanto, lo contrario es indicio de falta de legitimidad, de incumplir los objetivos centrales que tiene encomendados.

1. Un ejemplo actual puede verse en que hay muchas voces que indican que la victoria de Trump en las elecciones de Estados Unidos de 2024 se debe a haber achacado por los votantes a Biden la inflación habida al inicio de su mandato. Idea que, por otra parte, no compartimos, sino que la generó el propio Trump al repartir dinero a todos los residentes en Estados Unidos durante el año de la pandemia (2020) a causa del confinamiento. Y, por extensión, generó inflación al resto del mundo al ser el dólar la moneda de reserva mundial (precio del petróleo en dólares, etc.).
2. Art. 127.1 del TFUE, que señala: “El objetivo principal del Sistema Europeo de Bancos Centrales, denominado en lo sucesivo «SEBC», será mantener la estabilidad de precios”. Lo cual se efectúa mediante el control de los tipos de interés básicos, art. 12.1 de su Protocolo N.º 4 —Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo—. Así lo recoge el Apdo. C.1 de la Ficha Temática de la Unión Europea sobre política monetaria europea y política fiscal: “El principal instrumento de política monetaria del BCE son sus tres tipos de interés clave a los que los bancos comerciales pueden obtener dinero del BCE o depositarlo en él: el tipo de las operaciones principales de financiación, el tipo de la facilidad de depósito y el tipo de la facilidad marginal de crédito”.
3. Art. 140.1 TFUE, primer guion y art. 1 del Protocolo n.º 13 del TFUE sobre los criterios de convergencia.
4. El apdo. B.2 de la Ficha Temática de la Unión Europea sobre política monetaria europea y política fiscal expresa que: “La estabilidad de precios se ha definido como una tasa de inflación —incremento interanual del índice de precios de consumo armonizado (IPCA) de la zona del euro— del 2 % a medio plazo”.

2. Inflación

El Banco de España define la inflación como el crecimiento general del nivel de precios de consumo en una economía, provocando que el dinero pierda valor.

Sus causas han sido profusamente estudiadas por la economía, desde nuestro punto de vista sus elementos son varios y pueden darse de forma acumulativa o individual, carestía de materias primas bien por reducción de la producción —malas cosechas, pérdida de tecnología o de su uso o manejo, agotamiento de recursos naturales—, bien por exceso de demanda —aumento de población, avances tecnológicos—, también puede darse por un exceso de deuda pública, un abaratamiento y exceso de crédito bancario, o por emisión de moneda; así las causas pueden ser naturales provocando una contracción de la oferta o un aumento de la demanda (materias primas, población) o artificiales (expansión monetaria)⁵.

Esta segunda se ha denominado “el impuesto de los pobres”, dado que las personas con pocos ingresos no pagan algunos impuestos, en concreto sobre la renta, pero han de seguir consumiendo, la inflación generada por el aumento artificial de la masa monetaria, vía exceso de deuda pública, de crédito o de emisión de moneda, debido a la pérdida de valor del dinero compran menos que antes pero pagando los mismos impuestos de antes, o compran igual —en el improbable caso de haya subido su nivel de renta en la medida de la inflación— pagando los correlativos impuestos, en este caso, además, si no se deflacta la tarifa de los impuestos sobre la renta, comienzan a pagar impuestos sobre la renta, que antes con el mismo nivel adquisitivo no pagaban, generando el efecto que estamos expresando.

Por otra parte, estas personas no participan de los factores que producen la expansión monetaria como la emisión de moneda o expansión de crédito, o si lo hacen es en último lugar, los primeros en participar son los perceptores de ese exceso o las más cercanas a él, iniciando ellos el proceso inflacionario, así, las personas con pocos recursos son quienes más padecen las consecuencias⁶.

5. Milton Friedman señaló que: “It follows from the propositions I have so far stated that *inflation is always and everywhere a monetary phenomenon* in the sense that it is and can be produced only by a more rapid increase in the quantity of money than in output. However, there are many different possible reasons for monetary growth, including gold discoveries, financing of government spending, and financing of private spending”. Milton Friedman, “The Counter-Revolution in Monetary Theory”, *IEA, Ocasional Papers, Institute of Economic Affairs*, 33 (1970), The Collected Works of Milton Friedman, compiled and edited by Robert Leeson and Charles G. Palm., <https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/214480/full>. Esta frase se ha transmitido reduciéndola a la parte en cursiva original del texto transcrito, esto es, la máxima de que: “inflación es siempre y en todas partes un fenómeno monetario”. Tal como se deriva del texto transcrito ésta puede venir causada también por fenómenos naturales, como el descubrimiento de minas de oro. Esa máxima, que es cierta por definición, dado que la definición de inflación se refiere a una pérdida del valor del dinero, no obstante, como se deriva de ese texto, fue matizada por el autor en el sentido de que el “siempre” se refiere al medio y largo plazo, dado que en el corto puede haber otras causas como un shock de la oferta.

6. Es un efecto de la denominada Teoría Cuantitativa del Dinero —o *velocidad del dinero*—, atribuida originalmente al navarro Martín de Azpilcueta, en relación con las reservas de oro procedentes de América en el S. XVI, recogida por Hume en el S. XVIII en su obra *Del Dinero*, vid. D. Hume, “Sobre el dinero”, en *Discursos políticos del señor*

Se trata, por consiguiente, de una faceta primordial de su importancia social, como se ha expresado en el párrafo inicial de este trabajo.

A esto se refiere, entre otros factores, el principio constitucional de capacidad económica.

3. El principio de Neutralidad

3.1. El Principio de neutralidad en la Constitución

El principio de neutralidad no es un principio tributario⁷. En consecuencia, un principio inexistente en el ámbito tributario no debería utilizarse para desmontar otro sí existente que, además, goza de protección constitucional.

El principio de neutralidad tampoco es un principio constitucional explícito, por lo que no hay colisión ni complemento de protecciones constitucionales. En cambio, en el principio de capacidad económica su protección constitucional no sólo viene enunciada en el art. 31.1, sino que lo hace estableciéndolo como fundamento de todo el sistema tributario, dado que conforme al art. 31.1 la contribución a los gastos públicos ha de hacerse “de acuerdo con su capacidad económica”, no sólo es fundamento sino también estructura del sistema tributario. En palabras del Tribunal Constitucional “fundamento, parámetro y límite” (STC 182/2021 FD 5, apdo. B)⁸.

3.2. A qué neutralidad nos estamos refiriendo

La neutralidad como principio puede predicarse de infinidad de elementos: las emisiones de CO₂, la conservación de la energía, las ayudas de Estado y la neutralidad competitiva, incluso de la neutralidad del dinero⁹, por lo que descontextualizado carece de valor sistemático y científico.

David Hume, (Imprenta de González, 1789), págs. 64-94, y formulada en los términos actuales por Irving Fisher en el S. XX.

7. Vid. art. 31 CE y 3 de la LGT. Existe el principio de neutralidad en el IVA, pero no es tanto un principio tributario como el mecanismo de funcionamiento de ese impuesto, esto es, de la traslación del impuesto.

8. Como ya describiera el profesor Simón Acosta: “El principio de capacidad contributiva es medida principal de la igualdad (*tertium comparationis*) pero también es fundamento de la imposición, presupuesto y límite máximo”, vid. Eugenio Simón Acosta, “Principios tributarios materiales (I)”, en *Derecho financiero y tributario. Parte general*, (Madrid: Aranzadi, 2017), pág. 93, §112. Se concluye que el principio de capacidad económica es presupuesto, fundamento, parámetro y límite de la imposición. El primero indica que hay tributos porque hay capacidad económica, y el segundo que cada tributo, cada hecho imponible y los elementos de la base imponible en que se manifiesta, han de suponer una manifestación de capacidad económica

9. Enunciada por Hume señala que duplicar la cantidad de dinero circulante no producirá ningún efecto en la economía sino únicamente duplicar los precios, vid. David Hume, “Sobre la balanza del comercio”, en *Discursos políticos del señor David Hume*, (Imprenta de González, 1789), pág. 140. Luego la teoría de la neutralidad del dinero es una expresión del error nominalista, es decir, de la necesidad de homogeneizar los precios cuando haya habido inflación por aumento de la masa monetaria.

En el contexto en el que estamos, tributos, IRPF e impuestos personales, capacidad económica e inflación, su significado sería justamente el contrario de lo que de él se predica en la STC 67/2023.

3.3. Igualdad en la inconstitucionalidad

Expresar que neutralidad al gravar la inflación incorporada a la plusvalía consiste en que si a unos no se les corrige no hay límite para tampoco hacerlo con el resto, equivale a neutral como ser justo en lo injusto, no sería correcto ser injusto con unos sí y con otros no, si se es injusto con unos lo justo es serlo con todos, es lo que parece significar el “principio de neutralidad impositiva” para el Tribunal Constitucional, tal como señala el voto particular con la expresión: “igualdad en la inconstitucionalidad” como título de su apdo. 6.

El “principio de neutralidad impositiva” no existe¹⁰, pero de existir sería justo lo contrario, ser neutral no es ser injusto con todos y no con unos sí y otros no, ser neutral es descontar la inflación en las plusvalías, eso sí podría ser neutralidad impositiva, pero en realidad sencillamente es operar correctamente, y hacer bien las cuentas no es neutralidad, es otra cosa.

4. Unidad, medida y magnitud

Las unidades de medida miden magnitudes, pero eso no significa que los elementos de la relación sean dos: 1) unidad de medida y 2) magnitud, sino que son tres, 1) magnitud, 2) medida y 3) unidad. Para operar correctamente todos deben ser homogéneos.

La magnitud es el elemento que se desea medir, estructurar en una medida representada en unidades. Identificar correctamente magnitudes en sí mismo ya es extraordinariamente complejo y medirlas, a su vez, supone otro excepcional avance.

La medida es una creación abstracta no representable en sí misma sino a través de la unidad, es una configuración. Entendemos que se refiere a la homogeneización que la unidad debe representar respecto de la magnitud que se mide. Es un intervalo estructurado; una pauta, un patrón. Un intervalo que expresa una magnitud y se representa en unidades.

La unidad es cada intervalo de la estructura configurada; del patrón. Pueden ser únicas, como los grados en la temperatura, pero también fraccionadas, como el tiempo —en segundos, minutos, horas, días, meses, años, siglos—, lo mismo pasa con la distancia, el peso etc. E igual ocurre con la moneda, en nuestro dinero de

10. La imposición, como definición, no es neutral, por ejemplo, porque es progresiva, y éste es un principio constitucional del art. 31.1, o porque sirve como “instrumento de la política económica general” (art. 2.1 LGT).

curso legal se expresa en euros y en su unidad mínima, que son los céntimos, y simultáneamente existen otras unidades que denominamos divisas: dólar, libra, yenes, etc. que, a su vez, pueden tener otro fraccionamiento distinto¹¹.

Componer correctamente estos elementos no es sencillo, al contrario, entraña una gran dificultad, y conlleva un gran avance científico¹².

Para que el sistema funcione correctamente la representación de los tres elementos: magnitud, medida y unidad ha de ser homogénea.

5. Valor, precio y moneda

5.1. Magnitud-valor, medida-precio y unidad-moneda

El valor es la magnitud, el precio la medida y la moneda la unidad. Esto es, el valor es una magnitud medida por el precio expresado en moneda.

La diferencia entre valor y precio es que el valor es una magnitud y el precio una medida, en concreto una medida específica del valor. El precio es la medida expresada en moneda, el valor la magnitud que representa.

Es una confusión considerar el precio como unidad de medida, es una medida expresada en unidades; el precio es una medida expresada en moneda.

Las unidades de medida representan magnitudes, luego para operar con ellas han de representar magnitudes homogéneas, esto es, la homogeneidad ha de trasladarse a la unidad y con ésta a la medida porque, si no, operar con ellas es incorrecto.

Entendemos que el dinero, unidades de medida expresadas en unidades monetarias, representan la magnitud valor, y para operar con ellas de forma correcta la magnitud que representan, el valor, ha de ser homogéneo, por ello, —entre otras cosas como por ejemplo podría ser operar con una misma divisa— cuando se refiere a valores en un intervalo temporal ha de tenerse en cuenta la inflación.

Como antes se ha señalado: “la inflación siempre y en todo lugar es un fenómeno monetario”¹³.

11. El dinero ahora es Fiat, esto es, creado por decreto, pero hasta hace poco representaba oro. Así la moneda también podría ser oro, bitcoin, etc. ¿Es el bitcoin una forma de moneda? Esa es una de las grandes cuestiones alrededor del mismo, precisamente en lo que a nuestra materia nos afecta hay quien entiende que lo será el día que Hacienda lo acepte como pago de tributos.

12. Pensemos, por ejemplo, en la historia de su elaboración y en el mismo metro patrón de iridio-platino que se conserva en París, o en el reloj atómico de París, o el del Observatorio Naval de Estados Unidos que coordinan y referencian el resto de los relojes mundiales, un solo segundo de diferencia puede producir graves distorsiones en sectores muy importantes. Por no referirse ya al avance derivado de determinar la distorsión entre el espacio y el tiempo —magnitudes fundamentales— por la gravedad.

13. Vid. nota 6.

Resulta así que los precios de antaño han de actualizarse a precios de hoy para obtener valores análogos, lo incorrecto es mezclar precios de hoy con precios de antaño sin actualizarlos porque determinan valores representados por unidades no homogéneas que expresan medidas distintas, supone operar con magnitudes no homogéneas, su antítesis.

Por consiguiente, el principio nominalista, como adelante se detalla, no es un principio tributario, tampoco constitucional, en realidad ni siquiera es un principio.

5.2. Valor catastro y valor precio

Relevante en nuestra materia tributaria es la valoración catastral que sirve de base imponible en el Impuesto de Bienes Inmuebles y de referencia para numerosos cálculos en otros tributos.

La cuestión es si se trata de una magnitud —valor— o medida distintos que cuando nos referimos a valor y precio.

El valor es la magnitud medida, luego como concepto —una configuración intelectual de algo que se mide— el valor catastral es un valor, una magnitud representada por una medida, pero es un valor específico porque la medida no es el precio sino una media estadística elaborada por catastro a partir del precio.

En el valor catastral también existe la idea de magnitud, medida y unidad, luego la estructura conceptual se reitera, pero lo que expresan en el valor catastral es distinto, y es así porque la medida en catastro no es el precio, sino una media estadística elaborada a partir de éste. Esa medida también se expresa en moneda como el precio, y también representa un valor como el precio, pero como la medida es específica el valor resultante también¹⁴.

Es como hablar de anchura, altura y profundidad, en los tres la magnitud es la longitud y la unidad el metro, pero la medida respecto de la que se expresa la magnitud longitud es distinta en un área o un volumen, y así sucesivamente conforme la figura que se quiera medir, grados en una curva, longitud-latitud en un punto de una esfera, etc. La cuestión es identificar correctamente la magnitud, la medida y la unidad.

Por eso el “valor catastral” precisa del adjetivo “catastral”; magnitud valor según la medida elaborada por el catastro.

14. Cabe añadir la complejidad derivada de que tanto la inflación como el catastro sean medias elaboradas a partir de los precios, ambas son medias estadísticas, pero la inflación se trata de una media de distinta naturaleza a la catastral, dado que la inflación se fundamenta en la dimensión tiempo y la catastral no. La inflación es una comparación de valores representados en los precios en un intervalo temporal, no representa un valor sino un cambio en la medida del valor (del precio) debido al transcurso del tiempo, por eso para comparar correctamente valores de distintos momentos es necesario tenerla en cuenta, el valor catastral, en cambio, sí representa un valor, la inflación representa un cambio y el catastro un estado —del valor en ambos casos—.

Igualmente podría hablarse de “precio catastral”, pero aquí hay una falta de correlación conceptual dado que precio es una específica forma de medida, predicada de una retribución conmutativa por un bien (o servicio), de un acto traslativo, que no se da en el catastro. La medida del catastro no es un precio, es una medida propia elaborada mediante fórmulas estadísticas a partir de los precios, una medida específica elaborada por él mismo¹⁵.

En el catastro el valor de cada bien inmueble no es el precio, aunque se exprese en la unidad moneda, sino que su medida es una media estadística. Así, el valor catastral es una magnitud específica, cuya medida es una media estadística y su unidad la moneda. De ahí que valor catastral y valor precio son dos magnitudes distintas (tal como deriva de la necesidad del adjetivo catastral en valor catastral) representadas por medidas distintas, y una misma unidad.

Por tanto, la comparación de si valor en el valor catastral y valor en la plusvalía son conceptos distintos o iguales está desenfocada, la comparación es si para calcular correctamente la plusvalía entre valores catastrales de un mismo bien transcurrido el tiempo ha de tenerse en cuenta la inflación, evidentemente la respuesta es que sí, el nominalismo en la plusvalía es un error de valor tanto si se predica de los precios como de valores catastrales.

Catastro y precio son dos medidas distintas en las que, mediando el transcurso del tiempo, para calcular correctamente la plusvalía del valor que representan el nominalismo conlleva un error de cálculo por falta de homogeneización.

La conclusión es la ya enunciada: que para operar correctamente con magnitudes la magnitud, la medida y la unidad han de ser homogéneas.

5.3. Valor real, valor de mercado, valor sentimental, etc.¹⁶

La misma idea que hemos señalado del valor catastral se predica respecto de las diferentes expresiones de valor, esto es, magnitud, medida, unidad.

El valor sigue siendo una magnitud en la que si especificamos la medida —real, de mercado, sentimental— de esa magnitud, estamos significando una alteración en la medida, aun cuando la unidad —moneda— siga siendo la misma en todas ellas. Por consiguiente, son distintas expresiones en la medición del valor.

15. En nuestro ordenamiento a través de la denominada *ponencia de valoración*. Sería como si en el IRPF se tributara por rentas medias calculadas estadísticamente y no por la real de cada contribuyente. Una forma de estimación objetiva, similar a la prevista para determinadas actividades económicas en el IRPF. Por eso dos pisos de igual plano en un mismo edificio, por ejemplo, en una segunda y una tercera planta, o dos locales en una misma planta, pueden tener un mismo valor catastral.

16. Cabría añadir otros, por ejemplo, valor contable, valor de sucesiones y donaciones, valor de seguros, valor hipotecario, valor venal, valor artístico, etc.

Valor real es el precio efectivamente satisfecho entre dos partes¹⁷, el valor de mercado es determinar esa magnitud sobre la base de su precio estimado de venta en un determinado mercado (luego ese concreto mercado es su medida y el resultado una estimación)¹⁸, y en el valor sentimental la medida es el apego emocional que el titular del bien tiene a ese bien.

De la misma forma que no resulta acertado hablar de precio catastral, tampoco lo es precio de mercado (aunque sería una expresión más correcta que precio catastral), sino precio medio de mercado, por tanto, también es un “precio estadístico” al igual que el catastral, salvo en mercados regulados —y monopolísticos—, como por ejemplo los mercados de valores, en los que sí cabría hablar de precio de mercado, pero por los caracteres de ese mercado, no por su concepto¹⁹.

El concepto anteriormente expresado de magnitud, medida y unidad se mantiene, y alterar la medida —real, catastral, de mercado, emocional— implica una medición específica de valor que requiere la indicación de ese adjetivo para su correcta expresión.

6. Plusvalía

6.1. Concepto

Como su nombre indica la plusvalía es un mayor valor de algo, luego por definición supone una comparación de valor en un bien. Parece obvio, pero la cuestión es que como se ha distinguido entre valor, precio y moneda, la plusvalía se predica de uno de los tres, del valor.

Ahora bien, cuando haya transcurrido tiempo y medie inflación dado que, como se ha definido al principio del trabajo, ésta es un incremento de precios por una pérdida de valor de la moneda, a la hora de comparar valores —plusvalía— es necesario incorporar esa pérdida a la moneda para incrementar el precio, homogeneizando así los valores y poder determinar correctamente la plusvalía, si no, no se está determinando la plusvalía, sino algo distinto.

17. Por ejemplo, en bienes inmuebles sería el reflejado en el documento público de compraventa y en los registros de propiedad, de ellos podemos obtener una estimación de precios medios de mercado.

18. El mercado es un lugar de intercambio de bienes (o servicios), desde una tienda de un barrio al de materias primas de Chicago, el IBEX, mercado del arte, de la salud, de la educación, o una plataforma digital como Amazon o Airbnb, luego al expresar —o hablar de— un valor de mercado es necesario especificar cuál sea ese mercado del que se predica el silogismo, esto es, su medida.

19. Lo cual, en un sentido amplio, podría derivar en una concepción de sistemas económicos y políticos, dado que la fijación de valores y precios, así como el mercado, constituyen un mecanismo esencial del fundamento y aplicación de esos sistemas. Pero eso no alteraría la idea de magnitud, medida y unidad, ni la de la forma correcta de operar con ellos mediando el transcurso del tiempo.

6.2. Plusvalía, plusprecio e inframoneda (inflación)

Conforme a las ideas expresadas mediando inflación la plusvalía no puede calcularse nominalmente, eso sería plusprecio.

El nominalismo es una comparación de precios no de valores. Una comparación de medidas, no de magnitudes.

Cuando medie inflación, dado que esta es siempre y en todo lugar un fenómeno monetario, como señalara Friedman²⁰, y la moneda es la unidad del precio hay que ajustarla, si no, sería una comparación mal hecha, por eso precisamente no cabe que la plusvalía sea una comparación de valores si no se tiene en cuenta la inflación.

El plusprecio habiendo transcurrido el tiempo puede ser útil, por ejemplo, para ver cuál ha sido la inflación, expresar el cambio de las unidades monetarias en ese tiempo. Así, mediando transcurso del tiempo hacer tributar por plusprecio es hacer tributar por inflación, con causa en inframoneda por la depreciación de la moneda, no es hacer tributar por plusvalía.

Cuando no medie inflación, y tampoco se tengan en cuenta otras variables (por ejemplo, la amortización o coste de mejoras), plusprecio y plusvalía pueden ser reflejados por una misma cuantía.

Mediando inflación el plusprecio consiste en desvincular el precio del valor a través de la unidad, de la moneda, y eso no es plusvalía, no es expresión de ganancia patrimonial.

6.3. Ganancia Patrimonial

La ganancia patrimonial, por definición, se predica de la plusvalía, diferencia de valores, no del plusprecio, diferencia de precios (ni de la inframoneda, depreciación).

Señala el art. 33.1 LIRPF: “Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos”.

La última frase del párrafo, las ganancias o pérdidas que la Ley clasifique como rendimientos, está referida a los supuestos que por concepto serían ganancias o pérdidas pero la Ley los integra en los rendimientos, esto es, del trabajo, del capital, o de actividad, básicamente estos dos últimos.

En cuanto la alteración en la composición significa que debe tener su causa en una entrada o salida de bienes en el patrimonio, no siendo suficiente la variación de valor.

20. Vid. Friedman, “The Counter-Revolution in Monetary Theory...”, id.

La otra expresión del concepto, que es la que ahora nos interesa, es la “variación de valor”, por consiguiente, por definición, una plusvalía o minusvalía.

No un plusprecio o inframoneda, sino valor, “variación de valor”. No se predica de la medida, ni de la unidad, se predica de la magnitud.

Así, la Ley del IRPF exige, por concepto, que esa variación se determine sobre la magnitud, sobre el valor, y el rigor científico y matemático para ello requiere la homogenización de la medida y la unidad, porque si no, no se estarían comparando magnitudes homogéneas, lo cual supone incumplir el enunciado “variación de valor”.

El nominalismo basado en el plusprecio o la inframoneda, por definición, contra- viene el enunciado de ganancia o pérdida patrimonial “variación de valor”, lo cual es plusvalía o minusvalía, comparar valores homogéneos (mediante equiparación de precio y moneda).

7. Formulación matemática

Su aplicación práctica a mediciones concretas funciona a modo de un silogismo, premisa mayor es el valor, premisa menor la unidad, y conclusión la medida concreta resultante. Como se ha dicho unidad de medida no es un elemento del silogismo, son dos, la unidad (moneda) y la medida (real, de mercado, etc.), son premisa menor y conclusión.

Medida expresa un resultado al aplicar una unidad a una magnitud, lo cual nos da la medida²¹. Por tanto, el precio no es una unidad de medida sino una medida.

Podemos expresarlo de la siguiente manera:

$$\begin{aligned} \bullet \quad Medida &= \frac{Magnitud}{Unidad} & \text{o bien } \rightarrow Magnitud &= Medida * unidad \\ \bullet \quad Precio &= \frac{Valor}{Moneda} & \rightarrow P &= \frac{V}{M} & \rightarrow X &= \frac{Vx}{M} \end{aligned}$$

En esta última la X es para medidas específicas del valor medido: catastral, mercado, etc.; y Vx el valor para esa medida. Supone identificar correctamente magnitud, medida y unidad como se ha dicho en el apartado anterior. Esto es, valor catastral, valor de mercado, etc. En valor catastral la especificidad está en la medida elaborada por catastro, en valor de mercado la especificidad está en el mercado de referencia,

21. Cuando preguntamos ¿cuál es su medida? La respuesta esperada es que nos digan el total de unidades de la magnitud sobre la que estemos preguntando, longitud, peso, temperatura, etc. En la primera de las fórmulas de valor: $V = P * M$, cuando en una compraventa se pregunta ¿cuánto vale? Esperamos que nos digan el precio, la medida de su valor expresada en unidades monetarias, en ese caso valor y precio se expresan por una misma cuantía (que cambiaría si cambiamos la moneda, por ejemplo, otra divisa).

y en ambos casos la medida es resultado de una elaboración estadística a partir de los precios.

De la misma forma que unidad de medida son dos elementos (del silogismo), hablar de ‘valor de mercado’, ‘valor real’, ‘valor catastral’, ‘valor emocional’, también es expresar dos elementos (del silogismo), magnitud y su específica medida.

Comparar concretos silogismos de valor en fechas distintas, plusvalías, requiere tener en cuenta la inflación.

Conforme a la formulación anterior, para homogeneizar cabe realizarlo bien en el divisor, la unidad, bien en la medida, luego:

- $\text{Precio} = \frac{\text{Valor}}{\text{Moneda-inflación}}$ o bien $V = P * (M - i)$
- $\text{Precio} + \text{inflación} = \frac{\text{Valor}}{\text{Moneda}}$ o bien $V = (P + i) * M$

Dado que la plusvalía es una diferencia de valores, como su nombre indica, esta fórmula es para incorporar la inflación al valor de compra y homogeneizarlo con el de venta actualizándolo al momento de la venta para luego compararlo con el la de venta, y la diferencia sería la plusvalía²².

Si el transcurso del tiempo reduce la capacidad adquisitiva del denominador por la inflación estamos alterando la unidad, y queremos comparar un cambio en el valor —plusvalía—, para hacerlo correctamente es necesario bien reducir la unidad en esa proporción, bien incrementar la medida en esa proporción, si no, se está falseando la comparación de valor. Es matemáticamente incorrecta.

8. El nominalismo monetario no es un principio, es una antítesis

Si se dice que para hacer algo, tal forma es la correcta, y por contraposición, tal otra es la incorrecta, aquella primera es la tesis y esta última su antítesis. De donde no debería surgir el “anticorrectismo” como principio de actuación.

Si lo correcto conforme al principio de capacidad económica es gravar las plusvalías reales y, por contraposición, gravar las nominales es incorrecto —en realidad es una regla científica sobre operar con magnitudes y unidades de medida— se está describiendo cómo se hace para hacerlo bien, y su antítesis, como se haría cuando

22. Al haber formulado la determinación del valor, también cabría hacerlo sobre el valor de venta retrotrayéndolo al momento de la compra, sería reduciendo el valor de venta bien mediante la resta de la inflación al precio, o mediante la suma de la inflación a la unidad, así calculado comparar la medida del valor de compra con la medida del valor de venta para obtener la diferencia de valores, esto es, la plusvalía.

se hace mal. El nominalismo es una antítesis, es la contraposición a cómo hay que hacerlo de forma correcta.

Esta sutil diferencia al operar con unidades monetarias generada por la inflación —conjunción de magnitudes valor y tiempo que distorsionan la medida precio— implica que, en realidad, establecer el nominalismo en las plusvalías equivale a establecer como paradigma la antítesis de la capacidad económica, una suerte de principio de *incapacidad* económica.

El nominalismo monetario es un paradigma de lo erróneo, algo así como la idea terraplanista en relación con la curvatura de la tierra, algo que no existe, aunque se pueda pensar en ello y darle un nombre, incluso operar correctamente según sean las escalas y dimensiones, pero que la ciencia evidencia que la tierra no es plana, sino una antítesis de lo correcto²³.

Es por ello que, no sin cierta ironía (aludiendo a referencias bíblicas —esculpir, los mandatos de lo injusto—), el voto particular acabe con estas palabras: “No podemos terminar estas líneas... sin efectuar una relectura del art. 31.1 de la Constitución cuyos renglones quedarán esculpidos a partir de ahora del siguiente modo: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica *nominal* mediante un sistema tributario inspirado en los principios de igualdad y progresividad»”.

9. Enriquecimiento injusto

El error nominalista supone un enriquecimiento injusto. Si se utiliza un cálculo erróneo para que en una relación jurídica una de las partes salga más beneficiada eso conlleva un enriquecimiento injusto.

El diccionario panhispánico de español jurídico define el enriquecimiento injusto como: “Principio general que prohíbe el enriquecimiento a costa del empobrecimiento ajeno, aun cuando se haya respetado la legalidad, si no existe justa causa para ello”.

23. En la práctica es similar a operar simultáneamente con grados de temperatura Celsius y Fahrenheit, ambos son grados, una misma unidad, pero con una estructura de medida distinta para una misma magnitud, la temperatura. Eso es el nominalismo, una misma unidad, el Euro por ejemplo, para una misma magnitud, el valor, pero con distinta estructura de medida debido a la inflación, al paso del tiempo. Supongamos que se desea saber la diferencia de temperatura entre dos fechas distintas (como ocurre con las plusvalías), por ejemplo, de cara al cambio climático, el 1 de julio de 2000 y el 1 de julio de 2020 a las 12 de la mediodía en Madrid, en la primera se toma 25° grados Celsius (equivalente a 77 °F) y en la segunda 86 grados Fahrenheit (equivalente a 30 grados Celsius), y se concluye que la diferencia es de 51 grados, cuando lo correcto es o bien 5° Celsius, o bien 9 °F. En ese error consiste el nominalismo monetario. Este error del ejemplo puede parecer disparatado, pero ocurre y no sólo en tiempos lejanos, en 1999, por ejemplo, la *Mars Climate Orbiter* explotó al ir a aterrizar en Marte porque no se ajustaron correctamente unos impulsores al no trasladar unidades imperiales al sistema métrico, y tras recorrer 670 millones de kilómetros y 9 meses y medio de viaje estalló, y con ella se perdieron los 125 millones de dólares que costó.

La descripción del error nominalista de lo que trata, precisamente, es de prevenir que se produzca esa situación. Es decir, el error nominalista es la descripción de un enriquecimiento injusto —dado que se predica de unidades monetarias—. Máxime, cuando lo contrario goza de protección constitucional y, por consiguiente, sin causa justa para ello, aun cuando se hubiera respetado la legalidad, como indica la definición, que tampoco, porque como se ha expuesto la definición de Ganancia o pérdida patrimonial se define como una “variación de valor”, la referencia es el valor.

Este enriquecimiento injusto se ve agravado por el hecho de que, además, su beneficiario es el principal causante de la inflación, lo cual nos lleva a la doble imposición.

10. Cuádruple imposición

La doble imposición ocurre cuando una misma capacidad económica es gravada dos veces por un impuesto (o distintos) de la misma naturaleza, puede ser interna o internacional, económica o jurídica. La base del principio de capacidad económica consiste en que ha de ser “fundamento, límite y parámetro de la imposición”, esto es, de la contribución a los gastos públicos en su conjunto conforme al art. 31.1 CE, y de cada tributo en concreto, en particular de cada impuesto, como señala el Tribunal Constitucional²⁴. La prohibición de doble imposición es una de las principales manifestaciones de ese límite, en realidad son dos aristas de una misma figura.

En el caso de la ganancia patrimonial, plusvalía, que grava la inflación, se produce hasta una cuádruple imposición, ampliable a una quinta derivada de la estructura del IRPF.

- El gravamen como tal, de la plusvalía o ganancia patrimonial.
- La inflación, entre otros elementos, supone en sí misma una forma de impuesto generada, al menos en parte, a veces íntegramente, por las instituciones gubernamentales que²⁵, además, recae en mayor proporción sobre las personas con menos recursos²⁶.
- Se grava un incremento monetario generado por la inflación el cual, a su vez, como se ha descrito en el punto anterior, esa pérdida de poder adquisitivo es generada por la parte activa, acreedora, de esa obligación.

24. STC 182/2021 FD 5, apdo. B.

25. “Inflation is the one form of taxation that can be imposed without legislation”, vid. Milton Friedman, *Observer*, 22 september, 1974., citado en Oxford Dictionary Quotes 5ª ed. “Finally, it is not clear that inflation is always a bad tax”, Milton Friedman, “Inflation: causes and consequences. First Lecture” (Bombay: Asia Publishing House for the Council for Economic Education, 1963), <https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/271018/full>, pág. 16.

26. Este tema también se ha tratado anteriormente en relación con “el impuesto de los pobres”.

No es repetición de la anterior, sino que uno es generarla y el otro gravarla. Generarla ya es una forma de imposición, nuevamente gravada mediante el nominalismo por quien la genera.

- Se grava una capacidad económica inexistente puesta de manifiesto exclusivamente por su mal cálculo.

Evitar la doble imposición es una de las principales manifestaciones del principio de capacidad económica, gravar un incremento patrimonial generado por la inflación, además de gravar una capacidad económica inexistente, con este enfoque, es en realidad también una doble imposición, cuádruple si se suman ambos factores, la inexistencia de la capacidad y la inflación.

Podría añadirse una quintuple imposición derivada de la estructura del impuesto, dado que la renta del ahorro no puede compensarse con las pérdidas de renta general cuando las haya, por lo que en el caso de una renta general negativa y una del ahorro positiva conllevaría una quintuple imposición en la parte de la inflación.

Podría predicarse también cuando haya habido una minusvalía y no la puedes compensar con la renta positiva general, o bien no la puedes incorporar a la declaración, como el caso de las donaciones a familiares, aunque estos casos presentan otros matices al no haber plusvalía.

II. Entrada en vigor de la constitución

Esta cuestión es tratada por el voto particular en su apdo. 4, el cambio normativo derivado de la entrada en vigor de la Constitución conlleva la modificación de los entonces denominados Incrementos y disminuciones patrimoniales (art. 20 de la Ley 44/1978 del IRPF) mediante la introducción de los coeficientes de actualización aplicados sobre la cuantía de adquisición y tomando como fecha de inicio de su aplicación el 1 de enero de 1979, siempre que hubiera transcurrido más de un año desde la fecha de adquisición, para transmisiones efectuadas a partir de 1981 (art. 37 de la Ley 74/1980 de Presupuestos de 1980 para 1981).

Debe observarse que aun el caso de que la adquisición fuera anterior al 1 de enero de 1979 los coeficientes sólo se aplican desde ese año, esto es, tres días después de la entrada en vigor de la Constitución, ya que, si bien todos recordamos el 6 de diciembre como la fecha de la Constitución, esta fecha fue la del referéndum, su entrada en vigor se produjo el 29 de diciembre de 1978.

La Ley de Presupuestos de 1980 para 1981, aprobada el 23 diciembre, no sólo es la primera cuya elaboración es del período constitucional, sino que, además, en este punto tiene una retroactividad plena hasta la entrada en vigor de la Constitución, hasta el 1 de enero de 1979.

Se evidencia, por tanto, como apunta el voto particular, que la entrada en vigor de la Constitución y con ella del principio de capacidad económica, supuso la exigencia de gravar plusvalías sobre una variación basada en el valor, no en el precio, esto es, tener en cuenta la inflación.

El voto particular lo hace transcribiendo una cita de la STC 27/1981 que se pronunció sobre la constitucionalidad del citado art. 37 de la Ley 74/1980 de Presupuestos para 1981, declarando que: “lo que hacía ese precepto era «una adecuación a la actual situación inflacionista que responde a la naturaleza del impuesto sobre la renta que ha de contemplar incrementos reales no monetarios» (FJ 6).

En conclusión, la Sentencia ahora analizada supone, como sugiere el voto particular, retrotraernos al período preconstitucional, a un sistema autoritario en la fijación de valor y precio²⁷. En lo que afecta al objeto de este trabajo debe señalarse que al hacerse respecto del cálculo de la plusvalía mediando inflación es anticientífico, siendo el único país de nuestro entorno que lo hace, como igualmente detalla el voto particular.

12. Capacidad económica e inflación en la docencia

Quienes hayan sido estudiantes de Derecho, así como quienes lo imparten, son conocedores de que al tratar los principios constitucionales del Derecho Tributario, en concreto el de capacidad económica que ahora nos ocupa, se explican su concepto, caracteres y efectos, como es propio del conocimiento sistematizado, entre los efectos —o situaciones afectadas por este principio, o también, exigencias derivadas del principio— está el relativo a las plusvalías²⁸, esto es: que “la renta gravada ha de ser una renta real, no puramente nominal, derivada de la inflación”²⁹, lo cual se ha mantenido a lo largo del tiempo hasta la nuestros días entre la doctrina³⁰.

Por lo expuesto cabe señalar que la STC 67/2023 es contraria al conocimiento transmitido por generaciones de juristas españoles, dejando el principio cuasi vacío de contenido, sin poder presentar ejemplos normativos al explicar los efectos del principio a los estudiantes. Y eso es contrario a la idea de Universidad.

27. Vid. nota 20.

28. Entre otras, dependiendo de los autores se destacan más o menos unos u otros, junto con la plusvalía podemos referirnos al mínimo vital —que debemos conectar con circunstancias que afecten al contribuyente como discapacidad, dependencia, ascendientes y descendientes—, la prevención de la doble imposición, en particular la interna, etc.

29. Vid. Ramón Falcón y Tella, *Derecho financiero y tributario: (parte general)*, 2ª ed. (Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2013), pág. 79, en relación con las “Exigencias de la capacidad contributiva en los impuestos directos”, v. ídem, si bien no rige de manera absoluta, a ultranza y sin excepciones.

30. Señalan, p. ej., Calvo Ortega y Calvo Vérez: “La capacidad económica exige que los tributos sobre incremento de valor de los bienes operen sobre bases reales y no sobre aumentos nominales causados por la inflación de precios”, vid. Rafael Calvo Ortega y Juan Calvo Vérez, *Curso de Derecho Financiero* (Civitas Thomson Reuters, 2021), pág. 53.

13. Conclusiones

Se determina que la diferencia entre valor y precio es que el valor es una magnitud y el precio una medida. Al ser el precio una medida debe expresarse mediante la unidad, que es la moneda. El valor una magnitud medida por el precio, estructurado por la moneda, que es su unidad.

En su aplicación práctica funciona a modo de silogismo en el que la premisa mayor es la magnitud, la menor la unidad, y la conclusión la medida concreta del supuesto.

Expresado en una fórmula: $Medida = \frac{Magnitud}{Unidad}$

Trasladado a valor, precio y moneda nos produce la fórmula: $Precio = \frac{Valor}{Moneda}$

Así, resulta que una misma unidad —el dinero—, expresa una medida distinta —precio— con el paso del tiempo —la inflación—, respecto de una misma magnitud —el valor—. Y es así porque se introduce un cuarto parámetro o dimensión en el silogismo, el tiempo, que altera su conclusión.

Valor catastral, valor de mercado, valor contable, etc. son magnitudes elaboradas con medidas específicas, por tanto, la medida no es el precio, sino una medida ad hoc, aun cuando la unidad utilizada sea también la moneda. Para señalar esas magnitudes, esos valores, se necesita expresar su medida, el adjetivo, catastral, de mercado, etc.

En cuanto al precio la forma correcta de medir el valor con él, con el dinero, en unidades monetarias, al igual que ocurre con cualquier otra medida, es que las medidas han de representar magnitudes y unidades homogéneas, en este caso valor y moneda homogéneos. Cuando ha transcurrido tiempo se añade un cuarto parámetro al silogismo que exige tener en cuenta la inflación si se quiere mantener la homogeneidad que permita hacer comparaciones correctamente calculadas. En la plusvalía, consistente en comparar silogismos sobre el factor tiempo, la inflación es la manera correcta de mantener la homogeneidad en la comparación³¹.

Lo contrario es matemática y científicamente incorrecto, similar a sumar o restar grados Fahrenheit con grados Celsius. Ambos miden la magnitud temperatura, y se expresan en unidades grados, pero no son homogéneos por lo que medir operando entre ellos sin hacer la traslación —homogeneización— es incorrecto.

31. Como la inflación es una proporción caben dos alternativas para incorporarla a la compra y así determinar la plusvalía comparándola con la venta, una en la unidad, la moneda, restándole la inflación, la otra, en la medida, el precio, añadiéndole la inflación, para luego proceder a la comparación. Tal como se ha desarrollado en el apartado dedicado a la formulación matemática.

La tesis es que hay que homogeneizar (actualizar), la antítesis (nominalismo) no hacerlo.

El principio de capacidad económica exige que se opere correctamente la correlación entre valor, precio y moneda.

La ganancia patrimonial, por definición, es una variación de valores, y así lo recoge el art. 33.1 LIRPF, plusvalía o minusvalía, no una variación de precios, eso sería plusprecio o inframoneda por su depreciación, por consiguiente, no homogeneizar valores (no tener en cuenta la inflación) es contrario al principio de capacidad económica pero también a la propia definición legal de ganancia patrimonial. El nominalismo (plusprecio o inframoneda) es contrario al principio de capacidad económica y también al concepto de ganancia patrimonial recogido por la Ley del IRPF. Luego el nominalismo es inconstitucional (capacidad económica y cuádruple imposición), e ilegal (concepto de ganancia o pérdida patrimonial).

Nominalista es un ejemplo de algo mal hecho, la expresión de una antítesis, un error de cálculo, un paradigma de lo incorrecto, de lo injusto, de “igualdad en la inconstitucionalidad” como señala el voto particular.

Denominar al Derecho como Ciencia del Derecho se manifiesta como no ajustado, si así fuera carecería de viabilidad dictar Sentencias como la ahora comentada (aunque tampoco signifique que carezca de ningún efecto observable)³². Al menos no resulta correcto usar la expresión en el completo sentido del término Ciencia.

Se concluye que compaginar Derecho y Ciencia no es tarea sencilla porque ésta supone un límite al ejercicio del poder, no obstante, de una forma u otra la ciencia termina imponiendo su ajuste.

Bibliografía

Calvo Ortega, Rafael, y Juan Calvo Vérguez. *Curso de Derecho Financiero*. Civitas Thomson Reuters, 2021.

Falcón y Tella, Ramón. *Derecho financiero y tributario: (parte general)*. 2ª ed.: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2013.

Friedman, Milton. *Observer*, 22 september, 1974.

32. La viabilidad de resoluciones contrarias al conocimiento científico no implica que estallen artefactos como se ha señalado en la nota 24, aunque también puedan generar efectos menos tangibles y focalizados en las partes de la obligación. En el caso que nos ocupa, además del directo exceso fiscal, conlleva la subida de precios de esos bienes para compensar la fiscalidad, lo que a su vez deriva en la subida del coste de los arrendamientos en esa proporción y el consiguiente descontento social, entre otros efectos, y junto a ello el incumplimiento del art. 47 de la Constitución, dado que del conjunto de bienes inmuebles cabe considerar el residencial como el más relevante. Evidentemente el error nominalista por sí solo no genera esos efectos, pero coadyuva.

- Friedman, Milton. "The Counter-Revolution in Monetary Theory". *IEA, Occasional Papers, Institute of Economic Affairs*, 33 (1970): 1-14. The Collected Works of Milton Friedman, compiled and edited by Robert Leeson and Charles G. Palm. <https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/214480/full>.
- Friedman, Milton. "Inflation: causes and consequences. First Lecture". Bombay: Asia Publishing House for the Council for Economic Education, 1963. <https://miltonfriedman.hoover.org/internal/media/dispatcher/271018/full>
- Hume, D. "Sobre el dinero". en *Discursos políticos del señor David Hume*, 64-94: Imprenta de González, 1789.
- Hume, David. "Sobre la balanza del comercio". en *Discursos políticos del señor David Hume*, 122-56: Imprenta de González, 1789.
- Simón Acosta, Eugenio. "Principios tributarios materiales (I)". en *Derecho financiero y tributario. Parte general*, 91-96. Madrid: Aranzadi, 2017.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 14/11/2025 || Aceptado: 04/12/2025

El principio de reparto en el sistema federal. Una propuesta para los países latinoamericanos a la luz del federalismo dúctil

The distribution principle in the federal system. A proposal for Latin American countries in the light of ductile federalism

Francisco Vázquez Gómez Bisogno  0000-0002-2054-7199

Universidad Panamericana, México.

fvazquez@up.edu.mx

Resumen

El *federalismo dúctil* es el sistema de organización estatal que pueden adoptar aquellos países que, partiendo del federalismo auténtico, puro o clásico de corte norteamericano, pretenden ordenar la tendencia centralizadora en ellos presente, a efecto de fortalecer adecuadamente el ámbito de competencias de los poderes federales, sin perder de vista el equilibrio que entre la *unidad* y la *diversidad* (política, económica y jurídica) debe subsistir como *idea-fuerza* en todo sistema federal. En otras palabras, si los dos extremos de la cuestión en tratándose de sistemas de organización estatal son el centralismo y el federalismo, el «*federalismo dúctil*» deberá entenderse como el sistema de aquellos países que diseñan esquemas normativos que partieron de un federalismo genuino, pero que han ido paulatinamente asumiendo características centralistas propias de un Estado unitario, lo que implicaría modificar la cláusula de reparto, es decir, el principio a partir del cual se distribuyen competencias.

Palabras clave: federalismo dúctil, federalismo auténtico, unidad federal, diversidad estadual, equilibrio competencial.

Abstract

In this essay, I frame ductile federalism as the state system of organization adopted by countries that departing from the original notion of federalism in the U.S. experience, intend the systematize or rearrange the centralizing inclination that such polities may have, in order to effectively enhance the distribution of power between the branches of government, keeping a balance between the unity and diversity that ought to prevail as a key feature in a federalist system. Furthermore, if the two poles of this subject matter are centralism and federalism, the notion of ductile federalism aims at being understood as the accommodating prescriptive undertaking of countries that began with a system of genuine federalism, that have gradually transitioned into a unitary centralist system, which would imply modifying the distribution clause, that is, the principle from which powers are distributed.

Keywords: ductile federalism, genuine federalism, federal unity, state diversity, competence balance.

Sumario

1. Introducción
2. Federalistas y Anti-Federalistas (Hamilton vs. Jefferson)
3. Un federalismo diferente
4. Federalismo y ductilidad
5. El federalismo en Latinoamérica debe ser dúctil
6. El federalismo: breve comparativo de algunos de los principios de reparto en los sistemas federales
 - 6.1. Ley Fundamental de Bonn (1949)
 - 6.2. Constitución Nacional Argentina (1853 con reformas en 1994)
 - 6.3. Constitución Política de la República de Brasil (1988)
 - 6.4. Constitución Federal de Suiza (1999)
7. Conclusión: el federalismo dúctil como solución

I. Introducción

“Pese al hecho de que el Estado federal tiene una fascinación a nivel mundial, y pese al largo y detallado estudio a que ha estado y está todavía sometido, todavía no se ha formulado una teoría del Estado federal que pueda aspirar a ser universalmente ‘correcta’...”¹

Peter Häberle

El federalismo nos enfrenta al problema de escudriñar en una de las formas en que se ha institucionalizado jurídicamente el poder en el Estado constitucional. En este sentido, la hipótesis del presente estudio es sencilla, pero al mismo tiempo retadora, tal y como lo plantea Häberle en el proemio de la presente introducción.

Es evidente que no aspiramos a proyectar esa teoría del Estado federal que el profesor alemán denomina como “universalmente correcta”. Y no lo pretendemos precisamente porque consideramos que en la medida en que los «*sistemas de organización estatal*»² son medios para la consecución del «*constitucionalismo*», es decir, para concretar la limitación del poder a través del derecho³, difícilmente podría pensarse en un federalismo único o utópico, toda vez que los instrumentos de control bajo el paradigma del *Rule of law*⁴ no han terminado —y quizá nunca terminen— de diseñarse.

1. Häberle, Peter. *El federalismo y regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*, trad. de Joaquín Brage. México. UNAM-IIIJ. 2006. p. 34.

2. Resulta importante advertir que no existe uniformidad doctrinal dentro de este campo. Para muchos, como, por ejemplo, para Antonio-Carlos Pereira Meneaut, el federalismo es catalogado dentro de las formas de Estado, mientras que, para otros, como por ejemplo Paolo Biscaretti di Ruffia, las formas de Estado son el Estado de democracia clásica, el Estado socialista y el Estado autoritario (cfr. Biscaretti Di Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México. FCE. 1996. p. 121-140).

Ahora bien, de acuerdo con Beatriz Maldonado Siman, dentro de la clasificación de formas de Estado. Cabe realizar su análisis a partir de dos puntos de vista: (i) el político que se refiere a los sistemas políticos —que es propiamente la conceptualización de Biscaretti—; y (ii) el jurídico, que tiene que ver con la estructura interna del poder estatal (cfr. Maldonado Siman, Beatriz. Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México. nueva serie, año XXV. núm. 75. septiembre-diciembre de 1992. p. 809. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2995/3251>)

Así es como, del entendimiento de ambos puntos de vista y partiendo de la idea de que el Estado es un poder jurídicamente institucionalizado, cuya estructura interna no siempre es la misma, puede afirmarse que ambos autores —Pereira y Biscaretti— están hablando exactamente de lo mismo, es decir, de la forma del Estado, pero mientras que éste hace énfasis en el análisis político, aquél profundiza en el análisis jurídico, razón por la cual, para efecto de diferenciarlo lo que es distinto, aquí nos referiremos al federalismo como un sistema de organización estatal.

3. No por nada el “...*Rule of law* o el Imperio del Derecho son el constitucionalismo mismo, ya que éste, ‘...puede ser entendido (...) como un fenómeno jurídico: la teoría y la práctica jurídicas del Estado auténticamente constitucional, es decir, del Estado efectivamente limitado por el derecho, que es como el constitucionalismo se ha entendido generalmente en el mundo anglosajón y como, ahora, la mejor doctrina lo va entendiendo en el mundo occidental...’” (cfr. Vázquez Gómez, B. Francisco. *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al Poder constituyente constituido*. México. Porrúa. 2012. pp. 80 y 81).

4. De acuerdo a la concepción original inglesa, “el «*Rule of law*» significa la erradicación de toda arbitrariedad — afirma Vázquez Gómez — al punto de que los hombres no deben sufrir, en su persona o sus bienes, la actividad

No negamos que al federalismo genuino —aquel que se instituyó para defender las costumbres, tradiciones e instituciones locales⁵— deba reconocérsele una esencia específica, al punto de que tal sistema de organización estatal se asuma como decisión política y jurídica fundamental debido a que dicha elección pasa por el reconocimiento —y posterior institucionalización— de valores públicos socialmente aceptados⁶, al punto de que, de ser así, deba formar parte del núcleo intangible de la Constitución.⁷

Sin embargo, en aquellos Estados en los que esa originalidad no es del todo clara, estamos convencidos que el federalismo está llamado a convertirse en un instrumento de control vertical, toda vez que la distribución de facultades entre diversos órdenes de gobierno puede configurarse en mecanismos para limitar el ejercicio del poder.⁸ En pocas palabras, en nuestra concepción, y más atendiendo al contexto latinoamericano, el federalismo debe ser visto como medio, nunca como fin.

Es por ello que se afirme que el “...*federalismo en Latinoamérica, en lugar de servir para defender las diferentes culturas y tradiciones de las regiones y establecer límites al poder, ha impedido forjar los debidos pesos y contrapesos*”, al punto de que es “...*necesario replantear los sistemas federales, para apostar por un modelo (si se quiere federal) que se adecúe a la realidad, y la realidad es que los mecanismos de pesos y contrapesos en el ámbito provincial o municipal son muy débiles o, incluso, inexistentes; precisamente, porque carecen de esa cultura federal que caracterizó al pueblo de los Estados Unidos.*”¹⁰

En suma, lo que nos proponemos a lo largo de estas líneas es que podamos sugerir los matices o temperamentos que nos permitan darle vigencia real al federalismo

estatal, a menos que esta afectación se derive de alguna violación al derecho y de acuerdo a los procedimientos seguidos ante los tribunales. De esta forma, el «Rule of law» puede claramente contrastarse con aquellos sistemas de gobierno que están basados en el ejercicio de un poder amplio, arbitrario o discrecional.” (vid. Vázquez Gómez, B. Francisco. El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional, México. Tirant Lo Blanch, 2018. pp. 126 y 127).

5. Chaires Zaragoza, Jorge. El fracaso del federalismo en Latinoamérica. Un estudio comparado con la cultura federal de los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista VIA IURIS*. Colombia. núm. 23. julio-diciembre. 2017. p. 4.
6. De la Madrid enuncia una nómina de valores públicos como el federalismo, la soberanía, la representación política, la construcción democrática, la separación de poderes, la responsabilidad de los servidores públicos, la seguridad, etc. (cfr. De la Madrid, Miguel. Los valores en la Constitución mexicana. En: García Ramírez, Sergio (Coord.). *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*. México: UNAM-FCE, 1997, sección de Obras de Política y Derecho, pp. 265-266).
7. Vázquez Gómez, B. Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al Poder constituyente constituido*. México, Porrúa. 2012. p. 299.
8. cfr. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. 7ª ed., México, Porrúa, 2010, pp. 30 y 31.
9. Chaires Zaragoza, Jorge. El fracaso del federalismo en Latinoamérica. Un estudio comparado con la cultura federal de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista VIA IURIS*, Bogotá, Colombia, núm. 23, julio-diciembre, 2017, p. 30.
10. Chaires Zaragoza, Jorge. El fracaso del federalismo en Latinoamérica. Un estudio comparado con la cultura federal de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista VIA IURIS*, Bogotá, Colombia, núm. 23, julio-diciembre, 2017, p. 31.

como instrumento de control del poder dentro de los sistemas constitucionales latinoamericanos, más allá del *paradigma* del federalismo norteamericano, mismo que si no es correctamente entendido, puede hacernos mucho daño. Para ello, lo primero que debemos comprender es el federalismo de aquella época. Veamos.

2. Federalistas y Anti-Federalistas (Hamilton vs. Jefferson)

“Si en materia de organización del Estado no se sabe, a veces, hacia donde vamos, bueno será, al menos, saber de dónde venimos.”¹¹

José Juan González Encinar

A efecto de adentrarnos en el análisis que nos hemos propuesto realizar, debemos desarrollar de manera sucinta un estudio mínimo que nos permita partir de una misma base conceptual. No perdamos de vista que en “...*la actualidad la distinción entre los dos tipos clásicos de Estado, unitario y federal, parece compleja por la aparición de fórmulas parciales e intermedias. Existen Estados unitarios descentralizados, que se asemejan a los federales, y también existen Estados denominados federales que están centralizados. Para poder evitar la confusión, es necesario no depender de la denominación que adopten en su Constitución sino de la efectiva estructura de sus poderes...*”¹²

Partamos pues, de la base, que el federalismo no se ha entendido siempre de la misma manera. Lo cierto es que el “...*federalismo es una técnica constitucional que divide la competencia entre distintos niveles de gobierno. [No obstante] dentro del concepto del federalismo no se indica cómo estas competencias se deben atribuir, y cada sistema federal distribuye las competencias de distintas maneras. Además, dentro de cada país, el otorgamiento o concesión de facultades se desarrolla a medida que pasa el tiempo. [Así, una] de las características notables del federalismo es que el punto de equilibrio ideal entre el poder nacional y regional es debatido constantemente por las fuerzas políticas quienes promueven la centralización o la descentralización.*”¹³

11. Serna De La Garza, José María. Elementos conceptuales para el análisis del estado federal mexicano. En: Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (Coords.). *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. UNAM-IIIJ, 2006, serie Doctrina Jurídica, núm. 357, t. II, p. 208.
12. AJA, Eliseo. El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales. Reseña de Bernal Arellano, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 7, 2000, p. 417.
13. Rosenn, Keith S. *El federalismo en las Américas, una comparación perspectiva*. V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM-IIIJ, 1998, p. 792.

Por tanto, podríamos comenzar por realizar una pregunta: *¿qué significa ser federalista?* Lo cierto es que la interrogante no es tan sencilla, ya que podría ser contestada a partir de dos ideas políticas diversas que se circunscriben a realidades históricas diferentes. De esta forma, las respuestas serían muy desiguales si la pregunta se formulara hoy, o si se le preguntara, por ejemplo, a Alexander Hamilton o si se le preguntara a Thomas Jefferson.

No perdamos de vista que antes de la aprobación de la Constitución norteamericana de 1787, los «*founding fathers*» habían concertado una alianza entre las trece colonias independientes bajo los *Artículos de la Confederación (1781-1787)*. Dicho sistema tuvo serios problemas debido a que no incluía mecanismos que pudieran garantizar la permanencia de las limitadas autoridades confederales que previó.

En ese contexto, es fácil advertir que Hamilton, quien fuera Secretario del Tesoro dentro del gabinete de George Washington y uno de los autores —junto con James Madison y John Jay— de *El Federalista*, no dudaría en afirmar que tal categoría consiste en generar un diseño en el que la dinámica constitucional gire en torno a los poderes federales, es decir, hablar de un «*federalismo hamiltoniano*» significará entender que en dicho sistema de organización estatal debe optarse por el fortalecimiento de los poderes federales antes de las autoridades locales. De esta manera, subyace en el fondo del «*federalismo hamiltoniano*» una tendencia claramente centralizadora. A continuación, nos permitimos reproducir parte de las ideas con base en las cuales justificaba dicha tendencia. Veamos.

El gran vicio de raíz que presenta la construcción de la Confederación existente, está en el principio de que se legisle para los ESTADOS o los GOBIERNOS, en sus CALIDADES CORPORATIVAS O COLECTIVAS, por oposición a los INDIVIDUOS que los integran [...] De ahí resulta que, aunque las resoluciones referentes a estos fines son leyes en teoría, que obligan constitucionalmente a los miembros de la Unión, en la práctica constituyen meras recomendaciones, que los Estados acatan o desatienden según les place. [...]

No hay nada absurdo ni irrealizable en la idea de una liga o alianza entre naciones independientes para ciertos fines determinados, que se enuncian con precisión en un tratado que reglamenta todos los detalles de tiempo, lugar, circunstancias y cantidades; no dejando nada al azar, y descansando para su cumplimiento en la buena fe de ambas partes. [...]

Pero si no deseamos vernos en tan peligrosa situación; si nos adherimos aún al proyecto de un gobierno nacional o, lo que es lo mismo, de un poder regulador bajo la dirección de un consejo común, debemos decidarnos a incorporar a nuestro plan los elementos que constituyen la diferencia característica entre una liga y un gobierno; debemos extender la autoridad de la Unión a las personas de los ciudadanos —los únicos objetos verdaderos del gobierno—. [...]

En nuestro caso, es indispensable el acuerdo de las trece voluntades soberanas que componen la Confederación para obtener el cumplimiento completo de toda medida importante emanada de la Unión.¹⁴

En contraposición a esta postura, emergerían los “anti-federalistas”, dentro de los que pueden destacarse las exposiciones de Patrick Henry y George Mason, así como de quien sería considerado su líder, Thomas Jefferson. Serían ellos —entre otros— esos “enemigos” a los que se refiere Hamilton, ya que defenderían la necesidad de que la Constitución no otorgara demasiado poder a las autoridades federales y, por el contrario, fortaleciera la posición de los Estados federados. Así lo expresaban:

...es una verdad confirmada por la infalible experiencia de los siglos, que todo hombre y todo cuerpo de hombres al que se confiere un poder, siempre está dispuesto a aumentarlo y a superar todo aquello que se interponga en su camino. Esta disposición, inscrita en la naturaleza humana, llevará al cuerpo legislativo federal a menoscabar y, en último término, a anular la autoridad de los estados, y sin duda triunfará en tal empresa, dadas las ventajas con las que cuenta, si es que llega a prosperar el gobierno federal.¹⁵

En otros de sus escritos, los anti-federalistas cuestionaban cláusulas que hoy parecerían lo suficientemente justificadas en el contexto de un *federalismo dual*, como lo son las facultades implícitas o el principio de supremacía constitucional. Ello nos permite advertir que sus ideas estaban quizá impulsadas más por el temor que por la razón. Así lo escribía *Brutus* —uno de tantos pseudónimos utilizados por los anti-federalistas— el 18 de octubre de 1787:

La primera cuestión que se presenta consiste en saber si una confederación es el mejor sistema de gobierno para los Estados Unidos. En otros términos, si los trece estados deben ser diluidos en una gran república gobernada por una legislatura y bajo la dirección de un ejecutivo y un poder judicial; o si deben continuar siendo trece repúblicas confederadas bajo la dirección y control de una cabeza suprema en el orden federal, pero exclusivamente para ciertos propósitos bien definidos.

Esta cuestión es de gran importancia porque, aunque se nos ha dicho en la Convención que esta forma de gobierno no significa una total consolidación, se aproxima a ella y con el tiempo terminaremos en ella.

Como está diseñado, este gobierno posee poderes incontrolables: legislativos, ejecutivos y judiciales en prácticamente todos los temas bajo su jurisdicción, puesto que en la última cláusula de la sección octava del artículo uno se declara que ‘el Congreso tendrá poder para hacer todas las leyes necesarias para ejecutar los poderes que le son conferidos por esta

14. Hamilton, Alexander *et al.* *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, 7ª reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, núm. XV.

15. Sánchez-Cuenco, Ignacio, *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*. Alianza Editorial. 2002.

Constitución'. [...] También por el artículo sexto se declara 'esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que en el futuro se promulguen y los tratados que se realicen bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley de esta tierra; y los jueces en cada uno de los estados estarán obligados a conformarse a ella y cualquier disposición constitucional de los estados y leyes dictadas en los mismos que sean contrarias a aquellas serán nulas'. Así aparece que no hay necesidad alguna de intervención de los gobiernos de los estados [...] en el gobierno general y que las constituciones y leyes de cada uno de los estados son nulas en la medida en que sean inconsistentes con la Constitución. [...] El gobierno, presentado de esta manera, es completo y no se trata entonces de una confederación. Es tan completo como el de New York o Massachusetts y tiene poderes para hacer y promulgar leyes, designar funcionarios, establecer cortes, declarar ofensas y establecer penas respecto de todos los campos como cualquier otro gobierno en el mundo. [...]

Un poder [legislativo] que pueda hacer todas la leyes que sean necesarias y adecuadas para ejecutar los poderes que la Constitución le otorga al gobierno de los Estados Unidos será un poder tan omnicompreensivo que, de hecho, abolirá las legislaturas estatales...¹⁶

En pocas palabras, se puede advertir que el

...argumento esencial de los federalistas se basaba en sostener que un gobierno central fuerte —aunque limitado en sus poderes— evitaría los riesgos de una unión precaria. Los antifederalistas, por su parte, insistían en recortar poderes al gobierno central y limitar los restantes a los efectos de que los gobiernos locales pudieran retener funciones que consideraban indelegables, lo cual, según diciendo, dificultaría la extralimitación y el abuso del poder como consecuencia del otorgamiento de facultades innecesarias al gobierno central. [Ello en virtud de que] los antifederalistas temían que con el tiempo el gobierno central avanzara sobre la libertad de los ciudadanos cargándolos con gravámenes excesivos y, en última instancia, se permutara una situación tiránica para con las colonias (al estilo de Jorge III) por una autóctona, contradiciendo así lo que consideraban era el espíritu de la Revolución Americana.¹⁷

Quizá lo que nos pueda arrojar algo de luz en torno a tal *desiderátum*, es atender a los defectos y posteriores problemáticas que generaron los *Artículos de la Confederación (1781-1787)*, documento constitucional que motivó el debate en el contexto de la Convención de Filadelfia de 1787. Es decir, el proyecto federal introducido en la Constitución de EE.UU., en los términos defendidos por los federalistas o criticado por los anti-federalistas, no se generó espontáneamente sino porque el sistema confederal diseñado no estaba dando resultados. Uno de tales defectos, lo fue sin duda, la recaudación de contribuciones que conformarían el tesoro común de la unión confederal. El artículo 8° de aquel documento constitucional, señaló lo siguiente:

16. Benegas Lynch, Alberto. *Los papeles antifederalistas*. *La Nación*. 07 de mayo de 1989, pp. 237 y 238, <https://riim.escade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/Los-Papeles-Antifederalistas.pdf>

17. Benegas Lynch, Alberto. *Los papeles antifederalistas*. *La Nación*. 07 de mayo de 1989, p. 224.

Artículo VIII

Todas las cargas de la guerra y demás gastos que se originen en la defensa común para el bienestar general y que se hayan admitido por el Congreso de los Estados Unidos, se costearán a cargo del Tesoro Común, mantenido por los Estados en proporción al valor de su territorio, edificios y cultivos en ellos establecidos, determinando dicho valor aquellas personas que designe periódicamente el Congreso y conforme a los criterios que el mismo establezca. Los impuestos para pagar esta parte proporcional se establecerán y recaudarán por la autoridad y dirección de los Legislativos de los diferentes Estados en el plazo que haya determinado el Congreso de los Estados Unidos.

Resultaba evidente que fue, en todo caso, la falta de mecanismos constitucionales lo que hizo imposible la consolidación de aquel régimen confederal. Así lo explicaba *Publio* —pseudónimo utilizado por Hamilton, Madison y Jay— el 28 de diciembre de 1787:

La actual Confederación, pese a su debilidad, pretendía conferir a los Estados Unidos el poder ilimitado de llenar las necesidades pecuniarias de la Unión. Pero procediendo conforme a un principio erróneo, ha realizado esto en tal forma que la intención resultó completamente frustrada. El Congreso está autorizado por los artículos que componen ese pacto (según se ha expuesto con anterioridad) para fijar y exigir cualesquiera sumas que a su juicio sean precisas para las atenciones de los Estados Unidos; y las requisiciones que decreta obligan a los Estados para todos los efectos constitucionales, con tal de apegarse a las reglas sobre prorrateo. Los Estados no tienen derecho a discutir la oportunidad de la exigencia, ni otra alternativa que la de elegir los medios de entregar las sumas que se les piden. Pero aunque éste sea pura y verdaderamente el caso; aunque al asumir ese derecho se infringirían los artículos de la Unión; aunque rara vez o nunca lo hayan reivindicado expresamente, en la práctica se ha ejercitado constantemente y continuará ejercitándose mientras los ingresos de la Confederación tengan que depender de la gestión intermedia de sus miembros. Todo hombre, aun el menos enterado de los asuntos públicos, sabe cuáles fueron las consecuencias de este sistema, y ellas han sido ampliamente explicadas en distintas partes de estas investigaciones. Ésta es la causa que principalmente ha contribuido a rebajarnos a una situación que da tantos motivos de mortificación para nosotros y de regocijo a nuestros enemigos.

¿Qué otro remedio puede haber para esta situación que no sea un cambio en el sistema que la ha producido, un cambio en el falaz y engañoso método de cuotas y requisiciones? ¿Qué sustituto puede inventarse a este *ignis fatuus* financiero, sino el de permitir al gobierno nacional que recaude sus propios ingresos, mediante los procedimientos ordinarios de imposición que permiten todas las constituciones bien ordenadas a los gobiernos civiles? Los hombres de talento podrán declamar con éxito sobre cualquier tema; pero el ingenio humano no puede señalar ningún otro medio para salvarnos de los apuros y dificultades que son el resultado natural de un erario público que carece de los recursos necesarios.¹⁸

18. Hamilton, Alexander, *et al. El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, 7ª reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, núm. XXX.

A pesar de la fortaleza del argumento anterior, los anti-federalistas respondían a *Publio*, el 8 de octubre de 1787 —echando mano del pseudónimo de *Federal farmer*— en los siguientes términos:

Hay tres formas de gobierno posibles para que los Estados Unidos puedan existir como nación [...] 1. Diversas repúblicas conectadas bajo una cabeza federal. En este caso los gobiernos estatales son los principales guardianes de los derechos de la gente y se ocupan con exclusividad del poder de policía [...]. La cabeza federal consiste en un congreso integrado por diversos delegados de los estados. Este congreso tendrá poderes para hacer tratados, declarar la guerra y la paz y dirigir las operaciones de las fuerzas armadas. En esta forma de gobierno los poderes del congreso federal serán más bien de consejo que coercitivos. 2. Eliminar los gobiernos estatales y consolidarlos en un solo gobierno con un ejecutivo, un judicial y un aparato legislativo compuesto por senadores y representantes de todas las partes de la Unión: en este caso habrá una completa consolidación de los estados. 3. Consolidar los estados solamente para ciertos objetivos nacionales pero, por lo demás, operan como repúblicas independientes en lo que a la política interna se refiere. El gobierno general tendrá un ejecutivo, un judicial y un legislativo balanceado, pero sus poderes serán exclusivamente ejercidos respecto de las relaciones exteriores [...].

*En relación con la primera forma, o plan federal, no creo que se pueda decir mucho en su favor: la soberanía de la nación sin poder coercitivo y eficiente no podrá operar [...] Respecto de la segunda, que puede denominarse plan consolidado, debe ser cuidadosamente analizada por todos los norteamericanos: sería un error fatal permitir que nuestro gobierno transite en esa dirección. En tercer plan, que puede denominarse de consolidación parcial, es, en mi opinión, el único que puede asegurar la libertad y felicidad de nuestra gente [...].*¹⁹

Nos parece que, salvo la errática idea de que el gobierno general se limitaría a ejercer los poderes en materia de relaciones exteriores, era la consolidación parcial la que pretendían los federalistas y, al final, la que terminó imponiéndose, debido a que la única forma de darle viabilidad al sistema federal pasaba por transitar a un esquema en el que los poderes centrales encontraran garantías y mecanismos que les permitieran prevalecer frente a los poderes de los Estados miembros de la Unión. No por nada es que

...la discrepancia en las ideas de estos estadistas —Hamilton y Jefferson— ambos al fin y al cabo productos de su siglo, se encuentra principalmente en una diferencia de énfasis, a su vez consecuencia de dos temperamentos tan diversos que era inevitable que chocaran violentamente. En tanto que a Hamilton le preocupaban los defectos y vicios de la humanidad, Jefferson declara que ‘la moralidad, la compasión, la generosidad, son elementos innatos de la naturaleza humana’. Natural era que la respuesta de cada uno al problema de cómo organizar el gobierno fuera diferente. Como dice Truslow Adams en la brillante y justiciera comparación (...) Hamilton era

19. Benegas Lynch, Alberto. *Los papeles antifederalistas*. *La Nación*. 07 de mayo de 1989, p. 250, <https://riim.cseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/Los-Papeles-Antifederalistas.pdf>

*un temperamento realista... Su única idea era construir un fuerte navío de estado y vigilar que estuviera bien defendido por los cañones más poderosos con que fuera posible equiparlo. Jefferson veía los problemas en relación con el bienestar de la tripulación. Tuvimos necesidad de los dos hombres entonces. Todavía necesitamos los elementos intelectuales con que cada uno contribuye a la vida americana contemporánea, pero si hemos de unificar nuestra conciencia nacional y forjar un alma nacional que no tenga sino un propósito, deberemos reconciliar sus filosofías aparentemente contradictorias en una síntesis armoniosa...*²⁰

3. Un federalismo diferente

*“...se habla hoy día de la necesidad de un nuevo federalismo (...) Si nuestro país desea avanzar hacia un modelo federal más fuerte, al menos debe ser claro respecto de las autonomías y competencias que los tres niveles de gobierno gozan.”*²¹

Javier Laynez Potisek

En razón del debate suscitado en los albores del Estado norteamericano, nación la cual sería, precisamente, la que aportó al constitucionalismo contemporáneo el diseño del sistema federal moderno²², es que consideramos importante reparar brevemente en la conceptualización que del federalismo se puede tener, ya que, tal y como se ha visto, el «*federalismo hamiltoniano*» de finales del siglo XVIII significaba, en realidad, una tendencia centralizadora que impulsaba el fortalecimiento de las autoridades federales; por el contrario, el «*federalismo jeffersoniano*» era genuino en la medida de que defendía las autonomías de los Estados federados, quizá esa síntesis armoniosa sea posible a través de un *federalismo dúctil*.²³

El *federalismo dúctil* es, por tanto, el sistema de organización estatal que adoptan aquellos países que, partiendo del federalismo auténtico, puro o clásico de corte norteamericano, pretenden ordenar la tendencia centralizadora en ellos presente, a

20. Hamilton, Alexander *et al.* *El federalista*. trad. de Gustavo R. Velasco, 7ª reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 14.

21. Laynez Potisek, Javier. Facultades concurrentes y federalismo. En: esquivel, Gerardo. *et al.* (Coords.). *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México, UNAM-IIIJ, 2017, t. II, pp. 275 y 276.

22. *cfr.* Biscaretti Di Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 115 a 119.

23. En palabras de Zagrebelsky, es importante hacer notar que la “...coexistencia de valores y principios [sobre] los que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista [lo que] exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.” (*cfr.* Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, p.14).

efecto de fortalecer adecuadamente el ámbito de competencias de los poderes federales, sin perder de vista el equilibrio que entre la *unidad* y la *diversidad* (política, económica y jurídica) debe subsistir como *idea-fuerza* en todo sistema federal.

En otras palabras, si los dos extremos de la cuestión en tratándose de sistemas de organización estatal son el centralismo y el federalismo, el «*federalismo dúctil*» deberá entenderse como el sistema de aquellos países que diseñaron esquemas normativos que partieron de un federalismo genuino o *jeffersoniano*, pero que han ido paulatinamente asumiendo características centralistas propias de un Estado unitario más cercanas a la idea del federalismo *hamiltoniano*. De esta forma, tales características se configuran en verdaderos temperamentos²⁴ del sistema federal, a efecto de, como se ha mencionado, generar un sistema federal que —sin romperse— posea la maleabilidad necesaria para responder a las necesidades concretas de los sistemas constitucionales. Responder así a temas nacionales al igual que a preocupaciones regionales.²⁵ De eso se trata.

Como ya se afirmó, el *federalismo dúctil* sería al federalismo auténtico, puro o clásico de corte norteamericano, lo que el «*estado regional*» es al centralismo propio de los Estados unitarios. Así, el análogo del federalismo dúctil sería ese «*estado regional*» (en palabras de Fix-Zamudio)²⁶ o también denominado «*federalismo débil*» (en palabras de Peter Häberle) o «*estado federal atenuado*» (en palabras de La Pergola)²⁷. Estas últimas categorías, como se veía, han sido utilizadas ante experiencias de Estados unitarios que han tenido que reconocer ciertas autonomías hacia su interior.

En definitiva, el debate entre *Publio*, *Brutus*, *Federal farmer* y demás, permite arribar a una conclusión relevante para la tesis que se plantea: el federalismo norteamericano no es lo que románticamente se piensa, no significó de inicio la fortaleza de sus *partes* sino, muy por el contrario, implicó la fortaleza del *todo*. Eso fue lo que le dio viabilidad. Luego, de lo que se trata es que cada Estado encuentre la modulación correcta para generar el equilibrio entre *unidad* y *diversidad*. Quizá eso implique modificar la cláusula de reparto, es decir, el principio a partir del cual se distribuyen competencias.

24. El concepto de “temperamento” se utiliza en el sentido en que lo utiliza don Gabino Fraga cuando desarrolla el tema del principio de división de poderes y establece que tal principio posee excepciones y temperamentos, siendo éstos aquellas hipótesis constitucionales en las que se atempera el principio, pero éste no deja por eso su carácter primordial. (cfr. Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. ed. 40ª, México, Porrúa, 2000, p. 66 y ss.). En sentido idéntico se utiliza el concepto en criterios históricos como lo es el siguiente: Registro No. 334 266. RECONSIDERACION ADMINISTRATIVA. Localización: [TA]; 5a. Época; 2a. Sala; S.J.F.; Tomo XLVIII; p. 1332.

25. «Maleable» del lat. *malleus* 'martillo' y -ble. Dicho de un material: Que se le puede dar otra forma sin romperlo. (vid. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, <http://dle.rae.es/>)

26. cfr. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 7ª ed., México, Porrúa, 2010, p. 257.

27. cfr. García Roca, Javier. Homogeneidad y asimetría en el modelo autónomo español. *Asimetría y cohesión en el estado autonómico*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 1997, p. 53.

4. Federalismo y ductilidad

*Los “...términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional (...) son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (...), sino la inclusiva de integración...”*²⁸

Gustavo Zagrebelsky

De esta forma, tomando como ejemplo el federalismo mexicano y su evolución (o involución), pretendemos hacer ver que el “...*contraste entre la realidad nacional, de tendencias francamente centralistas, y la teoría del sistema federal, acogido por motivos predominantemente políticos, ha puesto en tela de juicio la existencia misma del federalismo*”²⁹, al menos como solemos entenderla.

En pocas palabras, la “...*calidad de la Federación (ordenación de competencias, bienes y rentas captadas en un Estado Federal de Derecho) es determinante en la conformación de una relación lineal entre los ‘fines elegidos’ por una determinada comunidad y los ‘medios previstos’ por la administración del Estado para cumplir dichos fines.*”³⁰

No perdamos de vista que, nos guste o no, el sistema federal fue exigido para muchos de los países de nuestro hemisferio, es decir, fue el medio para mantener unido aquello que muy probablemente se hubiera balcanizado. Por ejemplo, nadie puede decir que el paso del proyecto centralista del Imperio mexicano de 1821 al primer sistema federal de 1824 fue meditado hasta sus últimas consecuencias, ya que nadie sabía en qué consistía el federalismo, de la misma forma en que nadie abogaba por la monarquía después de la caída de Iturbide. Por tanto, debemos partir por entender que “...*tanto las instituciones republicanas como federalistas —afirma González Oropeza— eran ensayadas por vez primera...*”³¹

En simples y llanas palabras, el sistema federal nació, evoluciona e involuciona en los países latinoamericanos en una suerte de prueba de ensayo de acierto y error por parte de las clases políticas. Así, por ejemplo, en Brasil, so pretexto de la formulación de la Constitución de 1988, se llegó a decir, por parte de Bonavides que a “...*partir*

28. Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, p.15.

29. Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. 30ª ed., México. Porrúa. 1996. p. 111.

30. Haeberlin, Martín; Pasqualini, Alexandre. Pointing out the false autonomy of Brazilian municipalities: The “quality of the Federation” drawn by the Rule of Law and its impact on promoting the common good. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 515, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.86810, p. 515.

31. González Oropeza, Manuel. *El federalismo*. México. UNAM-IIJ. 1995. p. 22.

*de ese momento, constitucionalmente, Brasil dejó de ser un federalismo dual, pasando a tener una dimensión trilateral, con la inclusión de un tercer federalismo.*³²

En pocas palabras, el federalismo en Latinoamérica ha discurrido por asemejarse al federalismo norteamericano cuando éste no le es aplicable a nuestros países. Esa prueba de ensayo de acierto y error nos permite entender que el sistema de organización estatal, es decir, la forma en que se institucionaliza jurídicamente el poder en un Estado no es —no puede serlo— producto de la generación espontánea ni de una investigación de laboratorio en el que determinado número de ‘iluminados’ diseñan el sistema unívoco para un país. Por ello, ya hemos dicho que es preciso apostar por un modelo de distribución de competencias que se adecúe a la realidad, no a la inversa.

No por nada ya desde mediados del siglo XX, don Felipe Tena Ramírez daba cuenta de autorizados estudios de profesores extranjeros que habrían considerado que el federalismo jamás ha existido en México. Así, por ejemplo, el constitucionalista michoacano parafraseaba a J. Lloyd Mecham a fin de hacer ver que *“...es un lugar común indiscutible que la nación mexicana ahora y siempre ha sido federal tan sólo en teoría; actualmente y siempre ha sido centralista.*”³³

En idéntico sentido, pero haciendo referencia al estudio realizado por Wheare, mismo que tuvo por objeto analizar los sistemas de organización estatal de México, Brasil, Argentina y Venezuela, Tena Ramírez daba cuenta de que *“...las regiones para las cuales se han instituido gobiernos independientes en estas Constituciones latinoamericanas, no han tenido en muchos casos historia propia y gobiernos efectivos. Han sido divisiones meramente administrativas de un imperio, [careciendo] de instituciones políticas propias, de suficiente arraigo para poder resistir la presión de la administración central, [razón por la cual] el gobierno federal no ha llegado a ser una realidad en estas repúblicas.*”³⁴

Para entender lo anterior, en la tipología que utiliza la doctrina, suele hablarse de tres tipos de *federalismo* a saber:

...el centrípeto, el centrífugo y el cooperativo. En el centrípeto, predominan relaciones de subordinación dentro del Estado federal, siendo la Unión el ámbito más fortalecido en lo que refiere al ejercicio del poder. En el federalismo centrífugo, la concentración de poder es más fuerte en el estado miembro que en la Unión. Por último, el federalismo cooperativo se entiende como sinónimo de igualdad de poderes entre la Unión y los estados miembros, afirmándolo por la

32. Cfr. Zanotta, Luís Antonio. RECK, Janriê Rodrigues. A PEC nº 188/2019, as políticas públicas e o impacto no Rio Grande do Sul. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 859-876, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.73284, p. 864

33. Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. 30ª ed., México. Porrúa. 1996. p. 112.

34. Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. 30ª ed., México. Porrúa. 1996. p. 112.

*colaboración en la distribución de las múltiples competencias planificadas y articuladas entre los componentes de la federación, objetivando fines comunes.*³⁵

No hay duda que, desde los parámetros de un federalismo dual al modo norteamericano, lo que bien podría considerarse un «*federalismo auténtico*», puro o clásico, que obedezca a una especie de *denominación de origen*, no habría más que reconocer y aceptar que los sistemas federales latinoamericanos han colapsado o, en el mejor de los casos, están desahuciados. Y ello es así debido a su génesis. Su formación obedece más a una lógica centrífuga, es decir, ha sido la Constitución la que creó los Estados federados³⁶, en lugar de que hayan sido los Estados soberanos los que, a través de un pacto constitucional, fundaran un Estado federal.³⁷

Así, una “...*génesis centrípeta (esto es, un ‘consenso desde abajo’)* lleva (...) a un *federalismo ‘auténtico’*, en tanto que una *formación centrífuga (‘delegación desde arriba’)* puede traer como consecuencia un *distanciamiento [de ese] federalismo ‘auténtico’*.”³⁸

En este sentido, es preciso tener en cuenta que las Constituciones federales auténticas

*...en la práctica, son raras, porque la mayoría de los federalismos no se han formado por la unión de unos estados preexistentes, aunque ésa sea la teoría del federalismo, [por tanto] si bien las modernas constituciones federales, aun y cuando no hayan nacido del pacto de unas entidades soberanas preexistentes, suelen incorporar la lógica interna del pacto típica del federalismo —por ejemplo— estableciendo segundas cámaras de representación territorial, o teniendo en cuenta los estados miembros a la hora de la reforma constitucional.*³⁹

Es por ello que autores como Sánchez de la Barquera, afirmen que

...no existe el ‘verdadero’, ‘legítimo’ o ‘auténtico’ federalismo. Esta forma de Estado debe sencillamente facilitar una constante intermediación de ideas o conceptos sociales, ora centrípetos, ora centrífugos. Las primeras buscan la integración y la igualdad de las condiciones

35. Andrade, Edson Francisco y Macedo Gomes, Alfredo, Estado federativo brasileño: implicaciones en la gestión de la educación. *Revista Retratos de la Escuela*. Brasilia. vol. 6, núm. 10, enero-junio 2012, p. 140.
36. Categoría que en 1824 sólo recibieron Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Texas, Durango, Guanajuato, México, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Jalisco, Yucatán y Zacatecas; es decir, sólo veinte de lo hoy existentes, en el entendido de que Texas terminó por incorporarse a los EE.UU. en 1847.
37. Para Pereira Menaut, el pacto es fuente constitucional en la medida de que se concreta “...*el acuerdo entre las partes que da lugar a la formación de estados federales*. En esos casos —afirma el profesor español— *varias comunidades políticas se asocian para formar otra mayor, y para formalizar su asociación redactan un documento solemne, que es su constitución.*” (vid. Pereira Menaut, Antonio-Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional y otros escritos*. España, Andavira, 2016, p. 135).
38. Sánchez De La Barquera Y Arroyo, Herminio. *La federalización de la política cultural en México: ¿Alemania como modelo?* México. UNAM-III, 2011, p. 12.
39. Pereira Menaut, Antonio-Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional y otros escritos*. España, Andavira, 2016, p. 135.

de vida; las centrífugas, por el contrario, se orientan por una mayor autonomía y por la diversidad en las condiciones de vida.⁴⁰

En pocas palabras, de lo que se trata es de diseñar sistemas y modelos constitucionales que sean funcionales.

5. El federalismo en Latinoamérica debe ser dúctil

“...es necesario replantear los sistemas federales, para apostar por un modelo (si se quiere federal) que se adecúe a la realidad, y la realidad es que los mecanismos de pesos y contrapesos en el ámbito provincial o municipal son muy débiles o, incluso, inexistentes; precisamente, porque carecen de esa cultura federal que caracterizó al pueblo de los Estados Unidos.”⁴¹

Jorge Chaires

Como se ha insistido, el federalismo debe ser visto como medio y, como tal, flexible. Sería incorrecto, por tanto, asumirlo como «*dogma constitucional*»⁴². Si fuera un fin, si fuera considerado un dogma, sería absurdo que haya “...autores que consideran a España un país federal, aunque nominalmente no lo sea. A su vez, se ha afirmado que si bien muchos países de Latinoamérica, como Argentina, Brasil y Venezuela poseen una estructura federal, en la realidad no lo son”⁴³, o bien, que se afirme que “...el federalismo es un proceso dinámico y con numerosas fórmulas posibles de configuración. Tanto, que ha devenido clásica la puntualización de Friedrich en cuanto a que existen tantos federalismos como Estados federales...”⁴⁴

En definitiva, los sistemas de organización estatal no son fines, al punto de que lo esencial no se deriva de la nomenclatura, sino de los elementos que le impriman viabilidad al sistema y lo doten de funcionabilidad de cara a la pretensión del consti-

40. Sánchez De La Barquera Y Arroyo, Herminio. *La federalización de la política cultural en México: ¿Alemania como modelo?*. México. UNAM-IIIJ, 2011, pp. 43 y 44.

41. Chaires Zaragoza, Jorge. El fracaso del federalismo en Latinoamérica. Un estudio comparado con la cultura federal de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista VIA IURIS*, Bogotá, Colombia, núm. 23, julio-diciembre, 2017, p. 31.

42. Un «*dogma constitucional*» es una proposición que, dentro del Derecho Constitucional, suele tomarse por firme y cierta de un modo apriorístico, es decir, sin demostración o justificación alguna. En este caso, sería asumir que el federalismo mexicano debe ser como el federalismo norteamericano para ser un federalismo auténtico (cfr. Vázquez Gómez, B. Francisco, *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al Poder constituyente constituido*. México, Porrúa. 2012. p. 8).

43. Santiago Ylarri, Juan. El federalismo argentino y el sistema autonómico español: similitudes y diferencias, con especial referencia a los estatutos de autonomía. *Revista de Derecho*, UNED. núm. 17, 2015. p. 534.

44. Bazán, Víctor, El sistema federal argentino: Actualidad y perspectivas. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá, año XIX, 2013, p. 237.

tucionalismo: *concretar la limitación del poder a través del derecho, específicamente, a través de una fórmula de distribución de competencias que sea funcional.*

No hacerlo, en palabras de Cossío Díaz, “...propicia que —en algunos casos— el federalismo se constituya por una ley general donde el Congreso de la Unión distribuye las competencias, en otro con base en acuerdos de coordinación, o en otro más por lo que cada una de las partes entiende es ‘su’ competencia, por ejemplo. [Lo que no implica desconocer que] el resultado de la combinación entre el modo de asignar competencias por la materia, tal como se ha venido haciendo en el país en los últimos 40 años, es la construcción de un sistema jurídico [...] sumamente insuficiente. Reglas particulares, proliferación de contradicciones, esquemas diferenciados, huecos palpables son las constantes de eso que, por comodidad de la exposición, seguimos llamando ‘el’ sistema federal...”⁴⁵

Resulta muy ilustrativo —por ejemplo— el análisis realizado por K. Hesse, quien, a partir de la experiencia federal alemana, realiza algunas afirmaciones que nos invitan a la reflexión. Tengamos presente que el sistema federal alemán ha sido referente para el diseño de los federalismos recientes, ya que “...se ha cambiado el modelo de federalismo dual por un modelo (no concluido, pero que parece irse afirmando en las más recientes reformas constitucionales) más cercano al ‘federalismo cooperativo’, tomando como ejemplo, en algunos aspectos, del ya mencionado federalismo alemán.”⁴⁶ Así por ejemplo, si bien la Ley Fundamental de 1949 se basó principalmente en el principio de *federalismo dual*, a medida que el tiempo ha transcurrido, la Federación ha ido ganando terreno, especialmente en el campo legislativo, donde se ha vuelto opresivamente preponderante su poder. Así, en la década de los sesenta, esta imagen clásica fue completada, por no decir corregida, por la idea del «*Estado federal unitario*» debido a que la Federación ganaba peso de manera importante frente a los *Länder*.⁴⁷

De hecho, el profesor italiano di Giorgia Pavanila, al analizar la experiencia latinoamericana, advierte que la creciente

“...dificultad de incluir cada país en clases rígidas del Estado unitario y del Estado compuesto (federal y regional) se nota particularmente con referencia a los Estados (inicialmente) unitarios los cuales han instituido instancias o niveles político-territoriales intermedios con autonomía más o menos acentuadas (en algunos casos más efectivas que el de los Estados miembros de algunos Estados federales) y los Estados (inicialmente) federales registran la tendencia general hacia una centralización que se nota en el plano legislativo y administrativo. [Así, ambas]

45. Bazán, Víctor, El sistema federal argentino: Actualidad y perspectivas. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá, año XIX, 2013, p. 237.

46. Carbonell, Miguel, La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo, *Cuestiones Constitucionales*. México, núm. 11, julio-diciembre 2004, p. 251.

47. cfr. Häberle, Peter. *El federalismo y regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*. México, UNAM-IJ, 2006, pp. 11 y 12.

*figuras, por cierto, evolucionaron, sin embargo, «el Estado unitario que se descentraliza no va necesariamente al encuentro de las formas federales. El Estado federal que se centraliza tampoco tiende en todos los casos a confundirse con el Estado unitario».*⁴⁸

Es por ello que el profesor italiano concluye que “...con particular referencia al área de América Latina resulta inutilizable y casi falaz la vieja y clásica división bipartida Estado unitario/Estado federal, la cual no representa a los tantos matices del tipo de Estado contemporáneo.”⁴⁹

En este sentido, estamos convencidos que hablar de «federalismo dúctil» no necesariamente es hablar de un sistema federal que ha muerto, que está desahuciado o que está quebrado; más bien, proponemos comenzar aceptando que, atendiendo a la particular forma de *ser* de los Estados latinoamericanos, quizá podamos encontrar nuevas categorías dentro de los sistemas de organización estatal ya existentes y, ante todo, nuevos mecanismos de distribución de competencias.

No perdamos de vista que el calificativo «dúctil»⁵⁰ no sólo representa realidades despectivas —deformable, condescendiente o acomodadizo— sino que su semántica es capaz de delinear significados que impliquen una virtualidad: su maleabilidad.⁵¹ Así, hablar de «federalismo dúctil» implicará diseñar un sistema federal que —sin quebrarse— presente pocas resistencias en su adaptabilidad y, ante todo, que sea capaz de seguir respetando las diversidades en donde deban seguir existiendo. De conformidad con el propio Zagrebelsky, los “...términos a los que hay que asociar la ductilidad constitucional (...) son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita no es la de la relación de exclusión e imposición por la fuerza (...), sino la inclusiva de integración...”⁵²

Es por ello que coincidimos con Pavanila, en el sentido de que “...no existen tipologías como instrumentos de clasificación universal válidas y, sobre todo es sabido que las clasificaciones de los sistemas jurídicos no pueden tener un rigor científico comparable con los que es propio de las clasificaciones de las ciencias naturales y que (...) las clases formadas bajo criterios rígidos según el antiguo esquema aristotélico de contraposición

48. Pavanila, di Giorgia. Tendencias centrífugas y centrípetas de la descentralización en América Latina, *Rivista Di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*. Italia, núm. 5, Università di Bologna, 2019, pp. 18 y 19.

49. Pavanila, di Giorgia. Tendencias centrífugas y centrípetas de la descentralización en América Latina, *Rivista Di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*. Italia, núm. 5, Università di Bologna, 2019, p. 19.

50. «Dúctil» del lat. *ductilis*. 1. adj. Dicho de un metal: Que admite grandes deformaciones mecánicas en frío sin llegar a romperse. 2. adj. Dicho de un metal: Que mecánicamente se puede extender en alambres o hilos. 3. adj. maleable (|| que puede batirse y extenderse). 4. adj. Dicho de algún cuerpo no metálico: Fácilmente deformable. 5. adj. Acomodadizo, de blanda condición, condescendiente. (vid. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, <http://dle.rae.es/>)

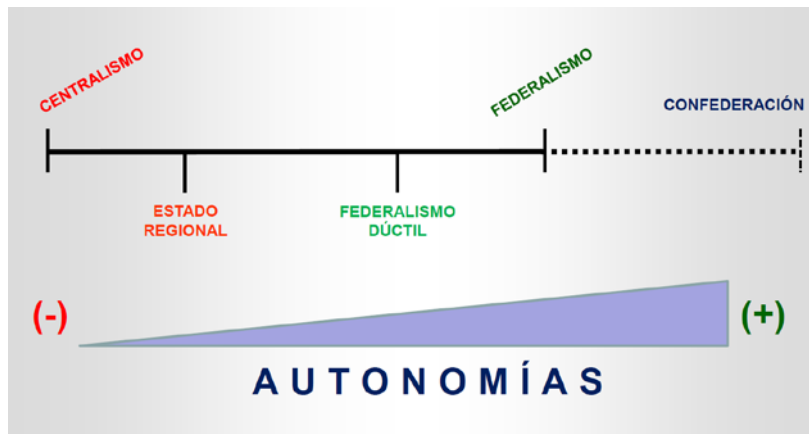
51. «Maleable» del lat. *malleus* 'martillo' y -ble. Dicho de un material: Que se le puede dar otra forma sin romperlo. (vid. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, <http://dle.rae.es/>)

52. Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2011, p.15.

no siempre funcionan y están dejando el paso a clasificaciones dúctiles, basadas en criterios flexibles.”⁵³

Por tanto, es menester de los estudiosos del derecho constitucional, estar abiertos a reflexionar las posibles modificaciones a los sistemas jurídicos en aras de cumplir de mejor manera su finalidad: la organización del Estado de una forma que — parafraseando a Lassalle— la «*constitución jurídica*» y la «*constitución real*» se correspondan.⁵⁴ Así, si partimos por reconocer, por un lado, las diferencias regionales existentes en nuestros países, pero por el otro, la necesidad de afrontar coordinada o unitariamente los grandes retos nacionales que nos comprometen a todos, hoy estamos obligados a dotar de *ductilidad* a nuestro sistema federal. En palabras de Maldonado Siman, “...*el federalismo debe considerarse como una técnica constitucional, y su vigor y existencia deben apoyarse en su capacidad de adaptación a las circunstancias.*”⁵⁵

Así, el *federalismo dúctil* sería el sistema de organización estatal que adoptan aquellos países que, partiendo del federalismo auténtico, puro o clásico de corte norteamericano, pretenden ordenar la tendencia centralizadora en ellos presente, a efecto de fortalecer adecuadamente el ámbito de competencias de los poderes federales, sin perder de vista el equilibrio que entre la *unidad* y la *diversidad* (política, económica y jurídica) debe subsistir como *idea-fuerza* en todo sistema federal. El esquema sería el siguiente:



En pocas palabras, el *federalismo dúctil* sería, al federalismo auténtico, puro o clásico de corte norteamericano, lo que el «*estado regional*» es al centralismo propio

53. Pavanila, di Giorgia. Tendencias centrífugas y centrípetas de la descentralización en América Latina, *Rivista Di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*. Italia, núm. 5, Università di Bologna, 2019, p. 19.

54. Lassalle, Fernando. *¿Qué es la Constitución?* Madrid, Cenit S.A., 1931, pp. 66 y 65.

55. Maldonado Siman, Beatriz. Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México. nueva serie, año XXV. núm. 75. septiembre-diciembre de 1992. p. 813, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2995/3251>

de los Estados unitarios. Así, el análogo del federalismo dúctil sería ese «*estado regional*» (en palabras de Fix-Zamudio)⁵⁶ o también denominado «*federalismo débil*» (en palabras de Peter Häberle) o «*estado federal atenuado*» (en palabras de La Pergola)⁵⁷.

Dejemos en claro una reflexión: el federalismo norteamericano ha significado para los países latinoamericanos un lastre, una carga pesada, es decir, un modelo que es imposible de replicar debido a las diversas génesis que dan cuenta del origen y fundación de las naciones latinoamericanas. Por ello, quizá debamos transitar a un «*federalismo dúctil*» pero con sentido profundo.

6. El federalismo: breve comparativo de algunos de los principios de reparto en los sistemas federales

“...la comparación jurídica es uno de los métodos a los cuales recurren los tribunales constitucionales en la interpretación...”⁵⁸

Giuseppe de Vergottini

Evidentemente vivimos en Latinoamérica, un contexto complejo por lo que hace al Estado de Derecho y su fortalecimiento. No obstante, como investigador y estudioso del derecho constitucional, resulta fundamental advertir que debemos (re) pensar del Federalismo en nuestra región. No hay duda de que son diferentes las alternativas y diversas las tradiciones jurídicas; sin embargo, considero que todo pasa, en gran medida, por el *principio de reparto* que establezca el sistema federal. Al final, ahí se encuentra la *ingeniería constitucional*.⁵⁹

En este sentido, realizaré un análisis breve —un tanto superficial— de tales principios de algunos sistemas federales. Veamos.

6.1. Ley Fundamental de Bonn (1949)

La *fórmula de reparto* comienza por establecer el principio, según el cual, la legislación es tarea originaria de los *Länder*, salvo que en la propia Ley Fundamental

56. cfr. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 7ª ed., México, Porrúa, 2010, p. 257.

57. cfr. García Roca, Javier. Homogeneidad y asimetría en el modelo autónomo español. *Asimetría y cohesión en el estado autonómico*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 1997, p. 53.

58. Vergottini, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. trad. de Claudia Herrera, México, IJ-UNAM, 2004, p. 12, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1476>

59. Soberanes Diez, José María y Vázquez Gómez B., Francisco, *Crisis constitucionales. Análisis del sistema constitucional mexicano a la luz de la ingeniería constitucional*, México, Porrúa, 2021, p. 31 y 32.

se disponga otra cosa (art. 70 LFRFA)⁶⁰, determinando adicionalmente que la ejecución de las leyes —sean federales o locales— corresponde, por principio general, también a los *Länder* (arts. 83 a 85 LFRFA).⁶¹

Sin embargo, se atribuye expresamente a la Federación competencia legislativa exclusiva (art. 71 LFRFA)⁶² sobre las materias enumeradas en el artículo 73, señalando que los *Länder* tienen la facultad de legislar sobre las mismas, únicamente en el caso y en la medida en que una ley federal los autorice expresamente para ello.⁶³

60. *Artículo 70. Distribución de las competencias legislativas entre la Federación y los Länder.*

(1) Los *Länder* poseen el derecho de legislar en tanto la presente Ley Fundamental no lo confiera a la Federación.

(2) La delimitación de competencias entre la Federación y los *Länder* se rige por las disposiciones de la presente Ley Fundamental sobre la legislación exclusiva y concurrente.

61. *Artículo 83. Ejecución de las leyes federales por los Länder.*

Los *Länder* ejecutarán las leyes federales como asunto propio, salvo que la presente Ley Fundamental determine o admita otra cosa.

62. *Artículo 71. Legislación exclusiva de la Federación, concepto.*

En el ámbito de la legislación exclusiva de la Federación, los *Länder* tienen la facultad de legislar únicamente en el caso y en la medida en que una ley federal los autorice expresamente para ello.

63. *Artículo 73. Legislación exclusiva de la Federación.*

(1) Corresponde a la Federación la legislación exclusiva en las siguientes materias:

Los asuntos exteriores así como la defensa y la protección de la población civil;

La nacionalidad en la federación;

La libertad de circulación y de residencia, el régimen de pasaportes, empadronamiento y documentación personal, la inmigración y emigración y la extradición;

El régimen cambiario y monetario y de acuñación de moneda, el sistema de pesas y medidas así como la fijación de la hora oficial;

La unidad aduanera y comercial, los tratados de comercio y navegación, la libre circulación de mercancías, el intercambio comercial y financiero con el extranjero, incluyendo la policía de aduanas y fronteras;

5.a. La protección del patrimonio cultural alemán contra la evasión al extranjero;

El tráfico aéreo;

6.a. El tráfico de los ferrocarriles que son propiedad total o en su mayoría de la federación (ferrocarriles de la federación), construcción, mantenimiento y explotación de las vías férreas de la federación así como las tarifas por el uso de estas vías férreas;

Correos y telecomunicaciones;

La situación jurídica de las personas al servicio de la federación y de las corporaciones de derecho público directamente dependientes de la federación;

La protección de la propiedad industrial, los derechos de autor y los derechos de edición;

9.a. La defensa frente a los peligros del terrorismo internacional por la Autoridad federal de la policía criminal en los casos en los cuales exista un peligro que se extienda más allá de los límites de un *Land*, cuando la competencia de una autoridad de policía de un *Land* no se reconozca o cuando la autoridad suprema del *Land* solicite el traspaso de la competencia.

La cooperación de la Federación y los *Länder*:

En materia de policía criminal,

Para la defensa del régimen fundamental de libertad y democracia, la existencia o la seguridad de la Federación o de un *Land* (defensa de la Constitución), y

Para la defensa contra quienes, en el territorio federal, mediante el recurso a la violencia o acciones preparatorias en este sentido, intenten poner en peligro los intereses exteriores de la República Federal de Alemania, así como la creación de una Autoridad federal de policía criminal y la lucha internacional contra la delincuencia;

6.2. Constitución Nacional Argentina (1853 con reformas en 1994)

Pasemos ahora al análisis de la fórmula de distribución de competencias del sistema constitucional argentino. Con inspiración en la Décima Enmienda de la Constitución norteamericana⁶⁴, el artículo 121 de la Constitución argentina (CA), parte de un principio básico de reparto en la lógica del *federalismo dual*, al establecer que “*las provincias conservan todo el poder no delegado por [la] Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.*” Ello se ve fortalecido por la cláusula contenida en el artículo 5° CA⁶⁵, la cual reconoce expresamente la autonomía constitucional de la que gozan las Provincias. Es por ello que la Corte Suprema ha entendido que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación definidos y expresos.⁶⁶

6.3. Constitución Política de la República de Brasil (1988)

Corresponde ahora realizar el análisis del sistema federal brasileño. Como no puede ser de otra manera, requerimos tener conocimiento de algún contexto que nos permita entender las peculiaridades de este federalismo. Se ha llegado a afirmar que con la promulgación de la Constitución de 1988 (CB), se generó un supuesto fortalecimiento de los Estados-miembro en el federalismo brasileño. Así, por ejemplo, “... *Mainwaring (...) afirma que Brasil constituye el caso de federalismo más robusto en América Latina. Abrucio, por su parte, construye toda una teoría sobre el federalismo brasileño a partir de la idea de estados (o al menos de gobernadores de estados) fuertes: es lo que este autor denomina ultrapresidencialismo estadual.*”⁶⁷

La estadística para fines de la Federación;

El Derecho de tenencia de armas y explosivos;

La previsión de los mutilados de guerra y de las viudas y huérfanos de guerra y la asistencia a los antiguos prisioneros de guerra;

La producción y el uso de la energía nuclear con fines pacíficos, la construcción y funcionamiento de instalaciones destinadas a tales fines, la protección frente a los peligros que puedan surgir de la liberación de la energía nuclear o de la producción de rayos ionizantes, y la eliminación de material radioactivo.

(2) Leyes según el apartado 1 No. 9a requieren la aprobación del *Bundesrat*.

64. *Enmienda X*. Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.

65. *Artículo 5*.- Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

66. CSJN. «Provincia de Buenos Aires c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones», 24/8/1982, Fallos: 304:1186.

67. Afonso Da Silva, Virgilio. *Presidencialismo y federalismo en Brasil: Los desencuentros entre política y derecho*. En: Orozco Henríquez, José de Jesús, *et.al.*, (Coords.). *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*. México, UNAM-Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2009, pp. 292 y 293.

En palabras de Seijas Villadangos, “...la vigente Constitución, promulgada el 5 de octubre de 1988, restaura la federación desde su artículo de apertura: «La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho» (art. 1º)⁶⁸. El compromiso democrático de Brasil se enfatiza en el preámbulo del que llama la atención, más allá de las referencias a las pretensiones, legitimidad y origen del documento constitucional, el sujeto activo de la misma que se identifica con una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios. [Así, el] blindaje del carácter federal desde el vínculo de la indisolubilidad tiene por objeto dos finalidades básicas: «la unidad nacional y la necesidad descentralizadora»”.⁶⁹

De igual forma en cómo ocurre en el sistema constitucional alemán, el compromiso constitucional de Brasil con el federalismo llega al punto de considerar la forma federativa del Estado dentro de la *cláusula de intangibilidad* contenida en el artículo 60.4 CB⁷⁰, por lo que ese sistema de organización estatal queda fuera del ámbito de competencia del Poder de reforma constitucional.

De lo anterior no hay duda de que el federalismo como sistema hunde sus raíces de manera importante en el entendimiento de la Constitución de aquella nación; sin embargo, para efectos de la presente investigación, resulta relevante advertir que, en palabras de Afonso da Silva, desde su formación, la Federación en Brasil se caracteriza por ser extremadamente concentradora. La tendencia que se observa es la de que, a cada nueva Constitución, la concentración aumenta todavía más.

De hecho, a partir de 1988, no sólo el texto constitucional, sino también la actividad del Supremo Tribunal Federal, han contribuido para una concentración de poder. En este sentido, resulta importante diferenciar el punto de vista con el que se realice el análisis, ya que, quien “...lea la Constitución brasileña podrá ver que, para el poder central, son enumeradas más de cincuenta materias legislativas de competencia privativa (en los 29 incisos del artículo 22 de la Constitución federal). Para los estados,

68. Artículo 1. La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

1. la soberanía;
2. la ciudadanía;
3. la dignidad de la persona humana;
4. los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa;
5. el pluralismo político.

Párrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución.

69. Seijas Villadangos, María Esther, “El federalismo brasileño”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 104, enero-abril 2019, pp. 355 y 356

70. Artículo 60. La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta...

40. No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: 1. la forma federal del Estado; 2. el voto directo, secreto, universal y periódico; 3. la separación de los poderes; 4. los derechos y garantías individuales...

la Constitución reserva una única competencia privativa: explotar el servicio de gas canalizado (artículo 25, § 2). Además de esto hay una serie de competencias comunes (artículo 24), en el ámbito de las cuales, no obstante, la Unión tiene la prerrogativa de definir las reglas generales.

*[Por tanto,] la Federación brasileña puede ser considerada como extremadamente centralizada. De aquí no debe concluirse, no obstante, una ausencia de influencia de la política estadual sobre la política nacional. Por el contrario —afirma Afonso da Silva— entre el presidente de la República y los gobernadores de los estados existe un diálogo continuo y, muchas veces, armonioso. No por otra razón se habla aquí de un desencuentro entre los enfoques jurídico y político. Si el primero apunta hacia una Federación centralizadora y centripeta, el segundo tiende a apuntar hacia una relación de equilibrio entre los dos niveles, Unión y estados.*⁷¹

En este sentido, la tendencia centralizadora que se advierte en el federalismo brasileño no es nueva en nuestro análisis. De hecho, la hemos visto presente en los demás sistemas federales que hemos analizado, lo cual, dicho sea de paso, fortalece la tesis que hemos desarrollado en el sentido de que la funcionabilidad de un sistema federal, pasa muchas veces, por la fortaleza del *todo* y no sólo de sus *partes*.

Ahora bien, como hemos afirmado, el sistema federal no debe ser visto como un fin, sino que debe ser entendido como un medio que abone a la materialización del *constitucionalismo*, es decir, que se erija en un mecanismo que limite el poder a través del derecho. Visto así, resulta interesante advertir un par de elementos del sistema federal brasileño que, bien podrían examinarse como un esquema de equilibrios entre el poder central y los poderes locales. Veamos.

De conformidad con el artículo 25.1 CB⁷², los Estados se organizan y se rigen por las Constituciones y leyes locales que adopten, debiendo observar los principios de la Constitución nacional. En este sentido se les reconoce autonomía constitucional. Pese a ello, derivado de esa cláusula se ha desarrollado en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal —tribunal constitucional en aquél sistema— el «*principio de simetría*», a partir del cual, ni “...en la elaboración de sus Constituciones estaduales, que definen la organización de los poderes a nivel estadual, los estados han tenido gran libertad de acción (...) Con base en la última frase de este artículo, el Supremo Tribunal Federal declaró la inconstitucionalidad de innumerables dispositivos de Constituciones estaduales, bajo el alegato de que no seguían los principios de la Constitución federal. Como consecuencia —afirma Afonso da Silva— las Constituciones estaduales son, en buena parte, una especie de copia de la Constitución

71. Afonso Da Silva, Virgilio. Presidencialismo y federalismo en Brasil: Los desencuentros entre política y derecho. En: Orozco Henríquez, José de Jesús, *et.al.*, (Coords.). *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*. México, UNAM-Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2009, pp. 295 y 296.

72. Artículo 25. Los Estados se organizan y se rigen por las Constituciones y leyes que adopten, observando los principios de esta Constitución.

*federal. No hay prácticamente ninguna variación en la forma de organizar los poderes en el nivel estadual.*⁷³

Ahora bien, en paralelo al principio de simetría y la forma en que ha servido para limitar la originalidad de las Constituciones locales, existe en la cláusula contenida en el artículo 29 CB un aspecto relevante. Una de las innovaciones “...de la Constitución brasileña del 88 fue la inclusión de los municipios como componentes de la Federación. Hasta este momento, las Constituciones previas habían potenciado su importancia, con autonomía gubernativa y funcional, pero habían otorgado a los Estados el poder para su creación y organización. El artículo 29 de la Constitución⁷⁴ —afirma Seijas Villadangos— quiebra con estos antecedentes asignando a los municipios la potestad para autorregularse mediante ley orgánica, una auténtica «Constitución municipal» [lo que confirma] la atipicidad del federalismo brasileño en este particular.”⁷⁵

Hemos querido referirnos a los claroscuros que se deducen a partir del contraste que realizan entre el análisis jurídico y político los estudios de Afonso da Silva y Seijas Villadangos, en la medida de que resultan interesantes y nos permiten imprimirle contexto al ejercicio de derecho comparado que hemos venido realizando. Veamos ahora el *principio de reparto*.

El fortalecimiento del poder de la Unión como elemento central de la Federación se realiza a través de la atribución a ésta de una serie de competencias exclusivas que se vinculan a ámbitos relacionados con la soberanía estatal y, por consiguiente, no susceptibles de ser objeto de delegación (art. 21 CB)⁷⁶.

73. Afonso Da Silva, Virgilio. Presidencialismo y federalismo en Brasil: Los desencuentros entre política y derecho. En: Orozco Henríquez, José de Jesús, *et.al.*, (Coords.). *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*. México, UNAM-Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2009, p. 295.

74. *Artículo 29*. El Municipio se regirá por una ley orgánica, votada dos veces, con un intervalo mínimo de diez días, y aprobada por dos tercios de los miembros de la Cámara Municipal, que la promulgará, atendiendo los principios establecidos en esta Constitución, en la Constitución del respectivo Estado...

75. Seijas Villadangos, María Esther. El federalismo brasileño. *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 104, enero-abril 2019, p. 356.

76. *Artículo 21*. Compete a la Unión:

1. mantener relaciones con los Estados extranjeros y participar en las organizaciones internacionales;
2. declara la guerra y acordar la paz;
3. asegurar la defensa nacional;
4. permitir, en los casos previstos en ley complementaria, que fuerzas extranjeras transiten por el territorio nacional o permanezcan en él temporalmente;
5. decretar el estado de sitio, el estado de defensa y la intervención federal;
6. autorizar y fiscalizar la producción y el comercio de material bélico;
7. emitir moneda;
8. administrar las reservas monetarias del País y fiscalizar las operaciones de naturaleza financiera especialmente las de crédito, cambio y capitalización, así como las de seguros y de previsión social privada;
9. elaborar y ejecutar planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y de desarrollo económico y social;
10. mantener el servicio postal y el correo aéreo nacional;

Luego, como parte de la fórmula de reparto, se advierte una cláusula residual un tanto *sui generis*, ya que habilita a los Estados-miembro a desarrollar competencias, pero desde una delimitación negativa, es decir, se arroga una reserva competencial estatal en todo aquello «*que no les está prohibido por la Constitución*» (art. 25.1 CB)⁷⁷.

Ello se traduce en un peso competencial menor a favor de los Estados-miembro debido: (i) en primer lugar, a una dilatada regulación de las competencias de la Federación; (ii) en segundo lugar, a una detallada atribución competencial a favor

11. explotar directamente o mediante concesión a empresas bajo control de capital estatal los servicios telefónicos, telegráficos, de transmisión de datos y demás servicios públicos de telecomunicaciones, asegurando la prestación de servicios de informaciones por entidades de derecho privado a través de la red pública de telecomunicaciones explotada por la unión;

12. explotar directamente o mediante autorización, concesión o licencia: 1. los servicios de radiodifusión sonora, de sonidos e imágenes y demás servicios de telecomunicaciones; 2. los servicios e instalaciones de energía eléctrica y el aprovechamiento energético de los cursos de agua, en coordinación con los Estados donde se sitúen las centrales hidro-energéticas; 3. la navegación aérea, aeroespacial y la infraestructura aeroportuaria; 4. los servicios de transporte ferroviario y acuaviario entre los puertos brasileños y fronteras nacionales o que traspasen los límites de un Estado o Territorio; 5. los servicios de transporte rodoviario interestatal e internacional de pasajeros; 6. los puertos marítimos, fluviales y lacustres;

13. organizar y mantener el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Defensa de Oficio del Distrito Federal y de los Territorios;

14. organizar y mantener la policía federal, la policía rodoviaria y la ferroviaria federales, así como la policía civil, la policía militar y el cuerpo Militar de bomberos del Distrito Federal y de los Territorios;

15. organizar y mantener los servicios oficiales de estadística, geografía, geología y cartografía de ámbito nacional;

16. conceder amnistías;

17. planificar y promover la defensa permanente contra las calamidades públicas, especialmente las sequías y las inundaciones;

18. establecer un sistema nacional de gestión de los recursos hidráulicos y definir criterios para el otorgamiento de derechos de uso de los mismos;

19. establecer directrices para el desarrollo urbano, incluyendo la vivienda, del saneamiento básico y de los transportes urbanos;

20. establecer principios y directrices para el sistema nacional de transportes;

21. ejecutar los servicios de policía marítima, aérea y de frontera;

22. explotar los servicios e instalaciones nucleares de cualquier naturaleza y ejercer el monopolio estatal sobre la investigación, la extracción, el enriquecimiento, el reprocesamiento, la industrialización y el comercio de minerales nucleares y sus derivados, cumpliendo los siguientes principios y condiciones; 1. toda actividad nuclear en el territorio nacional será utilizado únicamente para fines pacíficos y mediante la aprobación del Congreso Nacional; 2. se autoriza, bajo el régimen de concesión o licencia, la utilización de radiosótopos para la investigación y usos medicinales, agrícolas, industriales y actividades análogas; 3. la responsabilidad civil por daños nucleares no depende de la existencia de culpa;

23. organizar, mantener y ejecutar la inspección del trabajo;

24. establecer las áreas y las condiciones para el ejercicio de la actividad de búsqueda de minerales preciosos, en forma asociativa.

77. *Artículo 25.1.* Están reservados a los Estados las competencias que no les estén prohibidas por esta Constitución.

de los municipios (art. 30 CB)⁷⁸ y, (iii) en tercer lugar, derivado de las competencias prohibidas, no solo a los Estados, sino a todos los entes federativos (art. 19 CB)⁷⁹.

De esta forma, los Estados-miembro, a pesar de que cuentan con competencia residual, tal y como ocurre en el federalismo dual, lo cierto es que ven reducido de manera importante su ámbito competencial, debido a que no podrán desarrollar competencias de titularidad de la Federación, competencias de los municipios o aquellas competencias prohibidas por la Constitución.

En razón de lo anterior, a raíz de la *sui generis* cláusula residual establecida a favor de los Estados-miembro, y aunado al incremento de facultades *privativas* de facultades *comunes* y de facultades *concurrentes*, revelan la evolución del *federalismo dual* brasileño hacia un *federalismo cooperativo*.⁸⁰

6.4. Constitución Federal de Suiza (1999)

Aún y cuando no es una tradición jurídica y política cercana a Latinoamérica, el caso de la federación suiza es ejemplificativo para lo que aquí he propuesto, ya que desde “...*el punto de vista formal se diferencia la nueva Constitución Federal [Suiza] de la anterior sobre todo por una sistemática más consecuente y por una estructura*

78. *Artículo 30.* Compete a los Municipios:

1. legislar sobre asuntos de interés local;
2. suplementar la legislación federal y estatal en lo que cupiese;
3. establecer y recaudar los tributos de su competencia, así como aplicar sus ingresos, sin perjuicio de la obligación de rendir cuentas y publicar balances dentro de los plazos fijados en la ley;
4. crear, organizar y suprimir distritos, observando la legislación estatal;
5. organizar y prestar, directamente o bajo el régimen de concesión o licencia, los servicios públicos de interés local, incluido el de transporte colectivo, que tiene carácter esencial;
6. mantener, con la cooperación técnica y financiera de la Unión y del Estado, programas de educación preescolar y de enseñanza básica;
7. prestar, con la cooperación técnica y financiera de la Unión y del Estado, los servicios de atención a la salud de la población;
8. promover, dentro de lo posible, la adecuada ordenación territorial, mediante la planificación y control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano;
9. promover, la protección del patrimonio histórico- cultural local, observando la legislación y la acción finalizadora federal y estatal.

79. *Artículo 19.* Está prohibido a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios:

1. Establecer cultos religiosos o iglesias, subvencionarlos, obstaculizar su funcionamiento o mantener con ellos o sus representantes relaciones de dependencia o alianza, salvo la colaboración de interés público, en la forma de la ley;
2. rehusar fe a los documentos públicos;
3. crear diferencias entre los brasileños o preferencias entre sí.

80. Seijas Villadangos, María Esther. El federalismo brasileño. *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 104, enero-abril 2019, pp. 361 a 364.

*más sólida*⁸¹, debido a que se ha generado un entendimiento *dúctil* del sistema federal.

Como se puede ver, se advierte una tendencia a la descentralización, al punto de que se establece:

Art. 42 Función de la Confederación

1 La confederación cumplirá con las funciones que le asigna la Constitución.

2 Asumirá aquellas funciones que deban ser reguladas de manera uniforme.

Digámoslo de una vez, aún y cuando el artículo 42 constitucional de la Constitución suiza asume un principio de reparto dual y, en cierta forma centralista, al punto de que no se les reconoce soberanía a los cantones, en todo caso les reconoce autonomía⁸². La fórmula privilegia una flexibilidad que llama la atención: *pueden existir materias que requieran la uniformidad normativa*, es decir, existe constitucionalmente el reconocimiento a la existencia de tópicos que puedan/deban ser de carácter nacional, aún y cuando una federación implique de inicio la diversidad de formas de ser (políticas, jurídicas y sociales).

7. Conclusión: el federalismo dúctil como solución

El *federalismo dúctil* es el sistema de organización estatal que pudieran adoptar aquellos países que, partiendo del federalismo auténtico, puro o clásico de corte norteamericano, pretenden ordenar la tendencia centralizadora en ellos presente, a efecto de fortalecer adecuadamente el ámbito de competencias de los poderes federales, sin perder de vista el equilibrio que entre la *unidad* y la *diversidad* (política, económica y jurídica) debe subsistir como *idea-fuerza* en todo sistema federal. Son federalismos artificiales y, por ello, requieren matices, temperamentos, ajustes de fondo que les den viabilidad.

Teniendo en cuenta estas premisas, podemos ahora plantear el elemento diferenciador que considero debería incluir la *fórmula de distribución de competencias* de los sistemas latinoamericanos, partiendo de un *principio de orden* que nos permita (re)pensar esos sistemas federales. Veamos.

81. Koller, Heinchi y GIOVANNI, Biagnni. La nueva constitución federal suiza. Una visión general de las novedades y los aspectos más destacados. *Teoría y Realidad Constitucional*. UNED. núm. 10-11, 2002-1, p. 613.

82. *Artículo 49*. Primacía del Derecho Federal.

1. El Derecho Federal prima siempre sobre el Derecho Cantonal que le sea contrario.

2. La Confederación velará por que los cantones respeten el Derecho Federal.

Una de las conclusiones más importantes a las que hemos arribado, consiste en la necesidad de reconocer, en primer lugar, que los sistemas constitucionales, y con ellos, los sistemas de organización estatal, no se generan a partir de elucubraciones teóricas sino, por el contrario, se van desarrollando atendiendo al contexto histórico, político, social y económico de cada país concreto.

Por ello, hemos afirmado al inicio de este estudio que es menester de los estudiosos del derecho constitucional, estar abiertos a reflexionar las posibles modificaciones a los sistemas constitucionales en aras de cumplir de mejor manera su finalidad: la organización del Estado de una forma que —parafraseando a Lassalle— la «*constitución jurídica*» y la «*constitución real*» se correspondan.⁸³

En este sentido, ya hemos dado cuenta —como ejemplo— de que el federalismo mexicano, si bien se gestó a partir de la experiencia federal norteamericana, su génesis no se encuadra en dicho esquema, por una sencilla razón: no fueron *unos* Estados soberanos los que crearon la Constitución; más bien fue la Constitución la que creó los Estados. Es por ello que en nuestros países latinoamericanos vemos esquemas del federalismo cooperativo y, recientemente, la incorporación de la *legislación única* (o leyes nacionales propias de un Estado unitario).

Con ello, se pretende darle equilibrio al sistema imprimiéndole mayor importancia a ciertos ámbitos de competencia material a la *unidad* que a la *diversidad*. En pocas palabras, el federalismo latinoamericano se ha ido desplazando en el espectro de los sistemas de organización estatal hacia lo que es más coherente con su génesis histórica y su realidad política.

Para entender del devenir del sistema federal en Latinoamérica antes apuntado, es importante advertir que para “...*su conformación existe dos clases de federalismo: el de integración y el de desconcentración. El federalismo de integración supone que entidades autónomas deciden unirse y formar una federación. El federalismo de desconcentración, por su parte, presupone que una entidad única se separa en diversas regiones.*”⁸⁴ No hay duda que atendiendo a esta terminología y a la génesis histórica del federalismo en Latinoamérica, los sistemas son federalismos de desconcentración.

Aunado a ello, no hay duda de que la realidad política Latinoamérica nos debe llevar a reconocer, por un lado, las diferencias regionales existentes en nuestros países, pero por el otro, la necesidad de afrontar coordinada o unitariamente los grandes retos nacionales que nos comprometen a todos, por lo que hoy estamos obligados a dotar de *ductilidad* a nuestros sistemas federales. No se nos olvide que “...*el federalismo debe considerarse como una técnica constitucional, y su vigor y existencia*

83. Lassalle, Fernando. *¿Qué es la Constitución?* Madrid, Cenit S.A., 1931, pp. 66 y 65.

84. Soberanes Díez, José María y VÁZQUEZ GÓMEZ B., Francisco, *Crisis constitucionales. Análisis del sistema constitucional mexicano a la luz de la ingeniería constitucional*, México, Porrúa, 2021, p. 31 y 32.

—afirma Maldonado Siman— *deben apoyarse en su capacidad de adaptación a las circunstancias.*⁸⁵

Es por ello que como un *primer elemento* de la *fórmula de distribución de competencias* que estamos proponiendo, consideramos necesario invertir el actual *principio básico de reparto*. No podemos perder de vista que en “...*el federalismo por integración se establecen como tasadas las facultades federales, pues se entiende que las partes pueden continuar ejerciendo sus competencias salvo en lo que expresamente renuncian a favor de la federación.* [Pero en] *el federalismo por desconcentración, en cambio, quien ejercía todas las competencias era la entidad única, por lo que, convertida en federación, será ésta quien continúe ejerciéndolas salvo que expresamente se les traspasen a las nuevas entidades.*”⁸⁶

Es por ello que Vázquez Gómez y Soberanes adviertan que, en México, pese a ser un federalismo de desconcentración, sigue la regla norteamericana de tasar las competencias federales. Eso no solo es un problema teórico, de encaje en un modelo. Tiene repercusión en las reformas constitucionales, puesto que es necesario modificar constantemente el texto para atribuirle nuevas competencias a la Federación.

Es por todo lo anterior que, como principio básico de reparto, consideramos necesario invertir la lógica del contenido de las cláusulas de reparto latinoamericanas, a efecto de que postulen algo como lo siguiente:

Principio básico de reparto

Las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a las entidades federativas o los municipios, se entenderán reservadas a la Federación, en los ámbitos de sus respectivas competencias.

Ahora bien, si pudiera pensarse que tal propuesta resulta extremadamente centralista, lo cierto es que la misma, no sólo atiende más a la génesis histórica y a la realidad política de nuestros federalismos, sino que, con ella, se evitaría la *vorágine* de reformas constitucionales que han desarticulado dichos sistemas.

Además, permitiría que las entidades federativas y sus municipios concentren sus esfuerzos jurídicos, políticos y económicos en desarrollar adecuadamente el ámbito competencial exclusivo que se les asigne, al tiempo de que deberán colaborar en aquellas materias concurrentes en las que las constituciones latinoamericanas mandatan una coordinación y colaboración de todos los órdenes de gobierno.

85. Maldonado Siman, Beatriz. Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México. nueva serie, año XXV. núm. 75. septiembre-diciembre de 1992. p. 813, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2995/3251>

86. Maldonado Siman, Beatriz. Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México. nueva serie, año XXV. núm. 75. septiembre-diciembre de 1992. p. 813, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2995/3251>

Otro de los efectos prácticos que se derivarían de la modificación al principio básico de reparto consistiría en contar “...con un sistema competencial que de manera coherente establezca la función que cada integrante tiene de acuerdo con sus posibilidades de actuación y de coordinación, así como de cierta independencia garantizada presupuestalmente. Esto —en palabras de Hugo Concha— generaría certidumbre, unidad de todo el sistema y evitaría en un grado muy importante la discrecionalidad de algunos niveles u órganos de gobierno.”⁸⁷

Bibliografía

- Afonso Da Silva, Virgilio. Presidencialismo y federalismo en Brasil: Los desencuentros entre política y derecho. En: Orozco Henríquez, José de Jesús, *et.al.*, (Coords.). *Cómo hacer que funcione el sistema presidencial*. México, Unam-Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2009.
- Aja, Eliseo. El estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales. Reseña de Bernal Arellano, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 7, 2000.
- Andrade, Edson Francisco y Macedo Gomes, Alfredo, Estado federativo brasileño: implicaciones en la gestión de la educación. *Revista Retratos de la Escuela*. Brasilia. vol. 6, núm. 10, enero-junio 2012.
- Bazán, Víctor, El sistema federal argentino: Actualidad y perspectivas. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá, año Xix, 2013.
- Benegas Lynch, Alberto. *Los papeles antifederalistas*. La Nación. 07 de mayo de 1989.
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo. *Introducción al derecho constitucional comparado*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Carbonell, Miguel, La reforma constitucional al artículo 73 en materia de turismo, *Cuestiones Constitucionales*. México, núm. 11, julio-diciembre 2004.
- Chaires Zaragoza, Jorge. El fracaso del federalismo en Latinoamérica. Un estudio comparado con la cultura federal de los Estados Unidos de Norteamérica. *Revista Via Iuris*. Colombia. núm. 23. julio-diciembre. 2017.
- Concha Cantú, Hugo Alejandro. Hacia una aproximación empírica y constitucional del federalismo mexicano. En: Rabell García, Enrique y Serna De La Garza, José María (Coords.). *Constitucionalismo y gobierno: el federalismo mexicano después de la transición*. México, Tirant Lo Blanch, 2020.
- Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. 7ª ed., México, Porrúa, 2010.

87. Concha Cantú, Hugo Alejandro. Hacia una aproximación empírica y constitucional del federalismo mexicano. En: RABELL GARCÍA, Enrique y SERNA DE LA GARZA, José María (Coords.). *Constitucionalismo y gobierno: el federalismo mexicano después de la transición*. México, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 88

- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. ed. 40ª, México, Porrúa, 2000.
- García Ramírez, Sergio (Coord.). *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*. México: Unam-Fce, 1997, sección de Obras de Política y Derecho.
- García Roca, Javier. Homogeneidad y asimetría en el modelo autónomo español. *Asimetría y cohesión en el estado autonómico*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. 1997.
- González Oropeza, Manuel. *El federalismo*. México. Unam-Iij. 1995.
- Häberle, Peter. *El federalismo y regionalismo como forma estructural del Estado constitucional*, trad. de Joaquín Brage Camazano. México. Unam-Iij. 2006.
- Haeberlin, Martín; Pasqualini, Alexandre. Pointing out the false autonomy of Brazilian municipalities: The “quality of the Federation” drawn by the Rule of Law and its impact on promoting the common good. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 9, n. 3.
- Hamilton, Alexander, *et al.* *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, 7ª reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Koller, Heinchi y Giovanni, Biagnni. La nueva constitución federal suiza. Una visión general de las novedades y los aspectos más destacados. *Teoría y Realidad Constitucional*. Uned. núm. 10-11, 2002-1.
- Lassalle, Fernando. *¿Qué es la Constitución?* Madrid, Cenit S.A., 1931.
- Layne Potisek, Javier. Facultades concurrentes y federalismo. En: Esquivel, Gerardo. *et. al.* (Coords.). *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México, Unam-Iij, 2017, t. II.
- Maldonado Siman, Beatriz. Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la Teoría General del Federalismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México. nueva serie, año Xxv. núm. 75. septiembre-diciembre de 1992.
- Pavanila, di Giorgia. Tendencias centrífugas y centrípetas de la descentralización en América Latina, *Rivista Di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*. Italia, núm. 5, Università di Bologna, 2019.
- Pereira Menaut, Antonio-Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional y otros escritos*. España, Andavira, 2016.
- Rosenn, Keith S. *El federalismo en las Américas, una comparación perspectiva*. V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, Unam-Iij, 1998.
- Sánchez De La Barquera y Arroyo, Herminio. *La federalización de la política cultural en México: ¿Alemania como modelo?* México. Unam-Iij, 2011.
- Sánchez-Cuenca, Ignacio, *Artículos federalistas y antifederalistas: el debate sobre la Constitución americana*. Alianza Editorial. 2002.

- Santiago Ylarri, Juan. El federalismo argentino y el sistema autonómico español: similitudes y diferencias, con especial referencia a los estatutos de autonomía. *Revista de Derecho*, Uned. núm. 17, 2015.
- Seijas Villadangos, María Esther. El federalismo brasileño. *Revista de Derecho Político*, Uned, núm. 104, enero-abril 2019.
- Serna De La Garza, José María. Elementos conceptuales para el análisis del estado federal mexicano. En: Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (Coords.). *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Unam-Iij, 2006, serie Doctrina Jurídica, núm. 357, t. II.
- Soberanes Diez, José María y Vázquez Gómez B., Francisco, *Crisis constitucionales. Análisis del sistema constitucional mexicano a la luz de la ingeniería constitucional*, México, Porrúa, 2021, p. 31 y 32.
- Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. 30ª ed., México. Porrúa. 1996. p. 111.
- Vázquez Gómez, B. Francisco. *El control de convencionalidad. Hacia una teoría de la argumentación convencional*, México. Tirant Lo Blanch, 2018.
- Vázquez Gómez, B. Francisco. *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al Poder constituyente constituido*. México. Porrúa. 2012.
- Vergottini, Giuseppe de. *Derecho Constitucional Comparado*. trad. de Claudia Herrera, México, Iij-Unam, 2004
- Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- Zanotta, Luís Antonio. Reck, Janriê Rodrigues. A Pec nº 188/2019, as políticas públicas e o impacto no Rio Grande do Sul. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 3.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 03/05/2025 || Aceptado: 07/10/2025

A vueltas con las medidas provisionales en la Corte Internacional de Justicia: la cuestión de la jurisdicción *prima facie* y la plausibilidad. Especial referencia a la *Reverse Compliance* en el asunto *Ukraine v. Russian Federation* y al asunto *Nicaragua v. Germany*

Revisiting provisional measures at the International Court of Justice: the question of *prima facie* jurisdiction and plausibility. Special reference to the Reverse Compliance in the *Ukraine v. Russian Federation* and *Nicaragua v. Germany* cases

María del Ángel Iglesias Vázquez  0000-0002-3069-0183

Universidad Internacional de La Rioja, UNIR, España.

ma.iglesias@unir.net

Resumen

Este trabajo aborda las medidas provisionales en la Corte Internacional de Justicia, centrándose en los criterios de jurisdicción *prima facie* y la plausibilidad de los derechos invocados. Más allá de los fundamentos generales, se examinan casos recientes que cuestionan la consistencia en el manejo de la plausibilidad. Las ideas finales subrayan la importancia de estos estándares en la evolución del derecho internacional, evidenciando la necesidad de uniformidad por parte de la Corte, especialmente en contextos de alta complejidad jurídica y política.

Palabras clave: Test de plausibilidad, *prima facie*, medidas provisionales, *reverse compliance*, Corte Internacional de Justicia.

Abstract

This paper addresses provisional measures at the International Court of Justice, focusing on the criteria of *prima facie* jurisdiction and the plausibility of the rights invoked. Beyond the general foundations, recent cases are examined that question the consistency in the handling of plausibility. The final remarks underscore the importance of these standards in the development of international law, highlighting the need for uniformity on the part of the Court, especially in contexts of high legal and political complexity.

Keywords: Plausibility test, *prima facie*, provisional measures, reverse compliance, International Court of Justice.

Sumario

1. Introducción
2. Las medidas provisionales ante la CIJ: cuestiones generales
3. La jurisdicción (*prima facie*) *ratione materiae* de la corte
 - 3.1. La competencia *prima facie* en la *reverse compliance* de Ucrania
4. La plausibilidad y su prueba: el test de la plausibilidad
5. Ideas finales

I. Introducción

El objeto de este artículo es el de (re)examinar el tratamiento de las circunstancias y requisitos exigidos en el Derecho Internacional para que la Corte Internacional de Justicia (CIJ o Corte, en adelante) ordene medidas provisionales, haciendo especial atención a dos de los últimos asuntos planteados ante la Corte.

Conforme ha aumentado el número de Estados que han recurrido a este mecanismo, la Corte ha ido desarrollando los criterios exigidos para dictar este tipo de medidas mediante decisiones en las que se aprecia un estándar de exigencia diferente. Su verificación es *prima facie* y, por lo que se refiere a los derechos afectados que están en peligro y necesitan una protección urgente, la ponderación (el llamado “test de la plausibilidad”) no parece realizarse, por la Corte, de manera uniforme y, por tanto, clara. Al menos, esta es nuestra opinión.

La dificultad de determinar lo que sea plausible o posible ha sido puesta de manifiesto por la Corte y la doctrina. Dugard, en el asunto *Certain Activities*, afirmó que este test es un *feature of the Court*. Algunos autores afirman que la CIJ ha creado (*invented*) una prueba, el test de la plausibilidad de los derechos afectados, que hace más compleja la verificación de que se cumplen los criterios establecidos por el Estatuto de la Corte y sus Reglas de Procedimiento. Otros, argumentan que la plausibilidad, no sólo alcanza a los derechos afectados, sino a los hechos o entienden que la Corte ha sido demasiado flexible o muy rígida en cuanto al estándar de exigencia aplicado en diferentes asuntos. A ello, añadimos que nos resulta complejo separar ese estudio plausible de los derechos afectados sin un estudio de la jurisdicción material *prima facie* de la Corte. La jurisdicción es precondition necesaria y, por ello, esta es analizada (*prima facie*) en primer lugar, por la CIJ. Al respecto, nos encontramos, también, con un tratamiento desigual en cuanto a la intensidad de su verificación.

En el momento actual, el recurso de los Estados a este tipo de medidas se ha intensificado. Por ello, parece esencial que la Corte clarifique la prueba de plausibilidad aplicada a los derechos invocados como afectados, necesitados de urgente protección y determine con mayor precisión la cuestión previa de su jurisdicción (material) (Shaw 2016, 602).

Utilizando un método fundamentalmente analítico, se observará que, en la evolución interpretativa de los preceptos del Estatuto de la Corte y Reglas de Procedimiento relativos a este mecanismo procesal, la Corte ha ido precisando el alcance de aquellos de una forma clara por lo que se refiere a la teoría, pero no tanto en cuanto a la práctica. Esta diferencia es notoria y se hace más patente cuando analizamos las medidas provisionales solicitadas dictadas en dos de los conflictos actuales, el de *Ukraine v. Russian Federation* y el asunto de *Nicaragua v. Germany*, y que tratamos

por razones concretas: el primero, por la dificultad añadida dado el recurso de Ucrania a una *reverse compliance*, como estrategia procesal, lo que se ha planteado por primera vez ante la Corte. La segunda, por la escasez de argumentos ofrecidos, por más que estemos en una etapa donde el estudio de los requisitos y circunstancias se realice sin entrar en el fondo del asunto. Aquí, la referencia a otro asunto conexo en cuanto al escenario, como el caso de *South Africa v. Israel*, es inevitable, además de útil, para la comparativa que nos proponemos, la de poner de manifiesto el diferente grado argumentativo dado por la CIJ.

En este trabajo, nos basaremos en buena parte, en las opiniones separadas o disidentes de los magistrados de la Corte, en cuanto que realizan un estudio profundo y crítico tanto de la competencia *prima facie*, como de la plausibilidad de los derechos afectados. Creemos que nos proporcionan una más amplia visión de las cuestiones analizadas. Finalmente, se insertan unas ideas finales con el objetivo de resaltar las más relevantes ideas vertidas a lo largo de este trabajo.

2. Las medidas provisionales ante la CIJ: cuestiones generales

Las medidas provisionales son un mecanismo procesal incidental¹ que tiende a salvaguardar los derechos en litigio, *pendente lite*, cuando existe una urgencia, un riesgo real e inminente de que se cause un perjuicio irreparable a aquellos derechos.

Antes de la existencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), podemos encontrar gérmenes de las medidas provisionales, en los trabajos del Instituto de Derecho Internacional (IDI) y los esfuerzos codificadores tendentes a crear un procedimiento de arbitraje internacional, así como en la Corte Centro Americana de Justicia (CCAJ).

La posibilidad de adoptar medidas provisionales por la CPJI quedó plasmada en el Estatuto y en las Reglas de procedimiento de la Corte. Ambos textos fueron objeto de modificaciones. En los debates sobre su reforma, se trató la cuestión relativa a su obligatoriedad.² La opinión era la de que las partes tenían la obligación moral de cumplirlas. La primera vez que la CPJI tuvo oportunidad de pronunciarse sobre

1. El magistrado Greenwood señaló en el asunto *Timor-Leste v. Australia*: “si bien la Corte insiste en que se ordenarán medidas para proteger los derechos reclamados solo si esos derechos son plausibles, no debe ir más allá de esa evaluación preliminar y hacer o decir nada que prejuzgue cuestiones que solo pueden decidirse sobre el fondo después de que la Corte haya determinado que tiene jurisdicción y después de que haya tenido el beneficio de una argumentación completa sobre la ley y haya escuchado las pruebas que las partes desean poner delante de él.”. Cfr. C.I.J. Asunto *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, *Provisional Measures, Order of 3 March 2014*, *I.C.J. Reports 2014*, p. 147. Cfr. para. 6 de la opinión disidente del magistrado Greenwood. (Traducción propia).

2. C.P.J.I. vid., https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_02_2e_addendum.pdf, pp. 183 y ss.

medidas provisionales fue en el asunto que enfrentó a China y Bélgica.³ La Corte resaltó el objetivo que persiguen: la preservación de los derechos que puedan reconocerse posteriormente a Bélgica o a sus nacionales, procediéndose a la valoración de la concurrencia de las circunstancias bajo las cuales cabía indicarla. Posteriormente, lo hizo en los asuntos *Factory at Chorzów*,⁴ *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*,⁵ *Polish Agrarian Reform and German Minority*⁶ y en *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*.⁷ No era, por tanto, un mecanismo nuevo para la CIJ, sucesora de la CPJI, cuando las ordenó, por vez primera, en el asunto *Anglo-Iranian Oil Company*.⁸ Cuando la Corte dictó esta orden en 1951, ya partía del corpus jurisprudencial de su predecesora.

Tanto el Estatuto de la CIJ como sus Reglas de procedimiento⁹ prevén la posibilidad de ordenar medidas provisionales. Los artículos base para ello son el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73 a 75 de las Reglas. El artículo 41 hace alusión a la facultad de la Corte para ordenar estas medidas, “*si considera que las circunstancias así lo exigen*” (...) “*para resguardar los derechos de cada una de las partes*.” Por lo que se refiere a los artículos del Reglamento o Reglas, el art. 73 indica que el escrito de solicitud “indicará los motivos en que se funda, las posibles consecuencias en caso de que se rechace y las medidas que se solicitan”; el art. 74 indica la prioridad respecto de otros asuntos de los que está conociendo la Corte. Por último, el art. 75 faculta a la Corte para indicar medidas total o parcialmente distintas de las solicitadas o medidas que deban ser tomadas o cumplidas por la misma parte que haya formulado la demanda.¹⁰

Parece evidente que el recurso por parte de los Estados al mecanismo de las medidas provisionales ha aumentado considerablemente, sea por la prioridad señalada

3. C.P.J.I. Asunto *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium*. Order of 8 January 1927 (*Measures of Protection*). PCIJ Ser A08.

4. C.P.J.I. Asunto *Factory at Chorzów (Indemnities)*. Order made on 21 November 1927 (*Measure of Interim Protection*). PCIJ Ser A12.

5. C.P.J.I. Asunto *Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland*. Order of 3 August 1932 (*Request for the Indication of Interim Measures of Protection*) PCIJ Ser A/B48.

6. C.P.J.I. Asunto *Polish Agrarian Reform and German Minority*. Order of 29 July 1933 (*Application for the Indication of Interim Measures of Protection*) PCIJ Ser A/B58.

7. C.P.J.I. Asunto *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*. Order of 5 December 1939 (*Request for the Indication of Interim Measures of Protection*) PCIJ Ser A/B79.

8. C.I.J. Asunto *Anglo-Iranian Oil Co. Case*, Order of July 5th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p. 89.

9. Cfr. art. 41 del Estatuto de la C.I.J. y los artículos 73-75 de las Reglas de Procedimiento, mencionados, entre otros en los asuntos *United Kingdom v. Iran*, p. 93; *Ukraine v. Russian Federation*, p. 5; *Belgium v. Senegal*, p. 4; *Armenia vs. Azerbaijan*, p. 5; *Gambia v. Myanmar*, p. 5; *South Africa v. Israel*, p.1; *Timor-Leste v. Australia*, p.4; *Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*, p. 19 o *Germany v. United States of America*, p.4.

10. El párrafo 2 del artículo 75 del Reglamento de la Corte se refiere específicamente a esta facultad de la Corte. La Corte ha ejercido esta facultad en el asunto *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. *Provisional measures*. Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018 (II), p. 651, para. 96”, en *Gambia v. Myanmar*, para 77, p. 29, en *Ucrania v Russia* o en *Armenia vs. Azerbaijan*, para 91, p. 34 o 391.

en el art. 74 del Reglamento de la CIJ o por otros motivos, incluidos los políticos, mediáticos o por el loable y deseable aumento de confianza en la justicia internacional.¹¹ Por ello, la Corte debe asegurarse de que estos procedimientos no sean objeto de abuso o mal uso,¹² cerciorándose de que se cumplan los criterios que ha desarrollado en su jurisprudencia en relación con este mecanismo, pero siendo más precisa con el estándar exigido, evitando estos altibajos que se pueden comprobar en su jurisprudencia.

Tomando los preceptos mencionados del Estatuto y del Reglamento de la Corte, junto a los demás requisitos necesarios para que la CIJ pueda ejercer la labor a la que está llamada (que la Corte tenga jurisdicción y el asunto sea admisible), podemos señalar que el punto de partida para que la Corte ordene medidas provisionales es la urgencia de adoptar, *pendente lite*, una decisión ante el riesgo de que la disputa se agrave, al estar en peligro los derechos necesitados de protección, que pertenecen a una de las partes.

Basándose en el asunto *Belgium v. Senegal* y en las cuarenta y una órdenes dadas por la Corte antes, Greenwood señaló que existen ciertos requisitos, cumulativos, que se deben satisfacer para dictarlas: (i) debe parecer, *prima facie*, que las disposiciones invocadas por el demandante constituyen una base sobre la que podría fundarse la competencia del Tribunal de Justicia; (ii) las medidas provisionales deben tener por objeto la protección de derechos que posteriormente puedan ser reconocidos a una de las partes, y (iii) las medidas ordenadas deben ser necesarias para proteger tales derechos.

El primero de ellos se refiere a la jurisdicción de la Corte *prima facie*. El segundo conduce a una ponderación de la plausibilidad del asunto, a la posibilidad razonable de que el derecho que reclama de urgente protección exista jurídicamente. Si están diseñadas para preservar los derechos que pueden ser dictados, después, en la decisión sobre el fondo, debe existir al menos alguna posibilidad de éxito y, por tanto, habrá de procederse, también, a un estudio de los hechos que plausiblemente afectan a los derechos invocados. Como señaló Greenwood, recordando al juez Abraham, lo que se requiere es algo más que una afirmación, pero menos que una prueba; en otras palabras, la parte debe demostrar que existe al menos una posibilidad razonable de que el derecho que reclama exista como cuestión de derecho y

11. C.I.J. Asunto *LaGrand* (*Germany v. United States of America*), *Provisional Measures, Order of 3 March 1999*, I. C.J. Reports 1999, p. 9.

12. El abuso de proceso constituyó la sexta objeción preliminar planteada por Rusia en el asunto planteado por Ucrania sobre la Convención del Genocidio. Cfr. sentencia de fecha 2 de febrero de 2024 (Excepciones preliminares), para 37.

se considere aplicable a su caso.¹³ Finalmente, se exige que haya una conexión entre las medidas solicitadas y el fondo.

Los efectos jurídicos de la indicación de medidas provisionales por parte de la CIJ generaron incertidumbres hasta el asunto *LaGrand*¹⁴ en el que la CIJ afirmó el carácter obligatorio de su cumplimiento. La Corte concretó el sentido de “decisiones” de la Corte, concluyendo que el objeto y fin del artículo 41 de su Estatuto es el de preservar su propia capacidad para cumplir su función de solución pacífica de controversias internacionales, lo que implica que las medidas provisionales deben ser vinculantes y crean obligaciones jurídicas internacionales para las partes.¹⁵

Este carácter no era, ni es, algo nuevo. Examinando los trabajos preparatorios del artículo 41 de su Estatuto y, teniendo presente el párrafo 4 del artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,¹⁶ la Corte concluyó su obligatoriedad. Así, de forma distinta al parecer del comité de la CPJI, al que antes hicimos referencia (obligación moral de su cumplimiento), la CIJ expresamente indicó que una medida provisional es una decisión y, como el resto de las pronunciadas por la Corte, son de obligado cumplimiento *ex art.* 94.

Los requisitos están íntimamente ligados y son cumulativos.¹⁷ Sin jurisdicción no hay medidas, lo que se analiza *prima facie*. Sin la existencia de derechos afectados necesitados de protección, sin una conexión entre lo solicitado y estos derechos, tampoco. Por lo que se refiere a la urgencia, se ha de tener en cuenta que esta es clave para obtener de la Corte unas medidas provisionales. La CIJ rara vez ha mencionado la urgencia por su nombre, prefiriendo señalar las circunstancias que la han llevado a ejercer, o no, su poder (Rosenne 2004, 139; Milosz 2023, 791). (“si las circunstancias así lo requieren”). Si la jurisdicción es resuelta *prima facie*, los derechos en riesgo de ser afectados lo son plausiblemente. Así, el problema que planteamos ahora deriva de que la ponderación de los requisitos y circunstancias a que nos referimos se han de dar *prima facie* y plausiblemente, cuestiones que, reiteramos, no siguen una línea uniforme en la jurisprudencia de la Corte.

13. C.I.J. Asunto *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Provisional Measures, Order of 8 March 2011*, I.C.J. Reports 2011, p. 6. Greenwood, Declaración, p. 47 y *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (*Provisional Measures, Order of 13 July 2006*, I.C.J. Reports 2006, p. 141), Abraham, opinión separada, paras. 4 y ss.

14. C.I.J. Asunto *Germany v. United States of America (LaGrand case)*, p.11, para 28; Cfr., *Costa Rica vs. Nicaragua*, pp. 24-25, para. 84; *Democratic Republic of Congo v. Uganda*, p. 258, para. 263; *Bosnia and Herzegovina s. Yugoslavia*, p. 23, para. 44; *Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia* (Separate Opinion of Judge *ad hoc* Lauterpacht), p. 410; En este sentido vid., Kempen, B. y Zan, p. 921-929; Cançado Trindade, A. p. 163.

15. C.I.J. Asunto *Germany v. United States of America (LaGrand case)*, paras. 102-109.

16. C.I.J. *Ibidem*, para 101.

17. En el asunto *Nicaragua vs. Alemania*, Iwasawa, literalmente, señala que “Since one of the requirements is not satisfied, there is no need for the Court to examine the others, including the requirement of *prima facie* jurisdiction”. Cfr. p.1 de su opinión. Jiménez de Aréchaga ya se había pronunciado en este sentido en su opinión en el *Aegean case. (Interim Protection)*, *Order of 11 September 1976*, I.C.J. Reports 1976, pp. 11, 13, paras. 33, 44.

En el siguiente apartado nos referiremos, primero, a la cuestión de la jurisdicción *prima facie ratione materiae* al que seguirá un apartado especialmente dedicado al asunto *Ukraine v. Russia Federation*.

3. La jurisdicción (*prima facie*) *ratione materiae* de la corte

El hecho de que la Corte tenga objetivamente el poder de indicar medidas provisionales¹⁸ no significa que tenga competencia para dictarlas en cualquier situación. La CIJ debe tener jurisdicción para decidir sobre el fondo del asunto. Pero como en esta fase se requiere *prima facie* nos encontramos con la cuestión del hasta dónde llega esa apariencia, esa probabilidad. La jurisprudencia de la Corte nos muestra casos en que su análisis -al igual que con la plausibilidad de los derechos afectados- no sigue unos estándares iguales, lo que podemos observar fácilmente en la *reverse compliance* del asunto *Ukraine v. Russia Federation*, que comentamos más adelante o, anteriormente, en las órdenes a las que haremos referencia seguidamente.

Conviene, antes, añadir que entendemos que esta cuestión está más ligada de lo que pueda parecer a la de la plausibilidad de los derechos afectados y su protección. La indagación de la Corte sobre la plausibilidad podría solaparse con la indagación sobre la competencia *prima facie ratione materiae*, aunque estos dos requisitos impliquen umbrales diferentes. Creemos que, aunque para la jurisdicción apliquemos una apariencia *prima facie* y una plausibilidad para la afectación de los derechos invocados, no puede negarse que la competencia material de la Corte requiere el examen de estos, desde que se debe aislar la cuestión para poder determinarla correctamente. Al respecto ha habido y hay un interesante debate: la Corte puede determinar que posee jurisdicción, en esta fase, *prima facie* y, después, en el estudio del fondo del asunto, establecer que no tiene competencia, lo que, quizás, encontremos en alguno de los recientes asuntos pendientes ante la CIJ, como el de *Nicaragua v. Germany*.

Sabemos que la CIJ está abierta a todos los Estados parte de la Carta de las NNUU, *ex art.* 35.1 del Estatuto de la CIJ, pero estos deben aceptarla mediante uno de los medios que este texto establece, unilateralmente, a través de tratados, a través de un acuerdo especial o por el *forum prorrogatum* y, a pesar de que se ha repetido que basta con que la base invocada por el solicitante parezca conferir competencia a la

18. C.I.J. Artículo 41 del Estatuto de la Corte y arts. 73 a 75 de las Reglas de Procedimiento.

CIJ, merece la pena traer el parecer de Winiarski y Badawi, en el primer asunto de la Corte sobre medidas provisionales, el *Anglo Iranian Oil Co.*¹⁹

Los magistrados mencionados entraron al estudio de esta cuestión en su opinión disidente, recordando que el poder que confiere el artículo 41 del Estatuto de la Corte no es incondicional, que ha de haber consentimiento de las partes respecto a la competencia otorgada a la CIJ; por lo tanto, la Corte no debía indicar medidas de protección a menos que su competencia le pareciese *reasonable* probable, provisionalmente y sin que prejuzgara su decisión final. Pero, ello, después de un examen detallado al que debe proceder la Corte al pronunciarse sobre la cuestión de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas. Añadieron que, si existen argumentos de peso a favor de la competencia impugnada, la Corte puede indicar medidas provisionales de protección. En caso de que existan en contra, no se podrán indicar dichas medidas. En este primer asunto, la CIJ hizo referencia al necesario *element of judgment*.²⁰

En el asunto de la *Interhandel*, Lauterpacht afirmó que “los Estados (...) tienen derecho a esperar que la Corte no actúe de conformidad con el artículo 41 en los casos en que la falta de jurisdicción sobre el fondo sea manifiesta” (...) “Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no puede, en relación con una solicitud de indicación de medidas provisionales, ignorar por completo la cuestión de su competencia en cuanto al fondo.”²¹ Posteriormente, Padilla Nervo, en los dos asuntos *Fisheries*²² insistió en que la cuestión de la jurisdicción de la Corte no había sido examinada en su totalidad e invocando el parecer de los jueces arriba mencionados que disintieron en el asunto *Anglo Iranian* añadió que “la cuestión de las medidas provisionales de protección está vinculada, para el Tribunal, a la cuestión de la competencia; el Tribunal sólo está facultado para indicar tales medidas si considera, aunque sólo sea provisionalmente, que es competente para conocer del fondo del asunto”, subrayando sus dudas respecto a esta.²³ En sus opiniones disidentes, en los dos asuntos *Nuclear Tests* de 1973, incoados por Nueva Zelanda y por Australia contra Francia, el magistrado Forster alegó que la CIJ debería haber renunciado a los caminos ya transitados tradicionalmente en los procedimientos sobre medidas provisionales, que debería haberse cerciorado de que realmente era competente, y no haberse

19. C.I.J. Asunto *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*. Order of 5 July 1951. Request for the indication of interim measures of protection.

20. *Dissenting Opinion of Judges Winiarski and Badawi Pasha*, p. 12.

21. C.I.J. Asunto *Interhandel (Switzerland v. United States of America)*. Orden de 24 de octubre de 1957, Lauterpacht, opinión separada, p. 17.

22. Nos referimos a los asuntos *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* y *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Órdenes de 17 de agosto de 1972).

23. C.I.J. *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*. *Dissenting Opinion of Judge Padilla Nervo*, p. 22. (Traducción propia).

contentado con una mera probabilidad.²⁴ En el caso presentado por Australia, Jiménez de Aréchaga afirmó que no creía que el Tribunal debiera indicar medidas provisionales sin prestar la debida atención a la cuestión básica de su competencia para conocer del fondo de la demanda. “No se debe acceder a una solicitud si está claro, incluso en una apreciación *prima facie*, que no hay base posible sobre la que el Tribunal pueda ser competente en cuanto al fondo”²⁵

Este mismo magistrado, en el asunto *Aegean Sea*²⁶ se pronunció en similares términos, pero añadiendo que para que puedan concederse medidas cautelares deben concurrir todas las circunstancias relevantes, incluida la posibilidad de competencia sobre el fondo. Sin embargo, para denegar las medidas provisionales basta con que falte una sola de las circunstancias relevantes. Desde este punto de vista, todas las circunstancias del caso -incluida la relativa a la posibilidad de competencia sobre el fondo- se sitúan en el mismo plano: ninguna tiene una prioridad lógica con respecto a otra.

En el asunto *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Schwebel, partiendo de la cuestión del significado de “may” (plausibilidad) afirmó que:

Whether “might” means “possibly might” or “might well” or “might probably” is a question of some controversy y “while in deciding whether it has jurisdiction on the merits, the Court gives the defendant the benefit of the doubt, in deciding whether it has jurisdiction to indicate provisional measures, the Court gives the applicant the benefit of the doubt. In the present case, the Court, in my view, has given the applicant the benefit of a great many doubts” States which have, by one route or another, submitted to the Court’s compulsory jurisdiction in advance of a particular dispute, run the risk of being the object of an order indicating provisional measures even though (as in the *Anglo-Iranian Oil Co.* case) the Court may eventually conclude that jurisdiction on the merits is lacking. One step which the Court itself can take is to ensure that the parties, at the stage of argument on provisional measures, are afforded the time required to prepare to argue issues of jurisdiction in depth. A second step is to ensure that the Court itself is afforded the requisite time to deliberate issues of jurisdiction in depth and to formulate its order in accordance with its internal judicial practice.²⁷

24. C.I.J. Asunto, *Nuclear Tests (Australia v. France)* y Asunto *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*. Órdenes de 22 de junio de 1973. Forsters, opinión disidente, (*New Zealand v. France*) p. 17.

25. C.I.J. Asunto *Nuclear Tests (Australia v. France)* Orden de 22 de junio de 1973, p. 107. Literalmente, dice: “*I do not believe the Court should indicate interim measures without paying due regard to the basic question of its jurisdiction to entertain the merits of the Application. A request should not be granted if it is clear, even on a prima facie appreciation, that there is no possible basis on which the Court could be competent as to the merits*”. (Traducción propia).

26. C.I.J. Asunto *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*. Orden de 11 de septiembre de 1976, Jiménez de Aréchaga. Opinión separada, p. 17. (Traducción propia en texto).

27. Si «podría» significa «posiblemente podría» o «bien podría» o «probablemente podría» es una cuestión controvertida y «mientras que al decidir si tiene competencia sobre el fondo, el Tribunal concede al demandado el beneficio de la duda, al decidir si tiene competencia para indicar medidas provisionales, el Tribunal concede al demandante el beneficio de la duda. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia, en mi opinión, ha concedido a la demandante el beneficio de la duda» Los Estados que, por una u otra vía, se han sometido a la jurisdicción

En los asuntos mencionados, podemos comprobar cómo la jurisdicción *prima facie* de la Corte es objeto de atención especial por los magistrados que formulan opiniones disidentes o separadas, resaltando un nivel más alto de exigencia que el aplicado por la Corte, poniendo énfasis en que la competencia de esta, incluso *prima facie*, requiere un estudio más desarrollado de lo que un “a primera vista” nos pudiera resultar. Ello, desde el asunto *Anglo Iranian Oil Co.*

Somos de la opinión de que la Corte debe ser más profunda en el estudio de su jurisdicción *prima facie*, en los argumentos que desarrolla, aunque sea esta una cuestión en la que podemos tener corto recorrido, ya que se podrá argumentar, de contrario, que no prejuzga la competencia respecto al fondo del asunto, pero en los actuales asuntos presentados en la Corte, nos parece crucial y entendemos que su tratamiento se complica cuando nos encontramos con un caso de *reverse compliance* que tratamos a continuación.

3.1. La competencia *prima facie* en la *reverse compliance* de Ucrania

El acto de agresión rusa perpetrado el día 24 de febrero de 2022 condujo a que, dos días después, Ucrania llamara la atención de la Corte alegando como base para la jurisdicción la Convención sobre el genocidio de 1948, en el asunto *Allegations of genocide under the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*, junto a la que sometió una petición de medidas provisionales.

Esta demanda, presentada el día 26 de marzo de 2022, constituye una *reverse compliance*. Esta se produce cuando el Estado contra el que se ha formulado una alegación fuera del proceso, solicita una declaración de que esta es infundada. La Federación Rusa alegó ciertas excepciones preliminares, de manera que, junto a la decisión sobre medidas provisionales, de 16 marzo de 2022,²⁸ la CIJ se pronunció sobre las excepciones preliminares el 2 de febrero de 2024.²⁹

Conviene recordar que ni Ucrania ni Rusia han conferido a la Corte competencia mediante el mecanismo del artículo 36. 1 (menos, del apartado 3 del mismo precepto) del Estatuto, por lo que el recurso a algún tratado en el que ambas coincidieran

obligatoria del Tribunal de Justicia con anterioridad a un litigio concreto, corren el riesgo de ser objeto de un auto por el que se indiquen medidas provisionales, aunque (como en el asunto *Anglo-Iranian Oil Co.*) el Tribunal concluya finalmente que carece de competencia sobre el fondo. Una medida que puede adoptar el propio Tribunal es garantizar que las partes, en la fase de alegaciones sobre las medidas provisionales, dispongan del tiempo necesario para prepararse a argumentar en profundidad las cuestiones de competencia. Una segunda medida consiste en garantizar que el propio Tribunal disponga del tiempo necesario para deliberar en profundidad sobre las cuestiones de competencia y formular su resolución de conformidad con su práctica judicial interna. p. 207. (Traducción propia).

28. C.I.J. Asunto *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022, p. 211.

29. C.I.J. Asunto *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, Preliminary objections, Judgment of 2 February 2024.

en la aceptación de la competencia de la Corte, era la fórmula para solicitar las medidas a la Corte.

Estamos ante un procedimiento análogo a un procedimiento de “cumplimiento inverso” que no se había formulado, antes, ante la CIJ, pero sí en el seno de la OMC.³⁰ A primera vista, aparecía un *non liquet*, ya que no existe norma, ni doctrina, ni antecedentes que impidan a la Corte ser competente para declarar que un demandante no ha cometido una violación de un tratado. Este fue el parecer mayoritario de los Estados que intervinieron. La CIJ aclaró en el para. 99 de la Decisión de 2024, que: “(la Corte) considera que el artículo IX no excluye la posibilidad de que un Estado solicite una declaración de que no es responsable de cometer genocidio en violación de la Convención.”, dejando abierta la posibilidad de nuevas *reverse compliances en el futuro*, pero la forma de presentar la solicitud, en nuestra opinión, hacía más complicado el evaluar la *prima facie* respecto de la jurisdicción y demás requisitos necesarios para indicar medidas.

La cuestión que nos podíamos plantear era (y es) el de si estamos ante un supuesto relacionado con el genocidio o con el uso de la fuerza. La *reverse compliance* daba la vuelta a la cuestión competencial basándola en la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio de 1948. El núcleo de la disputa era la afirmación de Ucrania de que no cometió genocidio y que, por tanto, no había justificación para el uso de la fuerza por parte rusa.

Siguiendo el esquema de los requisitos y las circunstancias de las anteriores decisiones, la Corte afirmó que aquellos concurrían y que, por tanto, procedían las medidas solicitadas por Ucrania. En esa etapa de medidas, la cuestión de la competencia fue tratada sin entrar a fondo en la materia verdaderamente objeto de la demanda. Ciertamente, la cuestión del genocidio había sido mencionada por Rusia en varias ocasiones y, quizás, ahí quedó atrapada, en sus propias palabras, por más que invocara posteriormente el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

Creemos que estamos ante un asunto relacionado con el uso de la fuerza, que hubo una clara agresión, una manifiesta violación del artículo 2.4 de la Carta, un atentado contra la integridad territorial de un Estado y que se invocó el genocidio como estrategia procesal. La CIJ pudo valorar más profundamente la cuestión competencial, aislando la verdadera cuestión, reiteramos, de si tenía o no, competencia (aún *prima facie*) para condenar y declarar que el uso de la fuerza por parte de la Federación de Rusia, en y contra Ucrania a partir del 24 de febrero de 2022, viola los artículos I y IV de la Convención contra el Genocidio y que el reconocimiento por parte de la

30. Como precedentes de la existencia de este tipo de solicitudes se señalaron los asuntos *France v. United States of America*, *Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom*. “si la Corte considerara que estos casos no proporcionan un precedente directo, la supuesta novedad de un tipo particular de reclamación no es una razón legal para que la Corte se abstenga de ejercer su jurisdicción”. Cfr. para 89 de la sentencia de 2024. (Traducción propia).

Federación de Rusia de la independencia de las denominadas “República Popular de Donetsk” y “República Popular de Luhansk” el 21 de febrero de 2022 viola los artículos I y IV de la Convención contra el Genocidio.

Nuestra opinión es la de que la consideración de la *prima facie* fue un tanto ligera, por más que esta *reverse* u otras razones que escapan de lo estrictamente jurídico, hicieran ciertamente compleja la operación de la determinación de la competencia *prima facie* de la Corte o condujera a un resultado negativo, además de apartarse de la postura mantenida en el asunto *Legality of Use of Force*.³¹ De hecho, el magistrado Bennouna votó en favor de la indicación de medidas por la trágica situación, pero *sin estar convencido* de que la Convención sobre el Genocidio pudiera permitir a Ucrania someter un litigio relativo a acusaciones de genocidio formuladas contra él por otro Estado por otro Estado, como la Federación de Rusia, incluso si dichas alegaciones sirvieran de pretexto para un uso ilegal de la fuerza.³²

Merece, por último, en consecuencia, recordar que, de las Excepciones Preliminares presentadas, no fue estimada la solicitud b) del para. 178 del memorial de Ucrania;³³ esta es una cuestión que se verá resuelta en el fondo del asunto, pero es significativo el para. 150 de la sentencia de 2 de febrero de 2024.

Que existe una distinción fundamental entre la cuestión de la aceptación por los Estados de la jurisdicción de la Corte y la conformidad de sus actos con el derecho internacional. Los Estados siempre están obligados a cumplir las obligaciones que les incumben en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y otras normas de derecho internacional. Independientemente de que hayan consentido o no en la jurisdicción de la Corte, los Estados siguen siendo responsables de los actos que se les atribuyen y que son contrarios al derecho internacional.

31. C.I.J. Asunto *Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. Italy)*, *Preliminary Objections*, 2004 I.C.J., para. 481.

32. Cfr., paras 1 y 2 de su Declaración. La cursiva es nuestra.

33. En su memorial, Ucrania, pidió: "178. Por las razones expuestas en este Memorial, Ucrania solicita respetuosamente a la Corte que: a) Juzgue y declare que la Corte tiene jurisdicción sobre esta controversia. b) Falle y declare que no hay pruebas creíbles de que Ucrania sea responsable de cometer genocidio en violación de la Convención contra el Genocidio en las provincias ucranianas de Donetsk y Luhansk. c) Condene y declare que el uso de la fuerza por parte de la Federación de Rusia en y contra Ucrania a partir del 24 de febrero de 2022 viola los artículos I y IV de la Convención contra el Genocidio. d) Condene y declare que el reconocimiento por parte de la Federación de Rusia de la independencia de las denominadas «República Popular de Donetsk» y «República Popular de Luhansk» el 21 de febrero de 2022 viola los artículos I y IV de la Convención contra el Genocidio, e) Condene y declare que, al no suspender inmediatamente las operaciones militares iniciadas el 24 de febrero de 2022 en el territorio de Ucrania, y al no garantizar que las unidades militares o armadas irregulares que puedan ser dirigidas o apoyadas por ella, así como las organizaciones y personas que puedan estar sujetas a su control o dirección, no adopte ninguna medida para llevar a cabo estas operaciones militares, la Federación de Rusia violó las obligaciones independientes que le impone la Orden de medidas provisionales dictada por la Corte de 16 de marzo de 2022." (la negrita es nuestra). En la sentencia de 2024, "Por doce votos contra cuatro, se estima la segunda objeción preliminar planteada por la Federación de Rusia, que se refiere a las presentaciones c) y d) del párrafo 178 de la Memoria de Ucrania". Cuatro de los quince jueces votaron en contra. Donoghue, Sebutinde, Robinson y Charlesworth. Cfr. para 151.

4. La plausibilidad y su prueba: el test de la plausibilidad

No faltan autores como Salkiewicz-Munnerlyn, Schöndorf o Milanovic,³⁴ que afirman que el test de la plausibilidad es creación de la CIJ en su jurisprudencia, señalando asuntos -diferentes- como pioneros. Los dos primeros entienden que la primera vez que la Corte se ocupó de este test, fue en el asunto *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal)*. Miles considera que la prueba de plausibilidad es un fenómeno posterior a *LaGrand* que se originó en la opinión separada del Juez Abraham en la primera orden de medidas provisionales de *Pulp Mills on the River Uruguay*.³⁵ Este mismo autor sostiene que la igualdad de significado entre "plausibilidad" con "posibilidad" del juez Greenwood fue adoptada formalmente por la Corte en el párrafo 67 del caso *Amity Treaty*, perpetuando lo que siempre ha sido la práctica de la Corte en el desarrollo de su jurisprudencia sobre medidas provisionales. Señala, además, que Lauterpacht fue el primer miembro de la Corte en plantear una versión de la prueba de jurisdicción *prima facie* en *Interhandel (Switzerland v. United States of America)* tomado después en el asunto *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*.

Abraham, haciendo énfasis en que la sentencia *LaGrand* dejó clara la obligatoriedad de las medidas provisionales, afirmó que la Corte, aun no debiendo emitir un juicio definitivo sobre el fondo de la controversia en esta fase, no puede prescindir de un análisis preliminar de los derechos en disputa, ni se estaría excediendo de sus funciones decisorias al proceder a tal estudio, sino que -por el contrario- cumpliría mejor su función. El requisito de *fumus boni juris* para la imposición de medidas provisionales con carácter vinculante (...) se impone por pura lógica.³⁶

Así, si hemos de entender que se trata de un nuevo requisito, una "invención" (o incluso innovación) de la Corte no estaríamos muy de acuerdo. Nuestra opinión se acerca más a la lógica del juez Abraham o a la de Oellers-Frahm y Zimmermann cuando afirman que el test de la plausibilidad no constituye una novedad en el procedimiento de medidas provisionales³⁷.

La presentación cada vez más frecuente de medidas provisionales ha conducido, como señalamos antes, a que la Corte profundice en el alcance del artículo 41 del

34. Salkiewicz-Munnerlyn, E., *Jurisprudence of the PCIJ and of the ICJ on Interim Measures of Protection*, Springer, 2022, pp. 63-67; Schöndorf, R., "Implausible Confusion: The Meaning of "Plausibility" in the ICJ's Provisional Measures", *EJIL Talk*, May 6, 2024; Milanovic, M. "A Thought Experiment on Plausibility and ICJ Provisional Measures". *EJIL Talk*, May 7, 2024. Este dice literalmente dice "after the Court had developed its PM jurisprudence and invented the plausibility criterion".

35. Traducción propia en texto. Miles, C., "Provisional Measures in General." Part. In *Provisional Measures before International Courts and Tribunals*, 131-342. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

36. C.I.J. Asunto *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, p. 141), Abraham, opinión separada, paras 8-10.

37. Zimmermann et al. cit. p., 1160.

Estatuto; es una consecuencia lógica del uso de este mecanismo procesal y del estudio de sus requisitos, donde sí observamos que el criterio, a la hora de concederlas, puede haber sido más o menos estricto. Pero las medidas provisionales conllevan un pronunciamiento *pendente lite*, que implica un estudio de las circunstancias y requisitos *prima facie*, para poder llegar a la conclusión, en esta fase, de si es necesario adoptarlas, de una prueba de posibilidades. Ello, reiteramos, porque la dicción del artículo 41 del Estatuto, cuando se refiere a “*si las circunstancias así lo exigen*”, demanda un necesario estudio de estas.

La plausibilidad o lo que pueda ser *apparently reasonable, valid, truthful* nos plantea varias interrogantes: ¿cómo medir la plausibilidad? ¿qué grado de probabilidad se requiere? ¿se circunscribe al derecho aplicable o a los hechos, también?

La cuestión no parece clara y un análisis de la jurisprudencia y de la doctrina confirman que se trata de una cuestión muy compleja. A modo de ejemplo, señalemos que, para Koroma, el aspecto más problemático de la plausibilidad es su “vagueza”;³⁸ Owada, escribió en su opinión separada en el asunto ICSFT y CERD que, si “plausibilidad” implicara un grado de certeza superior al cincuenta por ciento (...)”.³⁹ Cançado Trindade, en su opinión separada en el asunto Timor, dice: “plausibility (whatever that might concretely mean)” refiriéndose seguidamente a pie de página al sentido etimológico del término derivado del latín *plaudere*.⁴⁰

La Corte no ha clarificado el grado necesario de posibilidad, lo que ha conducido a que nos encontremos con asuntos en que se muestra más o menos flexible a la hora de indicarlas o no. Milanovic afirma que “Diferentes jueces tendrán una comprensión diferente de este criterio, especialmente a medida que la composición cambia con el tiempo”. (...) “Un aspecto crucial es que los jueces a menudo transigen para obtener una mayoría, o la mayoría más amplia posible, lo que da lugar a ambigüedades deliberadas (constructivas) en la redacción de determinadas órdenes del MP. Las órdenes *SAvI* y *NvG* son excelentes ejemplos”⁴¹

Analizando las medidas provisionales ordenadas por la Corte, incluyendo las opiniones separadas o disidentes de los magistrados, en el asunto *Great Belt (Finland*

38. C.I.J. Asunto *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, Provisional Measures, Sep. Op. Koroma, ICJ Reports (2011), pp. 30–1, paras. 6–7. Dice Koroma, además: “The Court simply introduced the plausibility standard into the Order, presenting it as if it were a criterion so well-established that it needed no introduction, explanation or justification. This is inconsistent with the settled jurisprudence of the Court, according to which the applicant has to demonstrate that an existing right is threatened and needs to be protected”, p. 6 de su opinion.

39. C.I.J. Asunto *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism [ICSFT] and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination [CERD] (Ukraine v. Russian Federation)*, Orden de 19 de abril de 2017. Provisional Measures, Sep. Op. Owada, ICJ Reports (2017), pp. 142, 147, para. 19, citado en Andreas Zimmermann, et el. Cit., p. 20.

40. C.I.J. Asunto. *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*. Order of 3 March 2014, Cançado, opinion separada, p. 186.

41. Traducción propia en texto. Milanovic, cit.

v. Denmark), encontramos, por vez primera una mención a la palabra “test” (sic) en la opinión del magistrado Shahabuddeen, que literalmente menciona, referido a la plausibilidad de los derechos afectados. Como señalamos arriba, desde el asunto *Anglo Iranian Oil Co.*, se hace referencia al “elemento de prueba”, por lo que la existencia de un test, desde el primero de los casos, es evidente.

El hecho de que las medidas tiendan a proteger derechos e intereses que corresponden a una de las partes, cuando hay un riesgo y perjuicio irreparable de que aquellos queden afectados, conduce, aplicando el criterio de la posibilidad, a que deba demostrarse que existe, al menos, una posibilidad razonable de que el derecho que reclama el solicitante existe como cuestión de derecho.

Las órdenes de la CIJ y las opiniones de los magistrados que acompañan a estas ponen de manifiesto que la plausibilidad alcanza no sólo al derecho, sino a los hechos que analiza. Si bien el artículo 41 del Estatuto y las Reglas de Corte mencionan “derechos afectados” (plausiblemente) parece claro que, en algunos casos, la Corte realiza un análisis de los hechos que va más allá de la mera evaluación.

El problema es que, en ocasiones, este estudio se realiza de forma un tanto exhaustiva y, en otras, aparece casi desnuda de contenido. Esta es una cuestión importante, ya que puede interpretarse, también, que la CIJ va más allá de la plausibilidad, a la búsqueda de la casi certeza de unos hechos o a que reciba críticas indeseables respecto a que tenga doble vara de medir; es decir, que, ante hechos similares, la conclusión sea diferente (léase, asuntos *Legality of Use of Force*).

En el asunto *Ukraine v. Russian Federation* de 2017,⁴² la Corte entendió que Rusia no había violado, plausiblemente, los artículos 2 y 18 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (CIRFT), no porque los derechos en cuestión no existieran, sino porque (al parecer) la Corte no estaba convencida de que las supuestas acciones rusas los hubieran violado en cuanto al fondo. Esto implicaba que la Corte estaba yendo más lejos de lo que lo había hecho anteriormente en cuestiones de plausibilidad: estaba llevando a cabo una evaluación de las pruebas, creemos.

La afirmación señalada arriba de los jueces Abraham y Greenwood respecto de que el criterio de plausibilidad exige algo más que una afirmación, pero menos que una prueba, fue recordada, más recientemente, por uno de los representantes de Israel, Bekker, en el asunto presentado por Sudáfrica. En este asunto,⁴³ el juez Nolte volvió

42. C.I.J. *Ukraine v. Russian Federation*, *Provisional Measures*, cit, p. 104. Cfr., especialmente paras. 74-75.

43. C.I.J. Asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Nolte, G., Declaración, para. 10. Esto, a la vez que recuerda el asunto *Gambia v. Myanmar* en el que la Corte concluyó la no necesidad de un estándar superior en cuanto a la prueba del elemento espiritual del genocidio, puesto que, de los hechos y circunstancias del caso, se concluía que la afectación de derechos era plausible. <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-04-en.pdf>

a recordar la falta de claridad en cuanto a la plausibilidad. Hizo hincapié en que la jurisprudencia de la Corte sugiere que las solicitudes de medidas provisionales deben ofrecer algún nivel de pruebas que avalen sus alegaciones, incluyendo las relativas al elemento mental esencial del genocidio, invocando el asunto *Jadhav*: “En la presente Resolución, la Corte ha señalado la importancia de la intención genocida específica, sin precisar, sin embargo, su plausibilidad en el presente caso.”⁴⁴

Comparando con el asunto *Myanmar*, resaltó que Sudáfrica no había demostrado, de forma plausible, que la operación militar emprendida por Israel, como tal, se estuviera llevando a cabo con intenciones genocidas. La información proporcionada por Sudáfrica no era -a su juicio- comparable con las pruebas presentadas ante la Corte en el caso *Gambia v. Myanmar* en 2020. Las pruebas aportadas por Sudáfrica en relación con la operación militar israelí diferían fundamentalmente de los informes detallados de la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre Myanmar, que sirvió de base a la Corte para entender que, plausiblemente, existía intención genocida. Sin embargo, al final, Nolte decidió votar en favor de las medidas solicitadas por Sudáfrica, basándose en que ciertas declaraciones de funcionarios del Estado israelí, incluidos miembros de su ejército, daban lugar a un riesgo real e inminente de perjuicio irreparable de los derechos de los palestinos en virtud del Convenio sobre el genocidio” y, además, eran muy ambiguas en el uso de un lenguaje deshumanizante e indiscriminado contra los palestinos de la Franja de Gaza como grupo.⁴⁵

En la orden la de la CIJ leemos: “los hechos y circunstancias mencionados anteriormente son suficientes para concluir que al menos algunos de los derechos reclamados por Sudáfrica y para los que solicita protección son plausibles”.⁴⁶

Iwasawa, en su opinión en el asunto *Nicaragua v. Germany* señaló que la plausibilidad es un criterio destinado a examinar si es posible que los derechos reivindicados por el solicitante existan en virtud del derecho internacional. Afirmó lo que hemos venido comprobando: que, en algunos casos, la Corte ha examinado los hechos y las pruebas para determinar si los derechos afirmados por el solicitante son plausibles, como en el asunto *Canada and The Netherlands v. Syrian Arab Republic*, donde la Corte examinó las pruebas de presuntas violaciones de los derechos plausibles, en el contexto del riesgo de perjuicio irreparable y la urgencia.

Por la novedad de estos asuntos en el tiempo, reiteramos que sí podemos concluir que la plausibilidad alcanza a los hechos, como mejor base para apoyar el derecho, pero sería conveniente que la Corte aclarase criterios en cuanto a esta dualidad “derechos-hechos” y al por qué, en ciertas ocasiones, no le parece necesario evaluar

44. C.I.J. *South Africa v. Israel*, Nolte, G., Declaración, para. 10.

45. Cfr. para. 15 de su Declaración.

46. C.I.J. *South Africa v. Israel*, *Order of 26 January 2024*, para 54.

los hechos en igual grado, es decir, una argumentación más profunda en su razonamiento.

Un último apunte añadimos respecto a la cuestión de la admisibilidad que pasa desapercibida en las medidas provisionales que venimos mencionando. En el asunto *Armenia v. Azerbaijan*, la CIJ señaló que la existencia de una disputa es una cuestión de fondo y no una cuestión de forma o procedimiento (p. 14 o 371),⁴⁷ pero la admisibilidad es estudiada por la Corte dentro del apartado jurisdicción y no de forma separada.

Couvreur recordó, recientemente, su diferencia con la cuestión de la jurisdicción, en el asunto *Guyana v. Venezuela*, recordando que la admisibilidad fue claramente definida en el asunto *Mavrommatis* como “Un différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes”⁴⁸ y, después, reiterada en posterior jurisprudencia.

La admisibilidad se refiere a la existencia de una disputa y, por tanto, puede haber jurisdicción, pero no admisibilidad. Una disputa o diferencia que ha de ser jurídica y no política. La existencia de un litigio es la primera condición para ejercer su función jurisdiccional. Además, “[l]as objeciones a la admisibilidad normalmente adoptan la forma de una afirmación de que, incluso si la Corte es competente y se supone que los hechos expuestos por el Estado demandante son correctos, existen no obstante razones por las que la Corte no debería proceder a un examen del fondo.”⁴⁹

En el asunto de *Ukraine v. Russian Federation* de 2022, la cuestión de la admisibilidad, la existencia de la controversia fue la primera objeción preliminar rusa, a fin de reforzar el argumento de la falsa alegación de genocidio, rechazada en la decisión de febrero de 2024.⁵⁰ La Corte sí encontró, en la orden de medidas provisionales,

47. C.I.J. Asunto *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*, *Provisional Measures, Order of 7 December 2021*, I.C.J. Reports 2021, p. 361.

48. C.I.J. Asunto *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*, *Judgement of 6 April 2023. Partly separate and partly dissenting opinion of Judge ad hoc Couvreur*, El magistrado. señaló que las cuestiones relativas a la existencia de competencia se refieren a la medida en que las partes han consentido la competencia del Tribunal («ni plus ni moins»), en para. 7, mientras que la admisibilidad puede abarcar una serie de cuestiones, incluida, entre otras, la decisión de ejercer o no la competencia, en para. 11. Cfr., igualmente, C.P.J.I. Asunto *Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v United Kingdom, Objection to the Jurisdiction of the Court, Judgment*, PCIJ Series A n° 2, ICGJ 236 (PCIJ 1924), 30th August 1929, p. 11.

49. C.I.J. Asunto *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Judgement*, ICJ Reports 2003, 161, 177, para.29, en TALMON, S. *Chinese Journal of International Law* (2016), 309–391. Traducción propia.

50. C.I.J. Asunto *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures, Order of 16 March 2022*, cit. p. 211. Cfr. para 30 de la Orden de medidas provisionales: “Ucrania sostiene que existe una controversia ...Ucrania alega además que la controversia entre las Partes se refiere a la cuestión de si, como consecuencia de la afirmación unilateral de la Federación de Rusia de que se está produciendo un genocidio, la Federación de Rusia tiene una base legal para emprender acciones militares en y contra Ucrania con el fin de prevenir y castigar el genocidio de conformidad con el artículo I de la Convención contra el Genocidio. Ucrania considera que la Federación de Rusia “ha dado la vuelta a la Convención contra el Genocidio”, haciendo una falsa afirmación de genocidio como base para acciones por su parte que constituyen graves violaciones de los derechos humanos de millones de personas en toda Ucrania.

que había base factual suficiente para afirmar la existencia de una controversia y, así, de la admisibilidad del asunto, haciendo un detallado estudio en los paras. 28 a 47, resaltando, no sólo las declaraciones del presidente Putin de 24 de febrero de 2022, la de su ministro de Asuntos Exteriores, de 26 de febrero de 2022, sino que trae sucesos anteriores y, así, en el para. 37 de la orden, la Corte recuerda que: “desde 2014, diversos órganos estatales y altos representantes de la Federación de Rusia se han referido, en declaraciones oficiales, a la comisión de actos de genocidio por parte de Ucrania en las regiones de Luhansk y Donetsk”⁵¹

VI.1. El asunto *Nicaragua v. Germany* ¿plausibilidad?

En la demanda de medidas provisionales presentada por *Nicaragua vs. Germany*,⁵² se parte del hecho de la comisión de un genocidio, no plausiblemente, sino, de hecho. En la parte introductoria de su solicitud,

Nicaragua solicita a la Corte que juzgue y declare que Alemania, por su conducta con respecto a las graves violaciones de normas imperativas de derecho internacional que tienen lugar en los Territorios Palestinos Ocupados (a) no sólo ha incumplido su obligación de prevenir el genocidio cometido y que se está cometiendo contra el pueblo palestino -incluidos la Franja de Gaza- sino que ha contribuido a la comisión de genocidio en violación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (en adelante «Convención sobre el Genocidio») (..) ⁵³

Pero, aplicando el test de la plausibilidad, para determinar que Alemania incurrió en tal violación, la Corte debía determinar, primero, que Israel ha cometido genocidio. Como se recordó en los *oral pleadings*, invocando el asunto de Bosnia, ⁵⁴ "un Estado sólo puede ser considerado responsable de la violación de la obligación de prevenir

Afirma que, en lugar de emprender una acción militar para prevenir y castigar el genocidio, la Federación de Rusia debería haberse apoderado de los órganos de las Naciones Unidas en virtud del artículo VIII de la Convención o de la Corte en virtud del artículo IX de la Convención. Ucrania afirma que discrepa vehementemente de la interpretación, aplicación y cumplimiento de la Convención por parte de la Federación de Rusia. Refiriéndose, entre otras cosas, a una declaración del Ministerio de Asuntos Exteriores de Ucrania de 26 de febrero de 2022, Ucrania afirma que la Federación de Rusia "no podía ignorar que Ucrania 'se oponía positivamente' a sus opiniones. El demandado sostiene que, con el fin de "vincular" la Convención al uso de la fuerza con el fin de invocar su cláusula de solución de controversias, Ucrania ha afirmado que la Federación de Rusia inició su "operación militar especial" sobre la base de acusaciones de genocidio cometido por Ucrania. La Federación de Rusia afirma que, en realidad, su "operación militar especial" en el territorio de Ucrania se basa en el Artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas y en el derecho internacional consuetudinario y que la Convención no puede proporcionar una base jurídica para una operación militar, que queda fuera del ámbito de aplicación de la Convención.”.

51. Literalmente dice: “since 2014, various State organs and senior representatives of the Russian Federation have referred, in official statements, to the commission of acts of genocide by Ukraine in the Luhansk and Donetsk regions” (Traducción propia).

52. C.I.J. Asunto *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*. Order of 30 April 2024.

53. Traducción propia en texto, cfr., para. 3, p.1.

54. C.I.J. Asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I), p. 221, para. 431.

el genocidio si este se ha cometido realmente”. En el asunto de Nicaragua, además, por un Estado no presente en el procedimiento.⁵⁵

La Corte, siguiendo el estudio efectuado en anteriores solicitudes, analizó la jurisdicción, la admisibilidad, los derechos afectados y su relación con las medidas solicitadas, así como la urgencia de la adopción. Pero lo que llama la atención es la más que escueta respuesta dada por la Corte. Si Nicaragua invocó el incumplimiento de la Convención usando este mecanismo de medidas provisionales, la Corte debió entrar a argumentar la plausibilidad de que los actos cometidos por Alemania entraran, o no, en el ámbito de la Convención. Sin embargo, no procedió a tal estudio, yendo directamente a otras cuestiones planteadas junto a la principal. En suma, no ofreció argumentos.

Quizás podría haber establecido que acceder a su pretensión pasaba por admitir la comisión de genocidio, lo que afectaría al asunto de *Sudáfrica v. Israel*. La cuestión de la plausibilidad apenas aparece;⁵⁶ de hecho, es tan escasa que uno se puede preguntar si se trata de una resolución de medidas provisionales o de fondo. Este asunto ahondará más en la ya controvertida cuestión de los estándares exigidos en cuanto a la posibilidad-plausibilidad. Después de habernos encontrado asuntos en los que la Corte no sólo estudia ésta en cuanto al derecho, sino que va profundamente a los hechos, la decisión en el presente asunto produce sorpresa y preocupación jurídica.

La orden se acordó por una amplísima mayoría de quince contra uno (la opinión disidente del juez *ad hoc* Al-Khasawneh). El vicepresidente Sebutinde y el magistrado Iwasawa emitieron opiniones separadas. Los jueces Cleveland y Tladi expusieron, también, opiniones particulares. Tladi, para excusar la pobreza argumentativa de la Corte, dijo “En primer lugar, la decisión de la Corte de no abordar de manera *pro forma* las condiciones específicas para la indicación de medidas provisionales desarrolladas en su jurisprudencia está justificada en este caso”.⁵⁷

En estas opiniones, no podemos encontrar algún argumento de peso relacionado con la plausibilidad, con el estándar requerido en esta fase *pendente lite*. Sebutinde no estuvo de acuerdo con el enfoque dado por la Corte, mostrándose claramente en desacuerdo con el escaso razonamiento que sustenta la Orden, basándose en la

55. C.I.J. Asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I), p. 128, para. 441.

56. El término plausibilidad aparece una sola vez en el párrafo 11 de la Orden y se produce al transcribir la solicitud de Nicaragua al final de sus observaciones orales (Cfr. para 11 de la Orden).

57. Más adelante, en el para 11 y 12 de su opinión, el magistrado señaló: “La Corte debe tener la libertad de sopesar todos los elementos juntos de una manera más fluida que la que se puede captar mediante un ejercicio de marcar casillas. Al mismo tiempo, la Corte debe evitar crear el atractivo de un formalismo rígido cuando, de hecho, existe un grado de fluidez. 12. Debo ser claro. No creo que lo que ha hecho el Tribunal de Justicia equivalga a la adopción de un enfoque diferente, o a una desviación de su jurisprudencia. En lugar de establecer un nuevo enfoque, la orden de la Corte abarca un grado necesario de flexibilidad en la evaluación de si las circunstancias requieren la indicación de medidas provisionales.”.

necesidad o conveniencia de “apegarse estrictamente a los criterios que la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia para la indicación de medidas provisionales”. Como hemos dicho, falta un estudio mucho más profundo de la plausibilidad de la jurisdicción y demás requisitos, aunque dudamos de que haya algo a lo que apegarse de tal manera, puesto que aun estando concretados los requisitos, al ser estos plausibles y no existir uniformidad en la jurisprudencia ¿cómo hacerlo? ¿qué asuntos tomar como referencia?

Con respecto a la jurisdicción, se echa en falta la referencia al tercero interviniente necesario (asunto *Monetary Gold*)⁵⁸ que también se aplica en esta fase de medidas provisionales y que Alemania hizo valer en sus alegatos orales. Si el principio es aplicable (la ausencia de Israel), la Corte debería abstenerse de ejercer su jurisdicción, incluso *prima facie*. Queda la fase de fondo y si bien la Corte no entró a valorar la aplicabilidad del principio *Monetary Gold* en su orden de 30 de abril de 2024, esta cuestión será fundamental en la siguiente fase del procedimiento.

En fin, muchas de las afirmaciones efectuadas por ambas partes en su escrito inicial y en los alegatos orales están ausentes en la orden pronunciada por la Corte que es, quizás, una de las más pobres de las que se han dictado en estos últimos años -de tanta actividad de la Corte-, en general y, en particular, por lo que respecta a las medidas provisionales.

5. Ideas finales

En primer lugar, conviene precisar que el artículo 41 del Estatuto de la Corte y los artículos 73 a 75 de las Reglas de Procedimiento de la Corte constituyen el marco legal de las medidas provisionales respecto a las circunstancias y requisitos exigidos para su pronunciamiento que tienen carácter prioritario.

Estos preceptos ha sido objeto de desarrollo conforme la CIJ ha tenido que fallar los distintos asuntos planteados, siendo el primero el *Anglo Iranian Oil Co.*, en el que la CIJ señaló que el objeto de estas medidas *to preserve the respective rights of the Parties pending the decision of the Court*, considerando la existencia de una urgencia y un riesgo de que la disputa se agrave, lo que requiere un examen de la afectación de los derechos alegados a concretar por la parte requirente, de la urgencia y riesgo, pero también de la jurisdicción y admisibilidad de la Corte como criterios generales a aplicar a cualquier asunto ante la Corte. Así, los requisitos exigidos por el derecho son: a) jurisdicción y admisibilidad; b) existencia de un peligro de que los derechos de las partes queden afectados; c) una conexión entre lo solicitado y los derechos y d) urgencia y riesgo de que la disputa se agrave.

58. C.I.J. Asunto *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943 (Preliminary Question)*, Judgment of June 15th, 1954: I.C.J. Reports 1954, p. 19.

En el desarrollo de estos requisitos y circunstancias se pone de manifiesto que la *prima facie* aplicada a la jurisdicción tiene estándares de exigencia diferente, lo que nos lleva a concluir la falta de una línea uniforme. Esto queda evidenciado especialmente a través de las opiniones de los magistrados en sus opiniones disidentes o separadas y, desde luego, por la doctrina.

El estudio de la plausibilidad ha conducido a que algunos autores hablen del test de la plausibilidad como *invention* o *feature* de la Corte. Como hemos señalado, entendemos que se trata de un desarrollo de los preceptos del Estatuto y Reglas de procedimiento de la Corte, precisando que existen requisitos generales que también aplican a las medidas provisionales (jurisdicción, admisibilidad y obligatoriedad de su cumplimiento), por lo que no podemos mostrarnos de acuerdo con tales afirmaciones.

El test de la plausibilidad ha revelado la complejidad en cuanto a lo que suponga y a su alcance, si la plausibilidad alcanza al derecho o se extiende a los hechos. Hemos destacado las aportaciones de los magistrados de la Corte que definen lo que signifique plausible y la dificultad que entraña su estudio.

En consecuencia, nos encontramos con estándares de exigencia de la prueba de la plausibilidad, más o menos exigentes, lo que conduce inevitablemente a cierta incertidumbre, como se ha señalado, no sólo por los jueces de la Corte, sino por la doctrina. Esto ocurre, igualmente, con la determinación de la jurisdicción *prima facie*. En definitiva, las circunstancias y requisitos no gozan de uniformidad en la práctica por más que estén bien definidos en la teoría.

Cada vez es más frecuente el recurso a este mecanismo procesal de carácter prioritario, en casos concernientes a conflictos internacionales con un gran trasfondo político. En estos escenarios complejos, las decisiones de la CIJ precisan una mayor claridad en cuanto a la aplicación de la jurisdicción *prima facie* aún en asunto presentado en forma de *reverse compliance* para no ser percibidas como influenciadas por factores políticos. Por ello, y, antes, por la seguridad jurídica que se espera de la Corte en la aplicación del Derecho Internacional, es necesario que la Corte refuerce, también, sus argumentos y ayude a clarificar la cuestión de la plausibilidad, respecto a la que el asunto *Nicaragua v. Germany* supone un paso atrás.

A pesar de que las medidas provisionales son de obligado cumplimiento, no podemos sino concluir, dado el denominador común de las medidas más específicamente comentadas, con la frase que dejó escrita el magistrado Xue en la orden de fecha 16 de marzo de 2022 en el asunto *Ukraine v. Russian*:

in the context of an armed conflict, one may wonder how those provisional measures can be meaningfully and effectively implemented by only one Party to the conflict. When the

situation on the ground requires urgent and serious negotiations of the Parties to the conflict for a speedy settlement, the impact of this Order remains to be seen.⁵⁹

Bibliografía

- Abad, M. “Efectos jurídicos de las medidas provisionales adoptadas por el tribunal internacional de justicia: el antes y el después del asunto Lagrand (sentencia de 27 de junio de 2001)” *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN-e 2530-6324, ISSN 1138-039X, nº 6, 2002, págs. 53-74, p. 53.
- Baetens, F. “Abuse of Process and Abuse of Rights Before the ICJ: Ever More Popular, Ever Less Successful?” *EJIL Talk*, October 15, 2019. <https://www.ejiltalk.org/abuse-of-process-and-abuse-of-rights-before-the-icj-ever-more-popular-ever-less-successful/>.
- Becker, T. *Verbatim Record. Public sitting held on Friday 12 January 2024, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, p. 36.
- C.I.J. Asunto *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*. Order of 5 July 1951. *Request for the indication of interim measures of protection*.
- C.I.J. Asunto *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943 (Preliminary Question)*, Judgment of June 15th, 1954: *I.C.J. Reports* 1954.
- C.I.J. Asunto *Interhandel (Switzerland v. United States of America)*. Orden de 24 de octubre de 1957. Lauterpacht, H., opinión separada p. 17.
- C.I.J. Asunto *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Orden de 17 de agosto de 1972.
- C.I.J. Asunto *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*. Orden de 17 de agosto de 1972.
- C.I.J. Asunto *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*. Orden de 22 de junio de 1973. Forsters opinión disidente, p. 17.
- C.I.J. Asunto, *Nuclear Tests (Australia v. France)* Orden de 22 de junio de 1973.
- C.I.J. Asunto *Aegean case. (Interim Protection)*, Order of 11 September 1976, *I.C.J. Reports* 1976.
- C.I.J. Asunto *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*. Orden de 11 de septiembre de 1976. Jiménez de Aréchaga, opinión separada, p. 17.

59. C.I.J. Asunto *Ukraine v. Russian Federation, Provisional Measures, Order of 16 March 2022*, cit. p. 211. “en el contexto de un conflicto armado, cabe preguntarse cómo es posible que una sola Parte en el conflicto aplique esas medidas provisionales de manera significativa y eficaz. Cuando la situación sobre el terreno requiere negociaciones urgentes y serias de las Partes en conflicto para una solución rápida, el impacto de esta Orden está por verse.” (Traducción propia). Cfr. Declaration of Judge Xue, p. 241.

- C.I.J. Asunto *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991, p. 12.
- C.I.J. Asunto *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, I. C. J. Reports 1999, p. 9.
- C.I.J. Asunto *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2003.
- C.I.J., Asunto *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo c. Uganda)*, Sentencia, I.C.J. Reports 2005.
- C.I.J. Asunto *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* (Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006, p. 141), Abraham, opinión separada.
- C.I.J. Asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007 (I).
- C.I.J. Asunto *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 139. Cançado Trindade, opinión disidente.
- C.I.J. Asunto *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 6. Greenwood. Declaración, p. 47
- C.I.J. Asunto *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area*, Provisional Measures, Koroma, opinión separada. ICJ Reports (2011).
- C.I.J. *Annuaire-I.C.J. Yearbook 2013-2014*.
- C.I.J. Asunto *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014, p. 147. Greenwood, opinión disidente
- C.I.J. Asunto. *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*. Order of 3 March 2014, Cançado Trindade. A., opinión separada. p. 186.
- C.I.J. Asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (I).
- C.I.J. Asunto *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017.
- C.I.J. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism [ICSFT] and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination [CERD] (Ukraine versus Russian*

Federation), Orden de 19 de abril de 2017. Cançado Trindade, A. opinión separada

- C.I.J. Asunto *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Provisional Measures*, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018, p. 623.
- C.I.J. Asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Provisional Measures*, Order of 23 January 2020, I.C.J. Reports 2020.
- C.I.J. Asunto *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*, *Provisional Measures*, Order of 7 December 2021, I.C.J. Reports 2021.
- C.I.J. Asunto *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022, p. 211.
- C.I.J. Asunto *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, *Provisional Measures*, Order of 16 March 2022, I.C.J. Reports 2022, p. 211. Declaration of Judge Xue, p. 241.
- C.I.J. Asunto *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*. Judgment of 6 April 2023. Partly separate and partly dissenting opinion of Judge ad hoc *Couvreur*.
- C.I.J. Asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order of 26 January 2024.
- C.I.J. Asunto *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, *Preliminary objections*, Judgment of 2 February 2024.
- C.I.J. Asunto *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*. Order of 30 April 2024.
- C.I.J. Asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, Order of 26 January 2024. Nolte. Declaración, p. 3.
- C.I.J. *Note for States concerning contentious cases before the Court* de junio de 2024.
- C.P.J.I. Asunto Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium. Order of 8 January 1927 (Measures of Protection). PCIJ Ser. A08.
- C.P.J.I. *Preparation of the Rules of Court of January 30th, 1922*, Series D. No. 2.

- C.P.J.I. *Rules of Court (adopted March 24 1922)*. Series D, No. 1, 1926.
- C.P.J.I. *Statute and Rules of Court*. First Edition, Series D. Nº.1, 1926.
- C.P.J.I. *Asunto Factory at Chorzów (Indemnities). Order made on 21 November 1927 (Measure of Interim Protection)*. PCIJ Ser. A12.
- C.P.J.I. *Asunto Mavrommatis Palestine Concessions, Greece v United Kingdom, Objection to the Jurisdiction of the Court, Judgment*, PCIJ Series A nº 2, ICGJ 236 (PCIJ 1924), 30th August 1929.
- C.P.J.I. *Modification of the Rules*. Series D, second addendum to Nº.2, 1931.
- C.P.J.I. Serie D. Actas y Documentos relativos a la organización de la Corte. Segunda Adenda a la nº 2. Modificaciones al Reglamento de 1931.
- C.P.J.I. *Asunto Legal Status of the South-Eastern Territory of Greenland. Order of 3 August 1932 (Request for the Indication of Interim Measures of Protection)* PCIJ Ser A/B48.
- C.P.J.I. *Asunto Polish Agrarian Reform and German Minority. Order of 29 July 1933 (Application for the Indication of Interim Measures of Protection)*. PCIJ Ser A/B58.
- C.P.J.I. *Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936 Series D, third addendum to Nº.2, 1936*.
- C.P.J.I. *Asunto Electricity Company of Sofia and Bulgaria. Order of 5 December 1939 (Request for the Indication of Interim Measures of Protection)* PCIJ Ser A/B79.
- C.P.J.I. *Statute and Rules of Court*. Series D. Nº.1, fourth Edition - April 1940.
- C.P.J.I. *Elaboration of the Rules of Court of March 11th, 1936. Series D, fourth addendum to Nº.2, 1943*.
- Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice (1907). Disponible en Derecho Internacional Público - dipublico.org.
- CACJ. *Asunto Honduras v. Guatemala, Final Conclusions & Award of 19 December 1908, 3. Am. J. Int'l L. 729 (1909)*.
- Costa Rica. Archivo Nacional. Expediente de El Salvador. Asunto: juicio promovido por el Gobierno de El Salvador contra el de la República de Nicaragua por haber celebrado este último, con el Gobierno de Estados Unidos de Norte América, el Tratado Bryan - Chamorro: otorga a Estados Unidos ciertos derechos para la construcción de un canal interoceánico y una base naval en el Golfo de Fonseca. Unidad documental CR-AN-AH-CJCA-00169.”
- International Law Commission. Summary record of the 189th meeting, 9 June 1953, Extract from the Yearbook of the International Law Commission, 1953, vol. I, para 19.

- Kempen, B. Y. zan, H. The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures: The Recent Development. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol.69, no.4, pp. 919–929.
- Lando, M. “Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice.” *Leiden Journal of International Law* 31, no. 3 (2018): 641–68. <https://doi-org.peacepalace.idm.oclc.org/10.1017/S0922156518000213>.
- López-Almansa, E. Las medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto Avena y otros Nacionales Mejicanos (Méjico vs. Estados Unidos). *Anuario Español de Derecho Internacional*, ISSN-e 2173-3775, ISSN 0212-0747, nº 19, 2003, págs. 421-442, p. 439.
- Milanovic, M. “A Thought Experiment on Plausibility and ICJ Provisional Measures”. *EJIL Talk*, May 7, 2024.
- Miles, CA. “Origins of Provisional Measures.” Chapter I. *Provisional Measures before International Courts and Tribunals*, 15–81. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Miles, CA. “Plausibility and the ICJ: A response to Somos and Sparks”, *Völkerrechtsblog*, 12 October 2018, doi: 10.17176/20181012-094819-0.
- Miles, CA. “Provisional measures and the ‘new’ plausibility in the jurisprudence of the International Court of Justice”. *British Yearbook of International Law*, 2018. pp 1–46.
- Miłosz, G. How Urgent is Urgent?—Statistical Analysis of Procedural Urgency in Provisional Measures at the International Court of Justice, *Chinese Journal of International Law*, Volume 22, Issue 4, December 2023, Pages 789–822, <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmad047>.
- Ndiaye, T.M. *Journal of Law and Judicial System* Volume 1, Issue 2, 2018, PP 21-48, p. 28.

Oellers-Frahm, K. and Zimmermann, A. 'Article 41', in Andreas Zimmermann, and others (EDS), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd Edition, Oxford Commentaries on International Law (2019; online edn, Oxford Academic), <https://doi.org/10.1093/law/9780198814894.003.0055>.

- Raju, D. Ukraine v Russia: A “Reverse Compliance” case on Genocide. *EJIL Talk*, March, 15, 2022.
- Reichert, D. Provisional Remedies in International Litigation: A Comprehensive Bibliography, 19, *INT’L L.* 1429 (1985).
- Rob P., & Abken, F. A. Complex Relationship: The Interplay Between the Monetary Gold Principle and the Genocide Convention in Nicaragua v. Germany, *Völkerrechtsblog*, 24.10.2024.
- Rosenne, S., *Provisional Measures in International Law: The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea* (Oxford, 2004; online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199268061.001.0001>.
- Salkiewicz-Munnerlyn, E. *Jurisprudence of the PCIJ and of the ICJ on Interim Measures of Protection*, Springer, 2022.
- Schondorf, R. “Implausible Confusion: The Meaning of “Plausibility” in the ICJ’s Provisional Measures”, *EJIL Talk*, May 6, 2024.
- Shaw, M. *Rosenne’s Law and Practice of the International Court: 1920-2015*, Vol. II, Brill, 2016.
- Sparks, T., Somos, M. The Humanisation of Provisional Measures? Plausibility and the Interim Protection of Rights before the ICJ. *Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law*. MPIL Research Paper Series, nº 2019-20.
- Talmon, S. *Chinese Journal of International Law* (2016), 309–391.
- Zimmermann, A., and others (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd Edition, Oxford Commentaries on International Law (2019; online edn, Oxford Academic), Ch. III. Art. 41. pp. 20 <https://doi.org/10.1093/law/9780198814894.001.0001>.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 12/09/2025 || Aceptado: 14/12/2025

La emergencia del orden de la Inteligencia Artificial: un análisis político

The emergence of the Artificial Intelligence order: an analysis from political

Odín Ávila Rojas  0000-0002-6360-283X

Universidad Santiago de Cali, Cali, Colombia.

avilaodin@gmail.com

Resumen

El presente artículo analiza el orden político de la Inteligencia Artificial, cuya tesis central es que dicho orden surge a partir de la reconfiguración y disputa por el poder a nivel global y, como parte del proceso de expansión del capitalismo transnacional. La metodología empleada para este estudio se basó en un análisis documental sobre fuentes actuales y, en un enfoque centrado en la filosofía y la teoría política. Esta investigación muestra que este tipo de problemática, pese a su importancia, ha sido poco estudiada desde la ciencia política y las ciencias sociales. En este sentido, la tesis planteada consistió que la Inteligencia Artificial comienza a ser el nuevo orden político a nivel global. En conclusión, la reconfiguración global del poder político es lo que define la emergencia del orden de la inteligencia artificial. Por lo tanto, la cuestión de un orden político no se limita a una discusión ética-moral de los derechos humanos como sostiene la filosofía aplicada, sino a una disputa por el poder, la hegemonía y los procesos de subjetivación que se derivan de ello.

Palabras clave: Inteligencia Artificial, Política, Poder, Sujeto, Tecnología

Abstract

This article analyzes the political order of Artificial Intelligence, whose central thesis is that this order emerges from the reconfiguration and dispute over power at a global level and as part of the expansion of transnational capitalism. The methodology employed for this study was based on a documentary analysis of current sources and an approach centered on philosophy and political theory. This research shows that this type of problem, despite its importance, has been little studied in political science and the social sciences. In this sense, the thesis proposed was that Artificial Intelligence is beginning to become the new political order at a global level. In conclusion, the global reconfiguration of political power is what defines the emergence of the order of Artificial Intelligence. Therefore, the question of a political order is not limited to an ethical-moral discussion of human rights, as applied philosophy maintains, but rather to a dispute over power, hegemony, and the processes of subjectivation that derive from it.

Keywords: Artificial Intelligence, Politics, Power, Subject, Technology

Sumario

1. Introducción. De la sanitocracia al *nomos* de la Inteligencia Artificial
2. Enfoque y punto de partida en el debate político
3. El orden de la Inteligencia Artificial como proceso hegemónico de la robotización
4. Gobernanza algorítmica. Entre las agencias reguladoras, aplicaciones y la tecnología GPT
5. El imperativo categórico de las máquinas
6. Producción de subjetividades transhumanas
7. Conclusiones y resultados

I. Introducción. De la sanitocracia al *nomos* de la Inteligencia Artificial

En nuestros tiempos, la Inteligencia Artificial (I.A.) ha transitado de ser definida como una tecnología que ayuda a la eficiencia de tareas para el desarrollo social y humano a un fenómeno que corresponde a la organización, estructuración y ordenamiento de la esfera de la política y el poder en la actualidad (Ocaña-Fernández, 2019; Bolaño & Duarte, 2024; Mena-Guacas, Vázquez-Cano, Fernández-Márquez, & López-Meneses, 2024; Bustamante & Camacho, 2024; Trimalino & Marize, 2024). Las causas de esto último, son rastreadas desde el desplazamiento de la fuerza laboral humana por el desarrollo capitalista centrado en la tecnología de los procesadores hasta la misma necesidad de las sociedades para usar dicha tecnología como herramientas de subsistencia frente a estados de excepción o momentos críticos (Coeckelbergh, 2024).

Por un lado, el estado de excepción-como el que las diferentes sociedades experimentaron al inicio de la pandemia en el 2020-, cuando los gobiernos decidieron a nivel global suspender los derechos fundamentales para tratar de controlar el contagio y los impactos en sus respectivos países. Este tipo de control derivó en el aislamiento de las personas de manera individual frente a la amenaza biológica del Covid 19, así como una pérdida de las libertades de estas en el interior de las sociedades y sus correspondientes Estados.

Pero también, la pandemia contribuyó a que la población identificará la necesidad urgente de usar las plataformas, dispositivos, “*nudgets*”¹ y distintas aplicaciones para resolver sus problemas cotidianos. Precisamente, la pandemia se identifica como el momento en donde la Inteligencia Artificial ascendió como un fenómeno político en contextos de expansión de capitalista guiados por el mercado de la biotecnología, la farmacéutica y los recursos que sirven para la producción de ambos (Ávila, 2022).

Fenómeno que también, es consecuencia de una realidad política que se vuelve más posideológica, porque ya no requiere de esos grandes andamiajes de creencias e ideas del siglo XX para justificar las relaciones de poder que se desarrollan entre el Estado, los gobiernos y la sociedad. Estos grandes andamiajes ideológicos en el siglo XXI, han sido sustituidos por una práctica de la política más técnica e inmersa en una lógica que trata de reproducir el comportamiento humano de manera artificial

1. Estos son un tipo de dispositivo que orienta la elección humana bajo la lógica de la Inteligencia Artificial. Dichos *nudgets* hoy tienen una función de predecir la opción ciudadana en términos electorales. Es importante señalar que los orígenes de estos dispositivos se pueden rastrear-entre la década del 2010 y 2020- en el momento en donde se aplicaron los conocimientos de la economía y la psicología cognitiva para diseñar sistemas digitales capaces de orientar las decisiones del individuo en el campo mercadotécnico de bienes y servicios, así como en la esfera de las competencias electorales. El objetivo de estos *nudgets* ha sido hacer que los individuos perciban las imposiciones del sistema como propias (Coeckelbergh, 2024).

(Žižek, 2022). De ahí que la condición humana de la política (Arendt, 2012) cada vez más se diluye y es sustituida por una definida a través de la Inteligencia Artificial.

Mientras que por otra parte, la Inteligencia Artificial se convirtió en la forma de ordenar, organizar, distribuir y definir en términos jurídicos e institucionales la tierra, los recursos y los territorios que antes no se habían vivido en una dimensión global. Filósofos y teóricos políticos como Carl Schmitt (2005) denomina *Nomos* a este tipo de ordenamiento.² Para Schmitt, *Nomos* se relaciona con la disputa por la hegemonía, pero también con la distribución de la riqueza del mundo bajo la legitimación y permiso de leyes e instituciones. El nuevo *nomos* se caracteriza por depender de las tecnologías virtuales, electrónicas y aquellas que funcionen mediante algoritmos avanzados. No son los elementos naturales, ni tampoco el control directo de la tierra y los territorios físicos lo único que importa, sino son los espacios que se generan a través de las tecnologías de la Inteligencia Artificial.

Por lo tanto, el objetivo de este artículo es explicar cuatro rasgos fundamentales que conforman este fenómeno desde el enfoque de la ciencia política (en específico a partir de la discusión de la filosofía y la teoría política): el primero, es el orden de la Inteligencia Artificial como proceso hegemónico de la “robotización”³ sobre la sociedad; el segundo, la Gobernanza algorítmica en la toma de decisiones; tercero, la formulación de un imperativo categórico que puede derivar en una especie de totalitarismo y; cuarto, la producción de subjetividades que trasladan la conciencia humana a una creada de forma virtual e incluso sustituida por una robótica. Una especie de transhumanismo desde un horizonte del capitalismo tecnológico.

En este sentido, la metodología empleada fue una cualitativa basada en técnicas de análisis documental y enfoque politológico centrado en el subcampo de la filosofía y la teoría política que llevó a plantear la tesis que la Inteligencia Artificial comienza a ser el nuevo orden político a nivel global.

2. Hay que señalar que Schmitt (2005) indica que la palabra *nomos* tiene un origen griego que significa orden (ordenamiento). Es un vocablo que deriva de *nemein*, cuya traducción próxima puede ser apropiarse o coger. Dicho término coincide con el alemán *nehmen* que se entiende como “tomar” o “coger”. Por lo tanto, *nomos* se asocia al ordenamiento, propiedad, organización y distribución jurídica-política de la tierra e incluso en términos generales de los territorios en el planeta Tierra. Por eso, este término se propone usar para explicar la emergencia del orden político y jurídico que se experimenta en el siglo XXI.
3. Lahera (2021), enseña que la robotización es el término empleado para hacer referencia a la automatización y ejecución de tareas por medio de robots y/ aplicaciones, dispositivos y herramientas relacionadas con la Inteligencia Artificial. Bajo esta lógica, el término de robotización se usa en el texto, porque permite ilustrar la forma en la cual la tecnología se encuentra en un proceso de tránsito a una forma cada vez más que sustituye operaciones mentales y de trabajo del ser humano. Cuestión que marca una condición importante para que este nuevo orden político y jurídico se reproduzca.

2. Enfoque y punto de partida en el debate politológico

El presente trabajo identifica a la inteligencia artificial como un fenómeno político y, no únicamente como un problema ético-moral. Esto significa que el punto de partida epistémico y metodológico es uno basado en la idea que la voluntad política y la lucha por el poder atraviesan el fenómeno de la inteligencia artificial, al mismo tiempo que en dicho fenómeno, se ha comenzado a producir un nuevo tipo de orden sobre las relaciones de dominación, así como en aquellas que se establecen entre gobernantes y gobernados. En la actualidad, la dominación y las relaciones entre gobernantes y gobernados se caracterizan por ser subordinadas a la tecnologización de la Inteligencia Artificial (Coeckelbergh,2024).

Por ello, este texto no sigue el enfoque de la Filosofía Aplicada centrada en la tecnología (Gunkel, 2014; Vallor, 2016) que plantea comprender este fenómeno desde la esfera ética-moral, cuyo objetivo es la prescripción de la política mediante juicios que oscilan entre lo que se considera como bueno y correcto. Este tipo de enfoques tiene su antecedente en las décadas de los ochenta, noventa y dos mil con los filósofos que se comenzaron a preocupar por vincular la política y lo social con la tecnología que todavía no tenían claridad con respecto a la identificación del impacto que iba a tener dicha tecnología en el comportamiento humano (Winner, 1986; Feenberg, 1999; Sattarov, 2019).

El problema con este enfoque es que lo bueno y correcto depende de la condición, posición y lugar que ocupan los sujetos en las relaciones de poder. Muestra de ello, es que las dicotomías de lo justo/injusto, bueno/malo y correcto/incorrecto se encuentran atravesadas por intenciones políticas, por lo tanto, no se expresan de manera preconcebida o automática en la vida del ser humano. En este sentido, la política la hace el ser humano más allá de sus parámetros individuales, porque tiene la capacidad subjetiva de desarrollar su pluralidad (Arendt, 2012) bajo una condición de ciudadanía (Aristóteles,2018).

Por ello, el enfoque propuesto en el análisis de este tipo de fenómenos es uno correspondiente al campo de la Teoría Política. De ahí que la Teoría Política es mucho más útil para explicar a la Inteligencia Artificial como un fenómeno de orden político, porque a partir de la existencia de dichos fenómenos se ha dado una reorganización de las relaciones entre sujetos, instituciones y fuerzas a nivel global (Coeckelbergh,2024). Por lo tanto, el punto de partida de este enfoque es la explicación de la realidad política mediante el análisis mismo de la historia, los procesos y hechos, sin reducir la discusión a un aspecto ético-moral. Por lo tanto, el enfoque de este artículo pone en diálogo la Teoría Política con otros subcampos o subáreas de la ciencia política como la Política Comparada, las Políticas Públicas y las Relaciones Internacionales y la Geopolítica.

Además, la presente investigación se realizó en términos metodológicos mediante un análisis documental en tres fases: la primera, consistió en la lectura y revisión de los materiales encontrados en las búsquedas de plataformas como Scielo, Scimago, Pubindex, Google Scholar, Dialnet y Redalyc. En esta búsqueda se revisaron alrededor de 21 artículos indexados a nivel internacional; 20 libros de referencias de teoría política y debates filosóficos y; 3 fuentes audio-visuales y cinematográficas. A esto hay que agregar el análisis de 53 obras impresas y digitales tanto clásicas como de actualidad sobre las discusiones del tema estudiado.

La segunda etapa, fue extraer de esa revisión sistemática de los textos los elementos centrales de la categoría de análisis de la pesquisa. Estos elementos llevaron a la organización, la clasificación y el ordenamiento para la construcción principal de la categoría de orden en términos que conforma el artículo. Por último, la tercera fase se caracterizó por aplicar la categoría de análisis para explicar el fenómeno estudiado por medio de cada uno de los apartados del presente texto.

3. El orden de la Inteligencia Artificial como proceso hegemónico de la robotización

Uno de los principales rasgos de la Inteligencia Artificial como fenómeno político, es la generación de un nuevo orden o *nomos* en términos del lenguaje schmittiano a nivel global que ha comenzado su ascenso mediante una serie de plataformas, algoritmos y procesadores que los distintos grupos de poder usan para imponer sus intereses en la economía, el Estado y sobre la esfera social. Por esa razón, este tipo de orden corresponde más a una naturaleza política que a una social, porque se funda en las relaciones de poder que oscilan entre la dominación y la dicotomía entre gobernantes y gobernados. A diferencia del orden social que responde a la lógica de la cohesión de las diversas relaciones de grupos y colectividades humanas que no necesariamente tienen como objetivo la definición del poder del Estado.

Razón que lleva a pensar la idea de orden en el marco de la discusión actual de la ciencia política basada en dos formas de tratar de comprender a este tipo de fenómeno: la primera, se distingue por relacionar la noción de orden con las dinámicas, mecanismos e ingeniería constitucional del sistema político (Sartori, 2003). En esta lógica, las relaciones entre gobernantes y gobernados funcionan a través de sistemas que institucionalizan tanto la representación como la participación de estas. De ahí que, bajo esta postura politológica, el orden de los gobernantes y gobernados depende del correcto funcionamiento del sistema político democrático. Posición que se adscribe a la Política Comparada que parte de la visión que el orden es producto del correcto funcionamiento del sistema democrático y de su respectiva ingeniería constitucional.

Mientras, la segunda forma de comprender el problema de orden en la discusión politológica es enunciada desde el subcampo de la Filosofía y la Teoría Política, cuyo punto de partida es pensar la organización y estructuración de la esfera política con base en el problema de la disputa por el poder en sus diversas escalas y dimensiones. Por ejemplo, San Agustín (2010) y Santo Tomás de Aquino (2007), ambos representantes clásicos de la teología en la ciencia política se aproximaron a la noción de orden a partir del análisis de la relación entre el hombre y Dios, en donde identifican estos filósofos que el primero se subordina al segundo, debido a que carece de la sabiduría, el juicio y la razón que únicamente emanan de lo divino. Aquí el orden de la sociedad, el Estado y cualquier forma organizativa y que rige al hombre se encuentra en función de la palabra y el pensamiento de Dios. El hombre no es capaz de dirigir su propio gobierno y ordenamiento político.

Otro de los pensadores que aporta una idea de orden, cuya referencia ya ha sido expresada en este texto, es Carl Schmitt (2005), quien ubica el problema de la organización, estructura, administración y distribución del poder mediante la apropiación o reapropiación de los elementos naturales, la tierra y el territorio, al igual que los recursos que permiten el desarrollo de los Estados e instituciones a nivel global. En este caso, el orden no se adjudica a un problema de la divinidad o externa a la naturaleza del hombre como sucede con San Agustín y Santo Tomás, sino a quienes integran los Estados y son los que se disputan el poder, al igual que buscan la legitimación de este mediante el uso del discurso jurídico y político a su favor.

La lógica schmittiana piensa al orden como un *nomos* que etimológicamente significa la ley que distribuye equitativamente y de manera justa un bien, elemento o recurso que es necesario para quienes integran una sociedad y sus instituciones estatales. En este caso, el pensador alemán de la II Guerra Mundial, se plantea la noción de *nomos* como un proceso que articula el ordenamiento de los gobernantes y gobernados en la formación de los Estados y entre estos, pero también identifica que llegar a acuerdos justos basados en leyes e instituciones de regulación internacional pueden evitar o poner orden a los conflictos y la violencia a nivel global.

Por cierto, la idea de violencia- desde la ciencia política- se vincula con las instituciones que integran el Estado, cuyo papel de estas es regular y seleccionar el momento en que se ejerce la fuerza o se actúa de manera coactiva en las relaciones entre gobernantes y gobernados (Bobbio, Matteucci & Pasquino, 2015). Max Weber (2002) propone que el Estado es el único capaz y legítimo en la esfera del orden de la política y el poder de usar la violencia física sobre la sociedad. El monopolio de la violencia la tiene el Estado en la lógica weberiana. El problema con esta postura de Weber es que las formas coacción no necesariamente derivan en la violencia física, ni tampoco la condición actual de los Estados permite que estos puedan controlar o decidir el uso de la fuerza física en sus respectivos países. La principal razón de

esto, consiste en que la forma transnacional del capital ha subordinado las fronteras nacionales y ha diluido estas a los procesos de ordenamiento geopolítico.

De ahí que la violencia en el capitalismo se convierte en un negocio rentable como ha sucedido en Colombia y otros países latinoamericanos (Pécaut, 2019). En el marco de este negocio, la inteligencia artificial -en los últimos años- se ha vinculado con la industria de la violencia, porque dicha inteligencia para su reproducción tecnológica requiere de los recursos y materia prima que se extrae en los distintos territorios y tierras que son escenarios de conflictos y luchas por el poder estatal desde lo local y regional. Por ello, la violencia es causa y consecuencia del orden que ha generado la expansión de la Inteligencia Artificial, debido a que esta se ha convertido en un motor para el negocio que oferta y vende distintos tipos de tecnología armamentística y de control poblacional para los Estados de los diferentes países a nivel internacional.

Esta idea exige recuperar la noción de orden político planteada por Antonio Gramsci, quien también desde los debates de la filosofía, es un pensador que propone concebir la organización y la forma tanto del Estado como de la misma sociedad, a partir de los procesos hegemónicos que se expresan en la relación de ambos elementos entre sí (Gramsci, 2014). Esta relación es antagónica, contradictoria y conflictiva como el propio Gramsci recupera de la herencia de Hegel y Marx. Además, este orden hegemónico no se define únicamente por las instituciones formales y coactivas del Estado, sino es resultado de la disputa por el poder estatal y su legitimación entre las distintas clases y grupos sociales que integran dicha lucha (Gramsci, 1980).

Después de hacer esta revisión del enfoque expuesto desde la Filosofía y la Teoría Política, se puede llegar a la idea que el fenómeno de la Inteligencia Artificial se encuentra más asociado con los procesos de hegemonía a nivel global que con el desarrollo y funcionamiento de los sistemas políticos. En este caso, la hegemonía opera como un proceso que incluye consenso y legitimación de los diversos grupos y clases sociales (Gramsci, 1980). No es lineal, ni tampoco se centra únicamente en los grupos de poder. En el caso del orden de la Inteligencia Artificial, precisamente, esto fue lo que ocurrió.

Dicho orden surgió como un proceso a nivel global de disputa tecnológica entre las potencias mundiales ganadoras de la II Guerra Mundial para hacer más eficientes el espionaje y la reducción del tiempo de comunicación, al igual que la creación de redes para tener control de los acuerdos jurídicos y el control de la propiedad de las tierras, el aire (vía aérea) y los mares mediante el uso de tecnologías de procesamiento electrónico e informativo.

Pero también, este orden se extendió hacia la sociedad, a tal punto que estas tecnologías derivaron en la creación del Internet como la red y canal masivo de ordenadores

y comunicación que nació con fines militares en el siglo XX. Las redes de Internet se articularon con los algoritmos y avances tecnológicos de grandes empresas dedicadas a la computación y dispositivos afines al manejo de datos y cálculos matemáticos a grandes velocidades por encima de la media humana (Rodríguez, 2024). Por otra parte, estos grupos de poder se han caracterizado por usar la Inteligencia Artificial como un instrumento para dirigir, organizar, gestionar y legitimar su poder, pero también dicha Inteligencia Artificial se ha convertido en el nuevo territorio que se encuentra en disputa económica y política, en donde hoy se define la hegemonía mundial.

Muestra de ello, es que entre los algoritmos y procesadores más usados son los que provienen de la empresa Nvidia (Salome, 2023). Jensen Huang, Chris Malachowsky y Curtis Priem, fundaron este tipo de empresa con la idea de sustituir la PC en procesadores inteligentes y con una avanzada resolución de gráficas orientadas al realismo. Es importante mencionar que Nvidia es una de las empresas que lidera la elaboración procesadores y algoritmos a nivel internacional para las contiendas electorales en países como Estados Unidos. En el contexto actual, esta empresa trabaja tanto para los gobiernos como también para las consultoras grandes que diseñan los planes, estrategias y metas que vinculan a estos con la esfera económica.

Además, dicha empresa se inserta en un contexto en donde Jeff Bezos, Elon Musk, Bill Gates, Mark Zuckerberg, Larry Page, Larry Ellison, Steve Jobs y Jack Ma, son las cabezas que dominan la esfera económica hoy. Por cierto, todos estos nombres mencionados corresponden a empresarios que han estado relacionados con los gabinetes de potencias mundiales y aquellas instituciones que determinan la regulación de la dimensión jurídica de la economía y la política en términos mundiales. De ahí que la esfera económica que es definida por el mercado y producción de la Inteligencia Artificial (Bilinkis & Sigma, 2024) también domina los escenarios política y de la hegemonía del planeta Tierra.

Por eso, es importante tener claro que el orden de la Inteligencia Artificial se define por ser un proceso en donde la tecnología funge como el territorio de la disputa política, así como el lugar que media la relación entre los grupos de poder, la sociedad y las instituciones estatales. Este orden no se reduce a un sistema político, ni mucho menos a un orden divino de las cosas. Por lo contrario, la Inteligencia Artificial ha llegado a desarrollarse como ese *nomos* del que se deriva un orden que organiza, estructura y distribuye el poder político en un nivel global, cuyo papel de las instituciones estatales queda subordinado a los intereses de las empresas que tengan este tipo de avances tecnológicos. Como se explica más adelante, la Inteligencia Artificial en términos de ordenamiento ha producido una forma de gobernar mediante las aplicaciones y el ejercicio de los medios electrónicos y virtuales.

4. Gobernanza algorítmica. Entre las agencias reguladoras, aplicaciones y la tecnología GPT

Un aspecto importante que se debe analizar sobre el orden de la Inteligencia Artificial es el tipo de gobernanza que se ha generado a partir del uso de la tecnología orientada a la robotización en la toma de decisiones por parte de los distintos países, instituciones internacionales, empresas transnacionales y otros sujetos que buscan presionar e incidir en dicha gobernanza a nivel global. Hay que señalar, el uso de la Inteligencia Artificial comenzó a ser reglamentado por la Comisión Europea (2024). Este organismo enunció la complejidad legal entre las empresas que producen estas tecnologías y las decisiones gubernamentales a cargo de los altos mandatos de los diversos países e instituciones que vigilan la aplicación de esta ley, desde el 2024.

Las preocupaciones centrales de esta ley fueron orientadas a temas relacionados con la responsabilidad por daños, la privacidad de los usuarios, la ciberseguridad de los sistemas entre empresas (contra el espionaje), la propiedad intelectual de los avances tecnológicos y la práctica ética, sin afectar la producción tecnológica de la Inteligencia Artificial. Preocupaciones proyectadas hacia situaciones vinculadas con las posibles consecuencias del *deep learning* (un tipo de aprendizaje automático que utiliza redes neuronales artificiales para aprender de los datos) y los múltiples usos de redes en las aplicaciones y dispositivos electrónicos y virtuales que ya operan a un nivel neuronal humano.

En este sentido, la normatividad sobre la Inteligencia Artificial hasta el momento, en realidad, se enfoca en la regulación de las decisiones que son tomadas entre las empresas y los gobiernos, pero no hay en esta la participación de las distintas organizaciones y movimientos que no pertenecen a los epicentros de la sociedad civil (Cohen & Arato, 2005). Los epicentros de la sociedad civil, por lo general, se encuentran más empoderados que la periferia de dicha sociedad civil, porque nacen y se organizan más cerca de las esferas en donde se toman las decisiones económicas y políticas. Estos epicentros tienden a ser dominados por la esfera de lo privado, cuya composición es mayoritariamente empresarial o definido por los intereses de las grandes transnacionales.

Por lo tanto, este tipo de gobernanza es conocida como algorítmica, cuyo rasgo principal es la regulación y normatividad sobre la acción de quienes ocupan los cargos de gestión, administración y dirección de las instituciones en los Estados mediante el uso de la Big Data, algoritmos y aplicaciones con tecnología de Inteligencia Artificial (Fierro, 2024). La base de la regulación, legitimación y acción gubernamental se hace mediante el dato que se produce por los cálculos y operaciones al-

gorítmicas de fórmulas matemáticas aplicadas mediante dispositivos y aplicaciones (Báez, 2023; Rodríguez, Licea, Martínez, & Rodríguez, 2023).

La confianza sobre los datos en la gobernanza ha nacido de una crisis acumulada y constante de desconfianza desde la sociedad civil sobre la legitimación de quienes toman las decisiones a nivel global. Frente a esta crisis, la administración pública y la gestión institucional liderada por las potencias globales, ya habían planteado a la gobernanza electrónica como una respuesta a dicha crisis. Gobernanza que nació a partir del desarrollo de la idea de sociedades informadas y de conocimiento, cuyo rasgo principal fue responder a los problemas del ciudadano mediante el uso de la tecnología en términos administrativos y de gestión (Cortés-Sánchez & Cardona Madariaga, 2015). Este tipo de gobernanza, se puede rastrear como el antecedente de la Inteligencia Artificial que se desarrolla en la esfera de la política actual.

Pero a diferencia de la gobernanza algorítmica, la que es de tipo electrónica todavía consideraba-desde su origen- la compatibilidad del ciudadano humano con su papel de usuario de la tecnología. En este sentido, la algorítmica que se basa en la Inteligencia Artificial, ya no requiere a la ciudadanía como el sujeto principal de la gobernanza. En contraposición a la idea planteada desde la teoría política de manera tradicional (Bobbio, 2022), en donde la relación de gobernantes y gobernados se funda en el ser humano como su propio sujeto.

También, este tipo de gobernanza discute la noción de moderna de la sociedad civil como aquella organizada y que se interesa por articular sus acciones hacia la democratización de las instituciones del Estado (Cohen & Arato, 2005), porque neutraliza la generación de las relaciones horizontales de ejercicio de poder en el Estado para dar centralidad a la figura del dato como el nuevo regulador que indica la viabilidad o no de la toma de decisiones en los distintos gobiernos de los países a nivel internacional. Razón que lleva a pensar que la capacidad de los gobiernos para decidir y ejercer el poder político se sujeta también al uso de la información que se produce a través de los procesos algorítmicos de las plataformas virtuales y electrónicas que tienden a funcionar cada vez más mediante los programas y dispositivos de la Inteligencia Artificial.

Hay que señalar, la gobernanza y la gobernabilidad, aunque en la lógica de la Inteligencia Artificial parecen ser lo mismo, son conceptos distintos que indican dos formas de establecer y producir las relaciones entre gobernantes y gobernados en el horizonte de las políticas públicas. En el caso de la gobernanza, es importante explicar que esta se produce a partir de potencia que la misma sociedad tenga para incidir sobre las decisiones que se toman en la transformación de lo público. Mientras, la gobernabilidad se enfoca más en la capacidad del gobernante para la implementación de las políticas públicas (Guerrero, 2000; Aguilar, 2008; Roth-Deubel, 2014). De ahí que tanto la gobernanza como la gobernabilidad son fenómenos que

se enmarcan en las políticas públicas y la acción política basada en la lógica de la administración del poder estatal (Guerrero, 2017).

En contraste con esta forma de producir la gobernanza y la gobernabilidad bajo la lógica de las políticas públicas a cargo de los seres humanos, la Inteligencia Artificial se impone mediante el dato o la Big Data (la gestión y manejo de grandes volúmenes de información por parte de empresas trasnacionales centradas en el mercado tecnológico y de robotización) para generar una legitimación o no de las decisiones que toman quienes se encuentran a cargo de los espacios de poder político. Este tipo de automatización de decisiones en la esfera del gobierno nace tanto de la Big Data como de los perfiles de comportamiento (*profiling*) que desde hace décadas se han comenzado a crear a través de los datos personales que se piden en las aplicaciones y plataformas electrónicas.

Es importante mencionar que dicha lógica para tomar decisiones en los procesos de la democracia representativa y electoral ha sido también legitimada por la misma sociedad. La razón de esto, se debe porque diversos grupos y sectores sociales, se han beneficiado de este tipo de tecnología en las últimas décadas. Bajo esta lógica, el beneficio es experimentado por quienes integran la sociedad de forma inmediata y práctica al responder a sus problemas y necesidades cotidianas. La ciudadanía no es conciente directamente de la complejidad de lo que implica la utilización de estos dispositivos al optar más por la inmediatez y el hiperhedonismo que envuelve a dicha ciudadanía en estos tiempos.

A esto se debe agregar que los problemas ocasionados por este tipo de tecnologías de la inteligencia artificial, en su mayoría, han sido resultado de la misma expansión del capitalismo a lo largo de la historia. Pero al mismo tiempo, dichos problemas tienen una respuesta operativa y práctica a partir de los intereses de las empresas que lideran el mercado tecnológico e interviene en los procesos decisorios de elección de gobernantes en los países.

Muestra de ello, es que en los procesos de elección de gobernantes a nivel internacional, la democracia de los datos o la datocracia se impone- la mayoría de las veces- en los resultados electorales. El *demos* que era el término que hacía referencia al pueblo como sujeto capaz de decidir y gobernar sobre los propios asuntos comunes de estos, es sustituido por los boots y los nudgets que tienen una racionalidad cuantitativa, cuya función es sustituir, manipular y controlar la decisión humana en la democracia. La cuestión en este caso, ya no es solamente responder a la problemática de democratizar las relaciones de mando y obediencia que las experiencias colectivas y comunitarias humanos han enseñado que pueden ser llevadas a cabo (Ávila, 2024), sino también es discutir cómo el hombre puede generar autonomía frente a la lógica de la Inteligencia Artificial.

Por ello, es importante comprender que esta cuestión que sucede en el contexto actual, se ha caracterizado por crear las condiciones tecnológicas para que el ciudadano se convierta y asuma en un usuario que depende de estos dispositivos, programas y plataforma para definir su destino en la esfera de la política. No es precisamente la comunidad humana o el *demos* el centro del *kratos* (gobierno/ ejercicio del poder político). Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft, los conocidos 5 grandes de las plataformas que dominan el mercado de los datos y los procesos de análisis de comportamiento, son los espacios en donde se desarrollan los *boots* (aplicaciones que reproducen votos o decisiones humanas de manera robotizada) y los *nudgets* (programas que empujan u orientan las decisiones humanas sobre el consumo de productos, entre otros aplicativos robotizados que automatizan y simulan el comportamiento humano como si fuese real).

La cuestión es que este tipo de fenómenos es validado y usado por los mismos grupos de poder y gobiernos a su conveniencia y de forma discrecionalidad, debido a que hay un mercado que se ha creado entre la necesidad de los políticos a nivel internacional de ganar espacios de autoridad y el desarrollo tecnológico producido por las empresas trasnacionales. De ahí que los procesos de comportamiento que son guiados por las empresas sobre la sociedad, también se aplican hoy en la esfera de la política y el poder.

5. El imperativo categórico de las máquinas

El imperativo categórico de las máquinas, es el siguiente rasgo del orden político que se ha creado a partir del horizonte de la Inteligencia Artificial en la actualidad. Es necesario discutir si este imperativo categórico de las máquinas es la solución a la inmoralidad de la política humana o más bien, puede llegar a ser un problema que conduzca al ser humano al totalitarismo. En este texto, por lo tanto, se plantea que el imperativo categórico ha comenzado a producir una especie de totalitarismo que supera el ejercicio ético y moral de la ley del propio ser humano. Para eso, hay que explicar qué es un imperativo categórico. Este se entiende como ese principio racional y universal de la dignidad humana sobre los intereses particulares del individuo (Kant, 2025).

Pero en el caso del horizonte de la Inteligencia Artificial, el imperativo categórico opera con base en la lógica de la racionalidad que han impuesto las mismas máquinas sobre el comportamiento ético y moral del ser humano. No tiene el sentido kantiano, en donde la razón y experiencia humana son el fundamento del conocimiento de la realidad. En contraste, la política y su papel como esfera de ordenamiento de la vida social en la actualidad se subordina a la lógica de las máquinas. En este sentido, las máquinas se entienden como aquellas tecnologías que operan y funcionan con base en los fundamentos de la Inteligencia Artificial.

Por lo tanto, no son aquellas máquinas de siglos anteriores, cuya dependencia del humano era todavía importante en términos de su dirección, funcionamiento y operación, sino en la actualidad, estas funcionan cada vez más con una autonomía o cierta independencia frente a la voluntad humana. De ahí que las máquinas, bajo esta lógica, comienzan a ser visualizadas por la humanidad como aquellas tecnologías robotizadas que tienen la capacidad de resolver de manera eficiente las discusiones y problemas ético-morales de las sociedades modernas y del capitalismo transnacional.

Es importante señalar, el capitalismo transnacional se ha expandido- en las últimas décadas- con base en las dinámicas, ritmos, tiempos y lógica del mercado bio-tecnológico y la producción de la Inteligencia Artificial. Este tipo de tecnología ha transitado de ser una herramienta eficiente para solucionar problemas específicos de la sociedad a una forma de vigilar y definir las controversias jurídicas y políticas humanas. Por lo tanto, el mismo humano ha colocado a la Inteligencia Artificial como una especie de panóptico, cuya función de este es la vigilancia de las relaciones políticas del Estado frente a la incapacidad de los gobernantes para resolver los problemas, conflictos, contradicciones y antagonismos de forma pacífica.

Este ha sido el argumento de las empresas privadas y de quienes están a cargo del desarrollo tecnológico de la Inteligencia Artificial para indicar que la humanidad al estar atravesada por sentimientos, pasiones y procesos de subjetividad presentes en las diferentes sociedades debe subordinar su juicio a un ente superior que no tenga controversias o conflictos ético-morales como los robots. Por ello, la posible solución a la inmoralidad, la antiética y los problemas de disputa por el poder en las sociedades humanas desde el horizonte de la Inteligencia Artificial, es la aplicación de una lógica y racionalidad externa a la de estas. Lógica y racionalidad que paradójicamente, al mismo tiempo, han sido resultado del trabajo y progreso de la humanidad en la historia.

Frente a la incapacidad del hombre de resolver de manera eficaz, ética-moral, igualitaria, justa, incluyente y equitativa sus propios problemas de lucha por el poder, la inteligencia artificial adquiere una fuerza importante en la mentalidad de quienes integran las sociedades, porque estas últimas visualizan a dicha inteligencia artificial como aquella que se encuentra libre de todo accionar o comportamiento corrupto. A diferencia del hombre que el riesgo de la corrupción y los antivaleores se puede expresar en cualquier sociedad. Razón que lleva a pensar que hay una especie de divinización de la inteligencia artificial por parte del hombre. En este sentido, el hombre llega a creer que esta no se equivoca, debido a que este mismo confunde el procesamiento acelerado de datos y operaciones de manera eficiente con la generación de un pensamiento propio y autónomo.

Bajo esta lógica, se podría decir que el hombre ya no requiere del estudio de la política y el poder, porque la Inteligencia Artificial ha resuelto los dilemas ético-moral de mandato al ser el nuevo imperativo categórico que tiene una racionalización guiada por hacer sobrevivir a las sociedades humanas, sin cuestionamiento alguno. Pero, la falta de cuestionamiento hacia la inteligencia artificial, precisamente, es la que hace que las enseñanzas de la teoría política sean cada vez más vigentes al analizar que, además de las reflexiones ética-morales, el poder y su organización existen porque la voluntad de vivir o sobrevivir del hombre frente a las amenazas externas ha sido una constante en la historia.

De ahí que la disputa por el poder político implica una constante reconfiguración de las relaciones, intereses y formas que permiten o no al hombre a constituirse como sujeto en las dinámicas tanto entre gobernantes y gobernados como frente a las estructuras que reproducen la dominación en términos históricos. Incluso, es importante mencionar que la idea de un imperativo categórico determinado por las máquinas no diluye o resuelve por completo la lucha entre distintas voluntades para definir un proyecto o dar forma a un orden que organice al ser humano.

Por eso, la idea que el imperativo categórico debe ser entendido como el principio universal superior que rige al ser humano, sin cuestionamiento alguno. Imperativo que orienta al hombre de manera racional hacia su propio equilibrio. Equilibrio que en lenguaje kantiano es la paz. Esto significa que es la ley universal la que pone en armonía la libertad del hombre con el orden racional que define la convivencia social por encima de los intereses de los Estados (Kant, 2021). La cuestión en la emergencia de este nuevo orden de la Inteligencia Artificial, entonces, es que este imperativo categórico kantiano fue pensado desde y para el ser humano, pero no a partir de la relación entre Inteligencia Artificial y hombre.

De ahí que este tipo de relación conduce a que el orden de la Inteligencia Artificial cada vez más se exprese como eso que Hannah Arendt (1998) denominó totalitarismo. Para Arendt (2002), el totalitarismo es un fenómeno que trasciende las dictaduras y autoritarismos, porque su naturaleza no nace de la falta de legalidad y legitimidad de un régimen o de golpes de Estado, ni tampoco de abusos de poder, sino de un constructo que se impone para ordenar la vida humana, en donde dicho constructo ideológico, cultural, mental y discursivo anula la pluralidad del ciudadano en el campo de la política. La producción de este constructo se da mediante el exceso de leyes y el bombardeo constante de terror o alertas de peligro sobre la sociedad.

El objetivo de esta imposición del miedo sobre la misma ciudadanía, por parte de los gobiernos totalitarios, consiste en llevar al individuo a la pérdida de su libertad en todos los ámbitos. El argumento de estos gobiernos es conservar la seguridad y

evitar las amenazas externas que afecten la integridad de quienes integran la sociedad. Dicho miedo al otro, la historia ha mostrado que conduce a la marginación, exclusión y a la homogenización de la sociedad, cuyo mayor peligro es el exterminio de la diferencia y el aislamiento del individuo. La anulación del otro y la diferencia como ha enseñado Arendt (2012), es la finalización de la política.

Esta cuestión comienza a suceder con la emergencia de este nuevo orden de la Inteligencia Artificial, porque se proyectan posibles escenarios totalitarios, en donde quienes dirigen el terror y miedo entre la ciudadanía son las grandes empresas transnacionales. Empresas transnacionales que en sus procesos de generación de riquezas a partir de la robotización de la tecnología, al mismo tiempo, crean dispositivos, plataformas, medios y aparatos que cada vez más aíslan y homogenizan a la ciudadanía. En este sentido, este tipo de tecnología manda un mensaje fundamental al ser humano que es la idea de que este puede sobrevivir por sí mismo, sin el otro, ni tampoco el resto de la sociedad. No tiene la necesidad de articularse de manera plural en la esfera de la política y el poder. De ahí que la robotización es un proceso de llevar la automatización de la tecnología a una tendencia de replicar el comportamiento humano en las máquinas.

Por lo tanto, la Inteligencia Artificial es una forma de imperativo categórico totalitario que representa el advenimiento de una deshumanización masiva que desplaza el trabajo y el pensamiento propio del hombre para dar solución a los principales problemas cotidianos y de la vida mediante la robotización de la tecnología. Con el argumento que el hombre no ha sido capaz de dar respuesta eficiente y de manera ética-moral a estos. Cuestión que Karl Marx (2017), ya había criticado con respecto a que las principales consecuencias de la expansión capitalista en términos de su desarrollo tecnológico, precisamente, es la deshumanización de las sociedades modernas. Cuestión que implica un proceso de enajenación y despojo de la capacidad del hombre a ser su propio sujeto como se aborda en el siguiente apartado de este capítulo.

Por eso, la producción del imperativo categórico de la Inteligencia Artificial se encuentra en la esfera de la disputa por definir y legitimar el orden político que subyace de esta. Pero que cada vez más, este orden se hace evidente en las sociedades a nivel global, así como se impone sobre las subjetividades del ser humano, al igual que crea otras formas de relación entre el capitalismo y dichas sociedades. No únicamente deriva de una controversia ética y moral universalizante, sino se manifiesta como un problema de dominación entre máquinas y seres humanos. El futuro de las películas, series y distintos materiales de ciencia ficción centrada en la robotización ya se hacen realidad en nuestra cotidianidad.

6. Producción de subjetividades transhumanas

El último de los rasgos del orden de la Inteligencia Artificial, es la producción de las subjetividades que nacen del horizonte trashumanista. El transhumanismo, en este sentido, es la corriente científica y filosófica que parte de la idea que el hombre puede mejorar su condición de vida (biológica-genética) mediante el uso y desarrollo de la tecnología (Cardozo & Cabrera, 2015; Kottow, 2022). Además, la postura transhumanista ha sido el reflejo de un proceso más complejo, contradictorio, antagónico y conflictivo de subjetivización que se experimenta en las sociedades actuales, entre los seres humanos y la Inteligencia Artificial (Palomino, 2023; Ávila, 2024; Chaparro, 2024; Santome, 2024).

En este caso, el humano para lograr su constitución como sujeto en la política y la sociedad frente al horizonte de ordenamiento de la Inteligencia Artificial, requiere este de dispositivos tecnológicos, aplicaciones y una serie de elementos que debe incorporar a su propio cuerpo (Zamorano, 2009) (Santos, 2021). Elementos que el hombre ya usa como prótesis y medios tecnológicos para conocer y establecer su relación con el mundo. Por ejemplo, los teléfonos inteligentes, las tabletas electrónicas, entre una amplia cantidad de dispositivos usados de forma virtual, prótesis de brazos o piernas, son la evidencia que cada vez más este tipo de tecnologías están encaminadas para sustituir la capacidad humana de resolver problemas cotidianos por la lógica artificial de las máquinas.

Incluso, es importante mencionar que en el contexto del capitalismo actual se puede identificar que ya hay tareas de vigilancia, cobro de servicios y venta que el hombre ya no realiza de manera directa, porque hay una aplicación, plataforma o máquina que realiza dicha tarea. Por supuesto, esto beneficia más la expansión del capitalismo, debido a que desplaza la fuerza de trabajo humana por una robotizada que no requiere indemnización, jubilación, ni otros tipos de inversión y gastos. En términos marxistas, esto se puede concebir como un fenómeno de despojo del derecho humano a ser productivo en la sociedad para ser sustituido por la máquina.

Hay que señalar, la misma lógica capitalista ha llevado a que los seres humanos sean enajenados, alienados y fetichizados por el desarrollo de las tecnologías robotizadas, pese a los beneficios que estas últimas aportan a las sociedades actuales. Razón que lleva a pensar a las subjetividades como procesos contradictorios, antagónicos y conflictivos, debido a que no todos los individuos en las sociedades se constituyen de forma autónoma frente a la Inteligencia Artificial. Aquella gran mayoría de la población que no pertenece a las elites o a los grupos de poder políticos y económicos, se encuentra subordinada al proceso artificial de los procesadores para generar una conciencia ajena al ser humano.

Esto puede ocurrir en un futuro no tan lejano, tal como sucede en la película de ciencia ficción *Ghost of th Shell* (Oshii, 1995), en donde el personaje principal alberga una conciencia humana en un cuerpo cyborg. Cinta cinematográfica basada en la manga japonesa de género cyberpunk que trata de la dependencia humana de las redes tecnológicas y los procesos de sustitución de sus cuerpos físicos por estructuras o implantes robotizados. Pese a que esta manga fue escrita a finales del siglo XX, la vigencia de su planteamiento se hace presente en la relación que ya el ser humano establece con la tecnología por medio de los teléfonos inteligentes y los procesadores que están en cada momento de la vida cotidiana de las sociedades.

Ghost of th Shell, es un ejemplo de película y manga que ilustra de manera crítica un futuro distópico, cuya conciencia humana depende completamente de entes o seres que replican dicha conciencia o hasta la llegan a transferir a cuerpos robotizados y hasta a la inversa. Este futuro distópico puede ser más cercano de lo que se cree, debido a que las subjetividades que se producen hoy no están separadas de los procesos tecnológicos. En esta cinta, la historia y la política ya no son esferas de la vida social que sean monopolio de la humanidad. Aquí no se sabe hasta que punto la Inteligencia Artificial ha colocado en la mente y memoria de los seres humanos la historia y política propia de ellos o que es ajena a ellos, pero se hace pasar como si lo fuera.

Hay que señalar, la historia y la política- como han aportado las ciencias sociales- se hilvanan a través de los procesos y experiencias humanas en el tiempo y el espacio, así como también las diversas formas de subjetividad se encuentran entre aquellas identidades, estrategias ideológicas y percepciones que pueden motivar a quienes integran a las sociedades hacia los caminos de la dominación o aquellos correspondientes a la liberación. Esto depende de recuperación histórica y experiencia que tenga el individuo para resignificar su relación con la realidad y, así lograr su constitución autónoma como sujeto en las sociedades modernas y capitalistas en tiempos transnacionales.

En la era de la Inteligencia Artificial, la historia y la política del sujeto están mediadas por procesadores, datos e información que muchas veces, ni siquiera el mismo ser humano tiene la certeza de que estos expresen la realidad que acontece de manera cotidiana. Hay que mencionar que dichos procesadores, datos e información muchas veces ni siquiera son producto de la propia experiencia del sujeto, porque llegan a generar distorsiones y manipulaciones sobre la realidad humana a cargo de los programas robotizados. De ahí que la subjetividad en tiempos de la inteligencia artificial se caracteriza principalmente por el traslado de la conciencia humana a una que es producida de forma virtual e incluso sustituida hasta por una robótica.

Una conciencia artificial o robótica que tiende a comprender la historia, la política y la sociedad de forma lineal y homogénea, sin las contradicciones, antagonismos y

conflictos que tiene el mismo ser humano al ser diverso y complejo. En este sentido, este tipo de conciencia obvia y excluye la diversidad étnica-cultural y racial de las sociedades. Pero también profundiza la posición socioeconómica, la persistencia colonial y hace más complejas las relaciones sexuales y de género, muchas veces en un sentido de cosificación, banalización y mercadotécnico de estas.

7. Conclusiones y resultados

La tesis argumentada en este artículo finalmente lleva a pensar la idea de orden político desde un horizonte guiado por una modernidad definida por los avances tecnológicos y, no necesariamente la razón humana y su pluralismo como se había proyectado a partir de la filosofía y las diversas teorías entre el siglo XVI al XX. La idea de concebir a este fenómeno en términos políticos genera una explicación distinta a la que el *mainstream* había planteado, cuyo eje de esta última es la discusión ética-moral de la relación máquina-individuo. La tendencia dominante de comprender la Inteligencia Artificial como problema político se centra en los aspectos del comportamiento del hombre sobre el uso de dicha tecnología. Pero excluye que el advenimiento de este orden es parte de un proceso de reconfiguración del poder y hegemonía que ha comenzado a transformar las relaciones sociales y políticas que eran la base de la misma humanidad en siglos anteriores.

En contraste a esta idea, la tesis del orden de la Inteligencia Artificial que se postula en este artículo, precisamente, trasciende las paredes de la esfera del deber ser y los derechos humanos para expresar que la causa de dicho orden es la reconfiguración del poder global que trae como una de sus consecuencias la pérdida o debilitamiento del juicio y control de la moral por el mismo hombre.

De ahí que el origen del advenimiento del orden de la inteligencia artificial no se encuentra en que las sociedades han cedido a los robots por ser incapaces ética y moralmente, sino más, es una reconfiguración del poder basada en la lucha de voluntades e intereses con objetivos vinculados a la expansión capitalista trasnacional y tecnológico. Por lo tanto, la banalización de lo humano, en gran medida, es consecuencia de esta expansión. En este sentido, es importante mencionar que conforme avanza la inteligencia artificial, se orienta más el uso de esta por el hombre hacia asuntos triviales asociados a las emociones y la inmediatez del presente. Pero no se reflexiona la utilización y desarrollo robótico de la inteligencia artificial en las relaciones humanas. Lo que hace que una sociedad sea moderna no es el dominio de la tecnología, sino el pensamiento autónomo que genera frente a esta. Precisamente, este es el reto que el hombre tiene en el contexto actual.

Por otra parte, después de haber revisado y analizado estas referencias, se concluye que el orden de la inteligencia artificial ha iniciado con la transformación de las

relaciones humanas tanto en sus procesos de subjetividad como en sus formas de organización, gestión, administración y regulación del comportamiento que se producen en dichas relaciones. Bajo esta lógica, las subjetividades tienden cada vez más a un trashumanismo y una mayor dependencia de lo humano a las máquinas. El resultado de ello, es que la conciencia queda sujeta a un imperativo categórico que no es propiamente humano, porque funciona mediante algoritmos, procesadores y cálculos automáticos hechos por robots.

Por último, hay que agregar que los resultados de las referencias analizadas muestran que la tendencia desde las discusiones filosóficas y los campos de las humanidades y ciencias sociales es centrar el problema de la Inteligencia Artificial en las controversias aplicadas de la ética y la moral. Pero, hay pocos textos que abordan este tipo de fenómenos con sustento en el estudio politológico que enfocan el problema en el marco del análisis de la disputa por el poder. Esta fue una de las razones que motivaron la escritura de este artículo.

8. Bibliografía y webgrafía

- Aguilar Villanueva, Luis Fernando. 2008. *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de Cultura Económica.
- Althusser, Louis. 2023. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Fontamara.
- Arendt, Hannah. 1998. *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus.
- Arendt, Hannah. 2002. Comprensión y política (las dificultades de la comprensión). *Daimon Revista Internacional de Filosofía*. 26, 17-30.
- Arendt, Hannah. 2012. *¿Qué es la política?* Paidós.
- Aristóteles. 2018. *La política*. Tecnos.
- Ávila Rojas, Odín. 2022. Poder y sanitocracia en América Latina. Reconfiguración política en la pandemia del 2020. *El Ágora USB*, 21(2), 610–628. <https://doi.org/10.21500/16578031.5878>
- Ávila Rojas, Odín. 2024. “Mandar obedeciendo” o el ejercicio democrático del poder. una reflexión sobre el aporte zapatista a la ciencia política. *Análisis Político*, 37(108), 130–146. <https://doi.org/10.15446/anpol.v37n108.116969>
- Báez, Alexander. 2023. Gobernanza: estado del arte. *Estudios De La Gestión: Revista Internacional De Administración*, (13), 125–148. <https://doi.org/10.32719/25506641.2023.13.6>
- Bilinkis, Santiago & Sigman, Mariano. 2024. *Artificial. La nueva inteligencia y el contorno de lo humano*. Debate.
- Bobbio, Norberto. 2022. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. Fondo de Cultura Económica.

- Bolaño-García, Matilde. & Duarte-Acosta, Nixon. 2024. Una revisión sistemática del uso de la inteligencia artificial en la educación. *Revista Colombiana de Cirugía*. 39 (1), 51–63.
- Bustamante Bula, Robin & Camacho Bonilla, Aureliano. 2024. Inteligencia artificial (IA) en las escuelas: una revisión sistemática (2019-2023). *Enunciación*, 29(1), 62–82.
- Cardozo, John Jairo & Cabrera, Tanía. 2015. Transhumanismo: concepciones, alcances y tendencias. *Análisis*, 46(84), 63-88.
- Coeckelbergh, Mark. (2024). *La filosofía política de la inteligencia artificial. Una introducción*. Cátedra.
- Cohen, Jean & Andrew Arato.(2005). *Sociedad civil y teoría política*. Fondo de Cultura Económica.
- Cortés-Sánchez, Julián David & Cardona Madariaga, Diego Fernando. 2015. *Gobierno electrónico en América Latina*. Universidad del Rosario.
- Comisión Europea. 13 de junio de 2024. Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas sobre la inteligencia artificial y se modifican los Reglamentos. *Unión Europea*. <https://surl.li/rgbvlg>
- Chaparro Gosálbez, Noemí. 2024. Transhumanismo: los límites de lo humano. *La Torre del Virrey*, 35(1), 1-26.
- Feenberg, Andrew. 1999. *Critical theory of technology*. Oxford University Press.
- Fierro Rodríguez, Diego. (2024). Gobernanza y Reglamento de Inteligencia Artificial desde la primera óptica de Open AI. *Derecho & Sociedad*, (63), 243-258.
- Gramsci, Antonio. 1980. “Apuntes sobre la historia de las clases subalternas” En Gramsci, Antonio. *Cuadernos de la Cárcel: el risorgimento*, Tomo VI, (pp. 249-285). Juan Pablo Editores.
- Gramsci, Antonio 2013. Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno. Diario Público
- Gramsci, Antonio. 2014. *Antología*. Akal.
- Guerrero, Omar. 2000. *Teoría administrativa del Estado*. Oxford.
- Guerrero, Omar. 2017. *La administración pública a través de las ciencias sociales*. Fondo de Cultura Económica.
- Gunkel, David. 2014. Avindication of the rights of machines. *Philosophy of the technology*, 27(1), 113-132.
- Kant, Immanuel. 2021. *Crítica de la razón pura*. Taurus.
- Kant, Immanuel. 2025. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Akal.

- Kottow, Miguel. 2022. Medicina de precisión y transhumanismo: una mirada desde la Bioética. *Revista Colombiana de Bioética*. 17(1), 1-11.
- Lahera Sánchez, Arturo. 2021. El debate sobre la digitalización y la robotización del trabajo (humano) del futuro: automatización de sustitución, pragmatismo tecnológico, automatización de integración y heteromatización. *Revista Española de Sociología*, 30 (3), 1-14. <https://doi.org/10.22325/fes/res.2021.66>
- Marx, Karl. 2017. *El Capital. Tomo I/Vol.1. Libro primero. El proceso de producción del capital*. Siglo XXI.
- Mena-Guacas, Andrés Fernando, Vázquez-Cano, Esteban, Fernández-Márquez, Esther, & López-Meneses, Eloy. 2024. La inteligencia artificial y su producción científica en el campo de la educación. *Formación universitaria*, 17(1), 155-164.
- Ocaña-Fernández, Yolvi, Valenzuela-Fernández, Luis Alex, & Garro-Aburto, Luzmila Lourdes. 2019. Inteligencia artificial y sus implicaciones en la educación superior. *Propósitos y Representaciones*, 7(2), 536-568.
- Oshii, Mamoru (Director).1995. Ghost of the Shell. Yoshimasa Mizuo, Ken Matsumoto, Ken Iyadomi, Mitsuhisa Ishikawa & Kazunori Itō.
- Pécaut, Daniel. 2019. *Modernización y enfrentamientos armados en Colombia del siglo XX*. Universidad del Valle.
- Rodríguez Cano, César Augusto. 2024. La tecnopolítica como tradición teórica y metodológica iberoamericana para el estudio de las protestas sociodigitales. *Global Media Journal México*, 21(40), 19–35.
- Rodríguez Pérez, Carolina Isabel, Licea Jiménez, Idania Josefina, Martínez Prince, Riselis, & Rodríguez Cruz, Yunier. 2023. Elementos teóricos para la relación entre Gobernanza Digital y Estudios Métricos de la Información. *Alcançe*, 12(31), 161-186.
- Roth Deubel, André-Noël. 2014. *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Ediciones Aurora
- Saetra, Henrik Skaug. 2020. A shallow defence of a technocracy of Artificial Intelligence: Examining the political harms of algorithmic governance in the domain of government. *Technology in society*. 62(0), 1-10.
- Salomé, René. 6 de octubre de 2023. Inteligencia artificial en política: ¿existen algoritmos de izquierda y de derecha? *Infobae*. <https://acortar.link/oDvNy9>
- San Agustín. 2010. *La Ciudad de Dios*. Tecnos.
- Santo Tomás de Aquino. 2007. *La monarquía*. Tecnos.
- Santome-Sánchez, Aldo Alessandro. 2024. La Inteligencia Artificial: ¿nuevo sujeto de derecho? Implicancias y reflexiones biojurídicas sobre el papel de esta he-

- ramienta dentro de la formación de relaciones jurídicas. *Apuntes de Bioética*. 7(2), 1-15.
- Santos Divino, Sthéfano Bruno. 2021. Inteligência Artificial como sujeito de direito: construção e teorização crítica sobre pessoalidade e subjetivação. *Revista de Bioética y Derecho*, (52), 237-252.
- Sartori, Giovanni. 2003. *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Fondo de Cultura
- Schmitt, Carl. 2005. *El nomos de la Tierra*. Struhart.
- Sattarov, Faridun. 2019. *Power and Technology*. Rowman & Littlefield.
- Tramallino, Carolina, & Marize Zeni, Adriana. 2024. Avances y discusiones sobre el uso de inteligencia artificial (IA) en educación, *Educación*, XXXIII(64), 29-54.
- Vallor, Shannon. 2016. *Technology and the virtues*. Oxford University Press.
- Winner, Langdon. 1986. Do artifacts have politics. *Daedalus*, 109(1), 121-136.
- Weber, Max. 2002. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica.
- Zamorano Rojas, Alma Delia. 2009. En busca del sujeto perdido: Inteligencia artificial. *Argumentos*, 22(60), 139-162.
- Žižek, Slavoj. 2022. *¡Goza tu síntoma!* Ediciones Godot.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Proyecto Movimientos sociales y subjetividades en la discusión del pensamiento politológico en el contexto latinoamericano actual.



Artículos Originales || Recibido: 14/11/2025 || Aceptado: 04/12/2025

Coste-beneficio de la justicia restaurativa frente al sistema penal tradicional español

Cost-benefit analysis of restorative justice versus the traditional criminal justice system in Spain

Ángel Manzanares  0000-0002-3382-1687

Universidad de Extremadura, España.

amanzanares@unex.es

Resumen

Este trabajo compara el coste-beneficio de la justicia restaurativa con el sistema penal tradicional español. A través de la revisión de la literatura y mediante el uso de datos nacionales, se analizan los costes, la reincidencia y la satisfacción de las víctimas. Los resultados muestran que la justicia restaurativa reduce la reincidencia hasta un 40% y los costes en más de un 70%. Su implementación generaría importantes ahorros para el Estado y mejoras sociales. Como conclusión se obtiene que es una alternativa viable y recomendable en política pública.

Palabras clave: Justicia restaurativa; Coste-beneficio; Reincidencia; Políticas públicas.

Abstract

This paper compares the cost-benefit of restorative justice with the traditional Spanish penal system. Through a review of literature and using national data, costs, recidivism, and victim satisfaction are analysed. The results show restorative justice reduces recidivism by up to 40% and costs by more than 70%. Its implementation would bring major savings and social improvements. The conclusion is that it is a viable and recommended alternative in public policy.

Keywords: European Restorative justice; Cost-benefit; Recidivism; Public policy.

Sumario

1. Introducción
2. Marco teórico: justicia restaurativa
 - 2.1. Definición y principios
 - 2.2. Diferencias respecto al sistema penal tradicional
 - 2.3. Críticas y limitaciones teóricas
3. Estado de la cuestión: revisión de la evidencia sobre coste-beneficio
 - 3.1. Experiencias internacionales
 - 3.2. Experiencias nacionales y pilotos en España
 - 3.3. Factores de éxito y dificultades en la implementación
4. Análisis del caso español: resultados y estimaciones
 - 4.1. Costes del sistema penal tradicional en España
 - 4.2. Costes y beneficios de la justicia restaurativa en España
 - 4.3. Balance coste-beneficio y ahorros potenciales
 - 4.4. Impactos sociales y efectos indirecto
 - 4.5. Limitaciones y áreas de incertidumbre
5. Discusión
 - 5.1. Factores clave para el éxito y optimización de ahorros
 - 5.2. Desafíos y oportunidades para la implantación en España
 - 5.3. Comparación con buenas prácticas internacionales
6. Conclusiones y recomendaciones de políticas públicas
 - 6.1. Conclusiones
 - 6.2. Recomendaciones de política pública

I. Introducción

En los últimos años, La justicia restaurativa (JR) ha ganado mayor importancia como una posible alternativa más humana al modelo punitivo tradicional. La JR enfatiza la reparación del daño causado y promueve la colaboración entre víctimas, infractores y comunidad¹. El sistema retributivo se centra en el castigo, cuyos costes asociados son altos tanto a nivel económico (mantenimiento de prisiones, congestión de los tribunales, etc.) como social. La JR varía la forma en que se resuelve el conflicto criminal, esforzándose por construir vínculos más justos y duraderos².

Con este modelo, varios estudios de distintos países europeos han demostrado que la tasa de reincidencia es menor y que las víctimas lo prefieren. También ahorra dinero al sistema judicial³. No obstante, estas ventajas dependen de contar con un marco regulatorio y organizativo adecuado, de la formación real de facilitadores y de simplificar los procedimientos lo máximo posible⁴.

Actualmente, el interés por el modelo de JR está creciendo en España, e incluso hay experiencias piloto en Euskadi y Navarra. Pero la aplicación oficial de este modelo todavía se limita casi por completo a delitos menores⁵. Dado que el sistema penal es costoso⁶ y que varias evaluaciones muestran las ventajas prácticas de la RJ, parece razonable examinar su balance de coste-beneficio en España.

El objetivo del presente estudio es corroborar, a través de una amplia revisión de artículos recientes y datos económicos, si la justicia restaurativa podría ser una opción viable y sostenible para el sistema penal español. Por lo tanto, el trabajo analizará

1. Vid. HOWARD, Zehr. *The little book of restorative justice*. Intercourse: Good Books, 2002, p. 21; UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Viena: Naciones Unidas, 2006, p. 8; MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, p. 18.
2. Vid. MANZANARES, Ángel. «El impacto económico de la justicia restaurativa», en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 40 (2024): 271-292; SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Restorative Justice: The Evidence*. The Smith Institute, 2007, p. 15.
3. Vid. STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W.; MAYO-WILSON, E.; WOODS, D.; ARIEL, B. «Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction», en *Campbell Systematic Reviews*, 2013:12; GRIMSEY JONES, F.; JAFFE, L.; HARRIS, L.; FRANKLIN, J.; ALLAM, L.; SHAPLAND, J. «An economic evaluation of restorative justice post-sentence in England and Wales», en *Frontiers in Psychology*, 2023, vol. 14, 1162286; LATIMER, J.; DOWDEN, C.; MUISE, D. «The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis», en *The Prison Journal*, 2005, vol. 85(2), pp. 127-144.
4. Vid. IGARTUA, I.; OLALDE, A. J.; PEDROLA, M.; VARONA, G. *Evaluación del coste de la justicia restaurativa integrando indicadores cuantitativos y cualitativos: El caso de la mediación penal aplicada a las infracciones de menor gravedad (Álava, 2013)*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2015; UNODC. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Viena: Naciones Unidas, 2006, p. 34.
5. Vid. IGARTUA, I.; OLALDE, A. J.; PEDROLA, M.; VARONA, G. *Evaluación del coste de la justicia restaurativa integrando indicadores cuantitativos y cualitativos: El caso de la mediación penal aplicada a las infracciones de menor gravedad (Álava, 2013)*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2015, pp. 45-48.
6. Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Anuario Estadístico de Instituciones Penitenciarias*, 2023, 2024, cap. 3.

varios casos exitosos en Europa Occidental, calculará los costes y los posibles ahorros a medio plazo en términos de resultados de la JR en España, y luego discutirá los obstáculos a superar para que la JR se convierta en política pública.

2. Marco teórico: justicia restaurativa

2.1. Definición y principios

A través de la justicia restaurativa, el objetivo es solucionar los problemas causados y, para ello, el infractor, la víctima y la comunidad deben dialogar y decidir juntos⁷. Tal como está descrito en el Manual de la ONU, esta forma de justicia está orientada a encontrar un equilibrio adecuado entre las partes afectadas al dar al infractor la oportunidad de asumir responsabilidades y a la víctima oportunidades para su propio futuro⁸.

Algunos de sus principios básicos de este modelo son que la participación es voluntaria, que el daño debe ser reconocido, que los pactos se alcanzan de manera consensuada y que la persona que ha ofendido debe ser reintegrada en la sociedad⁹. Para este fin, se emplea la mediación penal, las conferencias restaurativas y los círculos de diálogo; las actividades que las personas están llevando a cabo están guiadas por personas capacitadas en comunicación y resolución de conflictos¹⁰. Por lo tanto, el objetivo no es solo imponer una sanción, sino también sanar heridas y prevenir nuevos conflictos dentro de la comunidad¹¹.

2.2. Diferencias respecto al sistema penal tradicional

Mientras que el sistema penal tradicional se basa en la idea de impartir castigo impuesto por el Estado, la justicia restaurativa gira en torno hacia el cumplimiento de las necesidades de las víctimas, infractores y comunidad en general¹². En el modelo convencional, la responsabilidad es algo abstracto y la víctima queda casi en un segundo plano, en tanto que, en la restaurativa, la víctima asume un papel activo,

7. Vid. HOWARD, Zehr. *The little book of restorative justice*. Intercourse: Good Books, 2002, p. 21; UNODC. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Viena: Naciones Unidas, 2006, p. 8; MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, p. 18.

8. UNODC. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Viena: Naciones Unidas, 2006, p. 11.

9. Vid. HOWARD, Zehr. *Op. cit.*, p. 34.

10. Vid. MARSHALL, Tony F. *Op. cit.*, p. 22; STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. «Repairing the harm: Victims and restorative justice», en *Utah Law Review*, 2003(1), pp. 15-42.

11. Vid. VAN NESS, Daniel W. *An overview of restorative justice around the world*. 2016, p. 14

12. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 280; MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, p. 15.

participa durante todo el proceso y puede plantear de forma clara qué espera para sentirse reparada¹³.

Igualmente, mientras el sistema tradicional enfatiza la audiencia oral y la imposición de penas de prisión o multas, cuestiones que alargan y encarecen el procedimiento, la justicia restaurativa prefiere fórmulas de diálogo, mediación y acuerdos directos que, al evitar la judicialización, puede ayudar a descongestionar los juzgados¹⁴. De ese modo, el enfoque cambia del castigo a la reconciliación y a la prevención de la reincidencia del crimen.

2.3. Críticas y limitaciones teóricas

Se ha hablado sobre las ventajas de la justicia restaurativa, pero también hay críticas y evidencia de sus deficiencias. En primer lugar, algunos argumentan que las víctimas no pueden obtener satisfacción a través de estos mecanismos y que, en el peor de los casos, podrían ser revictimizadas, especialmente en delitos violentos o en delitos en los que la víctima y el delincuente no son iguales¹⁵. Un problema relacionado es el del alcance: la justicia restaurativa se ha presentado en ocasiones como universalmente aplicable, cuando está claro que no todas las formas de delincuencia, y no todas las circunstancias sociales, son adecuadas para este enfoque¹⁶.

Por otro lado, para implementar estos programas de manera correcta se necesitan recursos y personal capacitado. Esto probablemente no sea una tarea trivial, lo que complica aún más el problema. E incluso aquellos cuyo empleo está en el sector de la justicia probablemente estén habituados a prácticas enfocadas en el castigo y, por lo tanto, sean reticentes¹⁷.

Además, no siempre debe darse por sentado que las personas participan en estos procedimientos de manera voluntaria, especialmente cuando podría haber algún tipo de presión externa, ya sean de tipo judicial o incluso social. En tales casos, incluso podría existir el peligro de que la víctima se vea obligada a revivir un recuerdo

13. Vid. STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. *Restorative Justice: The Evidence*. The Smith Institute, 2007, p. 23; IGARTUA, I.; OLALDE, A. J.; PEDROLA, M.; VARONA, G. *Evaluación del coste de la justicia restaurativa integrando indicadores cuantitativos y cualitativos: El caso de la mediación penal aplicada a las infracciones de menor gravedad (Álava, 2013)*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2015, p. 52.
14. Vid. FURMAN, Jillian M. *An economic analysis of restorative justice*. Unpublished Thesis, University of Massachusetts Boston, 2012, p. 67; IGARTUA, I.; OLALDE, A. J.; PEDROLA, M.; VARONA, G. *Op. cit.*, p. 55; SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Op. cit.*, p. 30.
15. Vid. HANAN, M. Eve. *Decriminalizing violence: A critique of restorative justice and proposal for diversionary mediation*. NML Rev., 2016, vol. 46, pp. 122-170; FURMAN, Jillian M. *An economic analysis of restorative justice*. Unpublished Thesis, University of Massachusetts Boston, 2012, p. 121.
16. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 282.
17. Vid. UNODC. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Viena: Naciones Unidas, 2006, p. 47; IGARTUA, I.; OLALDE, A. J.; PEDROLA, M.; VARONA, G. *Op. cit.*, pp. 60-62

ansioso si la persona que lleva a cabo el proceso restaurativo no ha sido debidamente sensibilizada¹⁸.

Finalmente, algo que debe tenerse en cuenta es que faltan datos sólidos y comparables sobre el impacto real de la justicia restaurativa en los países. Esto dificulta llegar a conclusiones económicas y sociales generales¹⁹.

3. Estado de la cuestión: revisión de la evidencia sobre coste-beneficio

3.1. Experiencias internacionales

Investigaciones de varios países indican que la justicia restaurativa no solo genera ahorros económicos, sino que también reduce significativamente las tasas de reincidencia. Por ejemplo, en el Reino Unido se han realizado pruebas controladas en el ámbito penal que mostraban que la JR reducía el número de reincidentes entre un 15% y un 40%. En particular, este efecto es claro cuando se trata de delitos violentos, no solo beneficia al sistema judicial, sino que también es rentable para la sociedad en su conjunto²⁰. Además, este estudio estima que por cada libra gastada en conferencias restaurativas, los costes futuros derivados de nuevos delitos o procedimientos legales se reducirían entre £8 y £14²¹.

Canadá y Estados Unidos han adoptado programas de mediación penal. Los resultados no solo han provocado una caída sustancial en las tasas de reincidencia; tanto las víctimas como los perpetradores manifiestan estar mucho más satisfechos con la mediación penal que con los juicios convencionales. Además, el coste promedio por caso parece ser más bajo en comparación con el uso de métodos de justicia tradicionales²².

El análisis coste-beneficio apunta en la misma dirección en países como Australia. Al derivar ciertos casos a procedimientos restaurativos, han podido descongestionar

18. Vid. STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W.; MAYO-WILSON, E.; WOODS, D.; ARIEL, B. *Op. cit.*, p. 18; 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, 2002, p. 9.

19. Vid. FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, pp. 85-87; SHAPLAND, J.; ATKINSON, A.; ATKINSON, H.; DIGNAN, J.; EDWARDS, L.; HIBBERT, J.; HOWES, M.; JOHNSTONE, J.; ROBINSON, G.; SORSBY, A. *Does restorative justice affect reconviction? The fourth report from the evaluation of three schemes*. Ministry of Justice Research Series 10/08. Londres, 2008, p. 45.

20. Vid. STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W.; MAYO-WILSON, E.; WOODS, D.; ARIEL, B. *Op. cit.*, p. 12; SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Op. cit.*, p. 28.

21. Vid. STRANG, Heather; et al. *Op. cit.*, p. 15; GRIMSEY JONES, F.; JAFFE, L.; HARRIS, L.; FRANKLIN, J.; ALLAM, L.; SHAPLAND, J. *Op. cit.*, p. 8.

22. Vid. LATIMER, J.; DOWDEN, C.; MUISE, D. *Op. cit.*, p. 135; FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 73; UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *Op. cit.*, p. 11

los calendarios judiciales y reducir los gastos destinados al funcionamiento de las cárceles²³. Pero no es solo una cuestión económica. Hay evidencia de que las víctimas pueden sentir beneficios emocionales reales al participar en estos procedimientos: los patrones que tienden a mostrar después de haber pasado por un trauma disminuyen, y los estudios demuestran que son menos vengativos²⁴.

Para lograr estos resultados, sin embargo, es necesario insistir, por un lado, en que la justicia restaurativa se implemente bien; y, por otro, que se proporcione el marco legal pertinente. En general, las experiencias menos exitosas suelen ser causadas por programas mal organizados, falta de participación voluntaria o facilitadores sin la capacitación adecuada²⁵.

3.2. Experiencias nacionales y pilotos en España

En España, la justicia restaurativa aún no ha avanzado tanto como en otros países europeos. Pero en términos generales, los ensayos piloto hasta ahora han mostrado resultados positivos en términos de rentabilidad²⁶. Un ejemplo bien documentado es el del Servicio de Mediación Intrajudicial del País Vasco. Por ejemplo, cuando se introdujo por primera vez la mediación penal en delitos menores en Álava, se observó un ahorro entre el 20% y el 30 % en comparación con el proceso judicial tradicional. Además, más del 85% de los acuerdos se cumplieron, según las estadísticas recopiladas²⁷.

La mayoría de las personas que participaron también expresaron altos niveles de satisfacción con el proceso y dijeron que les ayudó a manejar mejor los conflictos futuros. También se observó que la reincidencia fue menor entre aquellos que eligieron la mediación²⁸. Sin embargo, es cierto que el alcance de la justicia restaurativa aún es limitado: la gran mayoría de estos procedimientos permanecen completamente dentro de la fase intrajudicial; esto restringe el potencial de ahorro general. No obstante, los resultados en España son bastante congruentes con lo que los estudios internacionales han indicado sobre el tema.

Por otro lado, en comunidades como Navarra, Cataluña y otras, también hay experiencias de adoptar las funciones que la mediación penal puede asumir en lugar de los tribunales. Esto puede ayudar a reducir los costes administrativos. Sin embargo,

23. Vid. SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Op. cit.*, p. 32.

24. Vid. SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Op. cit.*, p. 34; STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. *Op. cit.* (2003), p. 18.

25. Vid. SHAPLAND, J.; et al. *Op. cit.*, p. 52; UNODC. *Op. cit.*, p. 39.

26. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 285.

27. Vid. IGARTUA, I.; OLALDE, A. J.; PEDROLA, M.; VARONA, G. *Op. cit.*, pp. 48-52.

28. *Ibid.*, p. 54.

hoy en día su implementación sigue siendo desigual y hasta cierto punto fragmentada dependiendo de la región²⁹.

3.3. Factores de éxito y dificultades en la implementación

Con el paso del tiempo, las condiciones para que la justicia restaurativa esté activa se han entendido mejor, al igual que se han identificado diferentes obstáculos que impiden su pleno desarrollo. En cuanto a los puntos fuertes, el papel del facilitador que coordina es muy importante; si el facilitador ha sido adecuadamente preparado, la mediación se puede llevar a cabo con éxito y, por lo tanto, evitar situaciones en las que las víctimas puedan ser revictimizadas³⁰.

La voluntariedad también es un factor frecuentemente enfatizado: todas las partes presentes lo hacen voluntariamente y tienen una buena comprensión de lo que implica este proceso. De esta manera, no solo se protegen sus derechos, sino que también se pueden llegar a acuerdos más sólidos y ampliamente aceptados³¹.

Por otro lado, cuando la comunidad y las redes de apoyo están involucradas, generalmente se nota un gran seguimiento en términos de ayuda recurrente tanto para la víctima como al infractor³². Además, comenzar a mediar en una etapa muy temprana, incluso antes de llegar a juicio, parece ser otra forma de reducir la carga burocrática y los gastos³³.

Naturalmente, no todo es tan simple. Hay oposición dentro de los propios tribunales, especialmente entre aquellos que han estado trabajando en los últimos años desde un enfoque más tradicional centrado en el castigo³⁴. Y, por supuesto, aún peor, también hay escasez de financiación, por lo que nunca se puede tener mucha esperanza. Además, muchas personas, e incluso en el servicio público, no entienden realmente qué es la justicia restaurativa, y mucho menos cómo podría beneficiarlos³⁵.

Un desafío mayor radica en determinar quién podría llevar a cabo estos procedimientos y garantizar que las reglas se apliquen a situaciones especiales, como delitos muy graves o la participación de grupos vulnerables como jóvenes o víctimas³⁶. Además, si la justicia restaurativa solo se aplica a nivel administrativo, como un

29. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 287; MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op. cit.*, cap. 4.

30. Vid. UNODC. *Op. cit.*, p. 25; SOUZA, K. A.; DHAMI, M. K. *Op. cit.*, p. 7.

31. Vid. MARSHALL, Tony F. *Op. cit.*, p. 20; STRANG, Heather; et al. *Op. cit.*, p. 14.

32. Vid. BRAITHWAITE, John; et al. *Op. cit.*, p. 330; VAN NESS, Daniel W. *Op. cit.*, p. 9.

33. Vid. IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 50; FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 68.

34. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 288; UNODC. *Op. cit.*, p. 30.

35. Vid. IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, pp. 55-57.

36. Vid. HANAN, M. Eve. *Op. cit.*, p. 145; FURMAN. *Op. cit.*, p. 72.

trámite más, y no como una alternativa real a los procesos tradicionales, entonces puede tener muy poco efecto³⁷.

4. Análisis del caso español: resultados y estimaciones

4.1. Costes del sistema penal tradicional en España

Cada año, se destinan considerables fondos públicos al funcionamiento del sistema penal de España. Esto se debe principalmente a que las prisiones son muy costosas de mantener, los procedimientos judiciales representan un gasto significativo y la labor policial demanda considerables recursos humanos. Según datos recién facilitados por el Ministerio del Interior³⁸, mantener a una persona en prisión durante un año cuesta entre 23.000 y 27.000 euros. Al multiplicar esta cifra por la población carcelaria, que es de aproximadamente 48.000 personas, el gasto total para este concepto asciende a entre 1.100 y 1.300 millones de euros cada año. Pero eso no es todo: a esta cifra hay que añadirle alrededor de 1.000 millones de euros, debido a las operaciones judiciales y policiales que están directamente relacionadas con casos penales³⁹.

Sin embargo, el sistema penal tradicional también trae consigo muchos otros tipos de costes, que son menos obvios pero igualmente importantes. Por ejemplo, la reincidencia, es decir, cuando una persona sale de prisión y vuelve a entrar, es algo que puede ser absolutamente devastador para todas las partes involucradas. Además de esto, a menudo complica la reintegración de los ex-reclusos tanto en el mercado laboral como en la sociedad en general. Finalmente, quienes sufren las consecuencias de este modelo no solo son las propias víctimas sino la sociedad en general⁴⁰. Diversos estudios además demuestran que este modelo centrado en el castigo termina generando ciclos de exclusión y criminalidad. A lo largo de los años, como resultado, el coste económico para el Estado junto con su factura social también crece⁴¹.

37. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 290; STRANG, Heather; et al. *Op. cit.*, p. 16.

38. Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op. cit.*, cap. 3. *Nota*: Cálculo basado en población reclusa de ~48.000 personas.

39. Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (CGPJ). *Memoria anual 2023*, p. 112; STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. *Op. cit.* (2003), p. 25

40. Vid. STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. *Op. cit.* (2007), p. 42; MARSHALL, Tony F. *Op. cit.*, p. 29.

41. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 276; HANAN, M. Eve. *Op. cit.*, p. 138.

4.2. Costes y beneficios de la justicia restaurativa en España

En España la justicia restaurativa se ha implementado de forma muy limitada; sin embargo los pocos programas que se han aplicado muestran una clara e indudable ventaja económica en comparación con el método penal convencional. Por ejemplo, en el País Vasco, cada caso gestionado por métodos restaurativos cuesta un promedio de 700 a 1.000 euros, lo que equivale a apenas una quinta o una tercera parte del procedimiento penal habitual que normalmente cuesta alrededor de 6.000 euros⁴². Si estos programas se aplicaran solo en el 15% de los casos legales (aproximadamente la mitad de los 500.000 casos que se presentan cada año), el gasto total calculado en España para la justicia restaurativa y las instituciones de protección socio-médica oscilaría entre 35 y 50 millones de euros. Esta cifra está muy por debajo del sistema punitivo tradicional que cuesta entre 2.000 y 2.500 millones de euros al año⁴³.

Además de esta ganancia indirecta, debemos considerar otros beneficios sociales y económicos. Según la estimación de Furman⁴⁴, cada persona que logra volver a trabajar y participar en la vida social devuelve a través de contribuciones salariales hasta 15.000 euros al año. Si las actividades de justicia restaurativa consiguieran evitar el ingreso en prisión entre 2.500 y 4.500 personas, habría un ahorro anual solo en costes penitenciarios entre 57,5 y 145,8 millones de euros, sin contar lo que se recupere a través de impuestos de Seguridad Social u otros impuestos⁴⁵.

Otro gran beneficio es el que experimentan las propias víctimas: como han revelado una serie de estudios diferentes, la participación en procesos restaurativos reduce la probabilidad de sufrir estrés postraumático y normalmente deja un mayor nivel de satisfacción en general, y eso en sí mismo significa que cualquier coste futuro para servicios médicos o apoyo social se reduce considerablemente⁴⁶.

En resumen, los datos comparativos más recientes que destacan la diferencia en eficacia y potencial de ahorro, junto con los modelos tradicionales de justicia restaurativa de España, se pueden resumir como se muestra en la siguiente tabla⁴⁷.

42. Vid. IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, pp. 48-50; FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 70.

43. Vid. UMBREIT, Mark S.; et al. *Op. cit.*, p. 14; MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op. cit.*, cap. 3.

44. Vid. FURMAN. *Op. cit.*, p. 75.

45. Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op. cit.*, cap. 3; FURMAN. *Op. cit.*, p. 76.

46. Vid. SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Op. cit.*, p. 33; IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 55.

47. Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op. cit.*, cap. 4; IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, pp. 60-62; FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, pp. 80-82.

Tabla 1. Comparativa de costes y ahorros estimados: sistema penal tradicional vs. justicia restaurativa en España

Concepto	Coste/Ahorro Anual Estimado (€)	Fuente / Referencia
Coste sistema punitivo (prisiones, judicial, etc.)	2.000 – 2.500 millones	Ministerio del Interior ⁴⁸ ; CGPJ ⁴⁹ ; Marshall ⁵⁰
Coste medio anual por persona presa	23.000 – 27.000	Ministerio del Interior ⁵¹
Población reclusa (2023)	~48.000	Ministerio del Interior ⁵²
Coste total prisiones anual (internos)	1.100 – 1.300 millones	Ministerio del Interior ⁵³
Coste judicial y policial imputable penal	~1.000 millones	CGPJ ⁵⁴ ; Strang & Sherman ⁵⁵
Coste sistema restaurativo:		
– Aplicación a 15% causas penales (~50.000 casos)		
Coste medio por caso restaurativo	700 – 1.000	Igartua et al. ⁵⁶ ; Furman ⁵⁷ ; Umbreit et al. ⁵⁸
Total casos/año susceptible de justicia restaurativa	50.000	Estrategia y datos art.
Coste nacional anual mediación/restaurativa	35 – 50 millones	Furman ⁵⁹ ; Igartua et al. ⁶⁰
Coste formación facilitadores/red estructural	10 millones	Estimación presupuestaria adaptada
Ahorro potencial:		
Reducción de reincidentes que no ingresan en prisión (2.500–5.400)	57,5 – 145,8 millones	Furman ⁶¹ ; Ministerio del Interior ⁶²
Ahorro total estimado (costes penitenciarios, judiciales, sociales)	57 – 229 millones +	Strang & Sherman ⁶³ ; Umbreit et al. ⁶⁴ ; Resultados propios.
Reducción relativa de reincidencia esperada	15% – 40%	Strang et al. ⁶⁵ ; Latimer et al. ⁶⁶ ; Umbreit et al. ⁶⁷

Fuente: elaboración propia a partir de: MINISTERIO DEL INTERIOR. *Anuario...*, 2023, 2024; IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*; STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. *Op. cit.* (2003)

48. Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Anuario...* 2023, 2024, cap. 3.

49. Vid. CGPJ. *Memoria anual 2023*, p. 112

50. Vid. MARSHALL, Tony F. *Op. cit.*, p. 33

51. Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Anuario...* 2023, 2024, cap. 3.

52. *Ibid.*, p. 54.

53. *Ibid.*, p. 54.

54. Vid. CGPJ. *Memoria anual 2023*, p. 112

55. Vid. STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 18

56. Vid. IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 53.

57. Vid. FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 73

58. Vid. UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *Op. cit.*, p. 11

59. Vid. FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 73

60. Vid. IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 53.

61. Vid. FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 82.

62. Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Anuario...* 2023, 2024, cap. 3.

63. Vid. STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 18

64. Vid. UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *Op. cit.*, p. 11

65. Vid. STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 18

66. Vid. LATIMER, J.; et al. *Op. cit.*, p. 137

67. Vid. UMBREIT, Mark S.; COATES, Robert B.; VOS, Betty. *Op. cit.*, p. 11

4.3. Balance coste-beneficio y ahorros potenciales

Según la revisión de datos oficiales y estudios académicos, está claro que desde una perspectiva de coste-beneficio⁶⁸, la justicia restaurativa es ventajosa para España. Si se lograra ampliar el alcance de la JR hasta cubrir solo el 15% de los casos penales, los ahorros oscilarían entre 57 y 229 millones de euros dependiendo tanto del número de casos realmente referidos como de cuánto podrían reducir la reincidencia⁶⁹.

El impacto no se limita al ahorro económico: la disminución de la reincidencia — que algunos estudios sitúan entre un 15% y un 40% menos que con los métodos tradicionales⁷⁰ —, junto con una mejor reinserción de los ofensores y una mayor cohesión dentro de la comunidad, contribuyen a aumentar aún más el retorno social. Además, si los casos se presentan temprano, en la etapa previa al juicio, y los mediadores voluntarios actúan como intermediarios, entonces los recursos destinados a la justicia podrían aumentar su efectividad aún más⁷¹.

En cualquier caso, la cantidad de ahorros dependerá de cuánto se pueda simplificar la burocracia y de cuán bien se implemente el programa. También depende de las actitudes del estado hacia el desarrollo de tales programas en unidades judiciales o sociales⁷². Asimismo, la experiencia en el País Vasco y Navarra acumulada hasta ahora demuestra que se puede funcionar a nivel práctico, demostrando la posibilidad de este modelo. Ahora es de vital importancia intensificar los esfuerzos con mayor determinación en todas las áreas para aprovechar plenamente su potencial en términos no solo de eficiencia sino también de beneficio social.

4.4. Impactos sociales y efectos indirecto

Aparte de aquellas cosas que podrían denominarse efectos estrictamente económicos, en la actualidad la justicia restaurativa tiene al menos dos tipos de influencia que generalmente no se registran en ningún balance, pero son igualmente importantes. En primer lugar, la forma en que las víctimas experimentan la situación es bastante diferente del estilo judicial clásico. Muchas encuestas han demostrado que las personas procesadas por justicia restaurativa no solo se sienten más satisfechas con el resultado, sino que, por regla general, también experimentan menos inquietud general, menos estrés a largo plazo y menos deseo de venganza⁷³. Es lógico pensar

68. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 285; STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. *Op. cit.* (2003), p. 22; GRIMSEY JONES, F.; et al. *Op. cit.*, p. 5.

69. Vid. STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 18; UMBREIT, Mark S.; et al. *Op. cit.*, p. 13; *Resultados propios* [análisis basado en datos de las fuentes citadas].

70. Vid. LATIMER, J.; et al. *Op. cit.*, p. 137; STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 20.

71. Vid. SOUZA, K. A.; DHAMI, M. K. *Op. cit.*, p. 8; IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 53.

72. Vid. SHAPLAND, J.; et al. *Op. cit.*, p. 48; MANZANARES, A. *Op. cit.*, p. 290.

73. Vid. SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Op. cit.*, p. 35; STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. *Op. cit.* (2003), p. 18; IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 58.

que la depresión y la melancolía de otras personas se reducirán cuanto más se pueda también aliviar los estados de dolor. Aunque es difícil poner cifras precisas a esto⁷⁴.

Para aquellos que han cometido un delito, la JR es a menudo un momento para enfrentar seriamente las consecuencias. Les pone en contacto con el daño que han causado, y en muchos casos allana su camino de regreso a una forma correcta: salir y ganarse la vida, no volver a delinquir⁷⁵. Aunque el valor de la contribución social de alguien que reconstruye su vida no se toma necesariamente en cuenta, es lógico pensar que todos ganan si alguien regresa a la comunidad en su totalidad. Ya sea en forma de empleo o manteniéndose alejado de actos contra la ley⁷⁶.

En cuanto a la comunidad en su conjunto, la justicia restaurativa puede proporcionar un entorno más cohesionado y reducir la distancia entre la justicia y las instituciones. En el caso de muchos estudios, la idea se transmite claramente que este método aumenta fuertemente la confianza en el sistema al cuidar de ver las cosas desde un lado más humano⁷⁷. Además, cuando la comunidad se involucra y se reabre la comunicación, generalmente hay alguna mejora en la convivencia y una reducción de nuevas disputas. Esto no necesariamente podría cuantificarse en euros, ni aparece en ningún gráfico estadístico, pero probablemente sea lo que hace toda la diferencia a largo plazo⁷⁸.

4.5. Limitaciones y áreas de incertidumbre

Es cierto que la mayoría de los estudios y experiencias desarrollados en España muestran los claros beneficios de la justicia restaurativa. Sin embargo, hay algunas limitaciones e incertidumbres. No siempre es fácil establecer el alcance real de los ahorros económicos o los beneficios sociales. Esto depende en gran medida de cómo se aplique el modelo, qué tipo de delitos se traten y cuán bien capacitados estén las personas que actúan como facilitadores⁷⁹.

Hablando de las dificultades encontradas, el propio sistema judicial puede no ser tan fácil de cambiar como uno podría creer. Así que se afirma que algunas de las tradiciones y la inercia administrativa son obstáculos persistentes. Y frente a la justicia restaurativa, uno podría desear saltar a alternativas desesperadamente necesarias en el campo. Aunque, tener leyes y procedimientos técnicos para garantizar un tratamiento voluntario, seguro y justo es una condición indispensable para realizar la justicia

74. *Vid.* KUBZANSKY, L. D.; et al. *Op. cit.*, p. 112.

75. *Vid.* VAN NESS, Daniel W. *Op. cit.*, p. 11; FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 82.

76. *Vid.* GRIMSEY JONES, F.; et al. *Op. cit.*, p. 9.

77. *Vid.* UNODC. *Op. cit.*, p. 28; STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 22;

78. *Vid.* BRAITHWAITE, John; et al. *Op. cit.*, p. 335.

79. *Vid.* IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, pp. 60-62; SHAPLAND, J.; et al. *Op. cit.*, p. 50.

restaurativa⁸⁰. Sin embargo, este no es un enfoque para todo propósito, ni es adecuado para su uso en todas partes; especialmente cuando la actuación implica violencia grave, el equilibrio de poder está muy sesgado y el perpetrador no asume la culpa⁸¹.

También juega en contra que buena parte de la información y conclusiones sobre los beneficios y el ahorro de la JR provienen de estudios hechos fuera de España. Al comparar, cada país tiene su propio sistema penal y sus propios recursos y cultura legal, por lo que lo que funciona en un país no necesariamente funcionará en otro⁸². Además, a menudo es difícil reunir datos comparativos o realizar investigaciones de seguimiento a largo plazo, y no hay estadísticas claras disponibles sobre ciertos aspectos. Todo esto supone cierto grado de dificultad cuando se trata de sopesar el impacto de la justicia restaurativa y desarrollar políticas basadas en resultados objetivos⁸³. Además, un punto sobre el cual todavía hay desacuerdo entre los expertos es cuánto puede la justicia restaurativa reparar los efectos posteriores del delito en todas las áreas, especialmente en aquellas que no son materiales o tienen que ver con sentimientos. Esto dependerá en gran medida de la forma que tome el programa y de cuánta confianza reciba tanto de los miembros institucionales como de la comunidad.

5. Discusión

5.1. Factores clave para el éxito y optimización de ahorros

El éxito de la justicia restaurativa depende de muchos factores. Uno de los más efectivos es la rapidez con la que se derive el caso a la vía restaurativa. Si ocurre antes de que se inicie el procedimiento judicial formal, en la denominada “fase pre-judicial”, casi siempre se evitan gastos innecesariamente altos, sin contar el tiempo y energía que se ahorran las partes interesadas, ya sean los acusados, los demandantes o la propia administración⁸⁴.

Pero solo la velocidad no es suficiente. El papel de los mediadores no debe subestimarse. Estas personas realmente deben saber cómo realizar la mediación y recibir capacitación continua para hacerlo. Cuando el trabajo de mediación proviene de personas bien capacitadas, en muchos casos voluntarios, los resultados siempre son mucho mejores y más económicos, porque las cosas no se atascan en el proceso y las partes no se quedan solas sin orientación⁸⁵.

80. Vid. UNODC. *Op. cit.*, p. 32; MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 292.

81. Vid. HANAN, M. Eve. *Op. cit.*, p. 150; FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 85.

82. Vid. STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 25; LATIMER, J.; et al. *Op. cit.*, p. 140.

83. Vid. SHAPLAND, J.; et al. *Op. cit.*, p. 55; MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 295.

84. Vid. IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 65; FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 88.

85. Vid. SOUZA, K. A.; DHAMI, M. K. *Op. cit.*, p. 10; UNODC. *Op. cit.*, p. 35.

Una segunda cuestión que a menudo no se menciona es el de la burocracia. En general, un sistema más cercano a una burocracia de bajo perfil funcionará mejor que uno con pasos sobrecargados por restricciones legales u obstáculos administrativos. Si cada eslabón de la cadena lleva dificultades legales o administrativas, a veces termina tomando tanto tiempo que los propios participantes pierden sus buenas intenciones⁸⁶.

Además, hay que tener en cuenta a las personas implicadas. Las víctimas y los infractores deben ser participantes dispuestos y también estar completamente conscientes de lo que significa el acuerdo en la práctica. A veces es la disposición a participar la que decide si los acuerdos finalmente pueden considerarse válidos y realmente aceptados con sinceridad⁸⁷.

Finalmente, la justicia restaurativa no debe ser solo una tendencia temporal, necesita ser incorporada en la política pública y apoyada por algo más que buena voluntad. Un apoyo institucional real es mucho mejor, ya que con este tipo de respaldo, el sistema puede desarrollarse más suavemente y con el tiempo lograr tanto mejoras sociales como ahorros económicos concretos⁸⁸.

5.2. Desafíos y oportunidades para la implantación en España

Implementar la justicia restaurativa en España supone un reto considerable. El principal es que el hábito está muy arraigado en las personas. El tradicional sistema penal está tan enraizado que casi siempre es difícil convencer a abogados, jueces y otros profesionales de elegir otros métodos más restaurativos. A menudo lo que se encuentra es una especie de reticencia a creer, como si el modelo tradicional funcionara bien por sí solo⁸⁹. Y a esto se debe añadir el hecho de que organizar tales sistemas es complicado cuando no tienen una base legal clara junto con muy pocos fondos o una organización estable que realmente pueda ponerlos en práctica⁹⁰.

Sin embargo, no todo es negativo. Hay áreas como el País Vasco o Navarra con algunos proyectos piloto en marcha y resultados que han sido bastante positivos. Es obvio que el dinero público no puede hacerlo todo, y por eso la ciudadanía se ve obligada a pensar más cuidadosamente. Pero visto de esta manera, la situación económica también puede servir como una oportunidad para dar más espacio a la justicia restaurativa en delitos que no se están considerando en la actualidad⁹¹.

86. *Vid.* IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 68; GRIMSEY JONES, F.; et al. *Op. cit.*, p. 12.

87. *Vid.* STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 28; MARSHALL, Tony F. *Op. cit.*, p. 33.

88. *Vid.* MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 298; UNODC. *Op. cit.*, p. 38.

89. *Ibid.*, p. 36.

90. *Vid.* IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 69

91. *Vid.* IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 68; MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op. cit.*, cap. 3

Algo más importante para tener en cuenta es que, pieza por pieza, la ciudadanía está comenzando a entender cuán importantes podrían ser estos métodos de justicia. La sociedad lo elige y lo requiere, entonces será un poco más fácil para estos modelos arraigarse y extenderse en el mercado que formas más rígidas⁹².

Finalmente, es importante tener en cuenta el potencial de la justicia restaurativa si realmente se integra en estrategias más amplias de prevención y fortalecimiento de comunidades. Al reducir las reincidencias, por un lado, se ahorra dinero y se evita parte del daño futuro. Por otro lado, de esta manera contribuye a la confianza en las instituciones y simplemente hace que la justicia sea más atractiva desde un punto de vista democrático⁹³.

5.3. Comparación con buenas prácticas internacionales

Al observar la administración de la justicia restaurativa en otros países, algunas cosas destacan. Países como el Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia o Canadá están a la vanguardia. Por ejemplo, algunos países han hecho que los elementos clave sean realmente parte de su sistema legal y no meramente una decoración. Además de eso, entre ellos todavía existen incluso regulaciones que gobiernan el método (por ejemplo, hay leyes). Y no solo eso, también aseguran en la práctica que los mediadores estén bien capacitados y haya suficiente infraestructura para el sistema de apoyo⁹⁴.

Además, otro aspecto fundamental que no siempre se ve en España: en esos países existe una cultura continua de evaluación. No basta con introducir programas y asumir que funcionarán. Analizan resultados, particularmente problemas como la reincidencia y la satisfacción, tanto para la víctima como para el infractor, y con esos datos ajustan cómo se hace todo y crean mejoras⁹⁵. Por cierto, en la mayoría de estos contextos tienden a concentrarse en delitos con víctimas personales y situaciones donde ambos participantes están dispuestos a llegar a algún tipo de acuerdo razonable, porque en realidad es el único lugar donde tiene sentido alcanzar un acuerdo⁹⁶.

Para el caso español, la lección parece clara: convendría apostar por una cobertura más amplia para la justicia restaurativa, además de reducir trabas y simplificar la burocracia, e integrarla de verdad en el sistema judicial, siempre adaptando lo que haga falta a nuestra propia forma de entender la justicia⁹⁷. Si se logra aprovechar lo

92. Vid. STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 25

93. Vid. GRIMSEY JONES, F.; JAFFE, L.; HARRIS, L.; FRANKLIN, J.; ALLAM, L.; SHAPLAND, J. «An economic evaluation of restorative justice post-sentence in England and Wales», en *Frontiers in Psychology*, 2023, vol. 14.; BRAITHWAITE, John, et al. «Restorative justice», en *The handbook of crime and punishment*, 1998, pp. 323-344.

94. Vid. STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 18; UMBREIT, Mark S.; et al. *Op. cit.*, p. 13.

95. Vid. SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Op. cit.*, p. 35.

96. Vid. STRANG, Heather. *Op. cit.*, p. 36; FURMAN. *Op. cit.*, p. 75.

97. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 298; UNODC. *Op. cit.*, p. 38.

que funciona fuera y adaptar esas buenas prácticas a nuestro contexto, seguramente se podría superar parte de los problemas actuales y construir un modelo que, a largo plazo, resulte útil y tenga un impacto de verdad.

6. Conclusiones y recomendaciones de políticas públicas

6.1. Conclusiones

En primer lugar, la diferencia en el coste es difícil de ignorar. Llevar adelante un procedimiento restaurativo en España ronda entre los 700 y 1.000 euros por caso, mientras que el camino penal tradicional se dispara fácilmente a los 6.000 euros, sin ni siquiera contar los costes que supone mantener a alguien en prisión⁹⁸. Si se derivara apenas un 15% de los casos que son aptos para fórmulas restaurativas, el ahorro anual estaría entre 57 y 229 millones de euros, simplemente en gastos judiciales y policiales, y sería aún mayor si se piensa en la parte penitenciaria y en la reducción de la reincidencia⁹⁹.

Pero ahorrar dinero no es lo único. La justicia restaurativa también tiene un valor social y humano que es difícil de cuantificar, pero no menos fundamental. Una y otra vez, se ha demostrado que las víctimas que participan en estos procesos emergen significativamente más felices¹⁰⁰. Aquellos que pasan por este tipo de proceso tienden a tener un mayor nivel de satisfacción; hay menos secuelas psíquicas y a menudo sienten que la justicia ha hecho incluso más que simplemente imponer una sentencia. Los acusados, por otro lado, son más propensos a comprender verdaderamente lo que han hecho y a recuperar un lugar en la sociedad. Los resultados se reflejan directamente en la reincidencia, que se puede ver disminuir entre un 15% y un 40%¹⁰¹.

La experiencia local es más reciente y aún se está expandiendo, pero los resultados iniciales son bastante prometedores; especialmente en comunidades autónomas como Navarra y Euskadi. Incluso en servicios piloto, y sin aún impulsar el grado en que la derivación temprana ya permite el desarrollo, tanto los participantes como

98. Vid. IGARTUA, I. et al.; FURMAN, Jillian M. *An economic analysis of restorative justice*. Unpublished Thesis, University of Massachusetts Boston, 2012, pp. 67-70

99. Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Anuario...*, 2023, cap. 3. STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. «Repairing the harm: Victims and restorative justice», en *Utah Law Review*, 2003(1), pp. 15-42; UMBREIT et al.. *op. cit.*, p. 14.

100. Vid. SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Restorative Justice: The Evidence*. The Smith Institute, 2007, p. 35.; STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. *Op. cit.* (2003), p. 18

101. Vid. LATIMER, J.; DOWDEN, C.; MUISE, D. «The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis», en *The Prison Journal*, 2005, vol. 85(2), pp. 127-144.; STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W.; MAYO-WILSON, E.; WOODS, D.; ARIEL, B. «Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction», en *Campbell Systematic Reviews*, 2013, p. 12.; FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 82

el propio Sistema Penal han notado avances significativos en la eficiencia de la gestión¹⁰². Por supuesto, este modelo requiere reglas bien concebidas para los tipos de casos en los que es adecuado, educación profesional constante y, quizás lo más difícil, los servicios públicos deben deshacerse de viejos hábitos y comprometerse verdaderamente a cambiar sus formaciones antiguas¹⁰³.

Eso no significa que no haya obstáculos. Muchos operadores legales siguen siendo reacios, no siempre hay apoyo económico y todavía hay grandes dudas sobre cómo es posible incorporar la justicia restaurativa en delitos más graves o complejos. Otro punto por considerar es que una buena parte de la evidencia material proviene del extranjero, por lo que es deseable que se encuentren soluciones a nuestra realidad y cultura legal¹⁰⁴.

El análisis concluyente es que la justicia restaurativa no puede verse como un tema suplementario, sino más bien como un movimiento absoluto en la forma en que manejamos los asuntos penales. Más que la rentabilidad, es una buena respuesta al daño en sí mismo y mejora la armonía social. En otras palabras, la justicia restaurativa generalmente refleja ideas más acordes con las expectativas de la mayoría de las personas sobre cómo debería ser un sistema justo y democrático¹⁰⁵.

6.2. Recomendaciones de política pública

Después de revisar todo lo anterior y considerar los problemas centrales, se puedan encontrar varias formas de llegar a una resolución más justa y asequible de los asuntos penales para España. Para aumentar la importancia de la justicia restaurativa, se necesitan varias líneas de acción simultáneamente.

En primer lugar, se necesitaría una ley específica que dé a la justicia restaurativa el respaldo legal que actualmente le falta. En la actualidad, muchas cosas dependen de cada comunidad autónoma y, a veces, hay lagunas en el marco legal que dificultan el progreso. Un marco a nivel estatal eliminaría mucha incertidumbre y disparidad¹⁰⁶.

En segundo lugar, no debería limitarse solo a delitos menores; en cambio, debería absorber gradualmente nuevos tipos de casos con medios restaurativos. Por supuesto,

102. Vid. IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, pp. 48-52

103. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 298; UNODC. *Op. cit.*, p. 38; UNODC. *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Viena: Naciones Unidas, 2006, p. 34.

104. Vid. STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 25.; SHAPLAND, J.; ATKINSON, A.; ATKINSON, H.; DIGNAN, J.; EDWARDS, L.; HIBBERT, J.; HOWES, M.; JOHNSTONE, J.; ROBINSON, G.; SORSBY, A. *Does restorative justice affect conviction? The fourth report from the evaluation of three schemes*. Ministry of Justice Research Series 10/08. Londres, 2008, p. 45.

105. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 298.; GRIMSEY JONES, F.; JAFFE, L.; HARRIS, L.; FRANKLIN, J.; ALLAM, L.; SHAPLAND, J. «An economic evaluation of restorative justice post-sentence in England and Wales», en *Frontiers in Psychology*, 2023, vol. 14, 1162286.

106. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 298.; UNODC. *Op. cit.*, p. 38.

siempre teniendo en cuenta dos cosas: debe ser voluntario (adaptado cada vez que se lleva a cabo el proceso), y ante todo, que la mediación se active lo antes posible, incluso antes del juicio si es factible¹⁰⁷.

El reclutamiento de mediadores y facilitadores es otro tema importante. Esta capacitación no debe ser algo casual, apresurado una vez y olvidado, sino un proceso continuo con una evaluación real y salvaguardias para proteger a las partes y garantizar la calidad de las intervenciones¹⁰⁸.

A partir de esto, se procede a reconocer otro punto clave en el que la reforma es esencial si la mediación va a tener éxito: se debe intentar hacer que la mediación penal sea más ágil. Si los acuerdos restaurativos pudieran ser reconocidos y ejecutados con menos demora, entonces se lograrían ahorros de tiempo y costes no solo para las partes, sino para todos en los márgenes del sistema o dentro de sus confines¹⁰⁹.

No se trata solo de sistemas tecnológicos en absoluto. Todavía hay una falta de sensibilización generalizada entre las personas que trabajan en los tribunales, y fuera de ellos, sobre la justicia restaurativa. Sería extremadamente útil llevar a cabo actividades de publicidad o capacitación que ayuden a difundir la palabra, romper prejuicios en la sociedad en general y dar a las víctimas un papel verdaderamente protagonista en lo que les sucede¹¹⁰.

Se deben agregar sistemas de evaluación relativamente fiables que no se detengan meramente en datos básicos: realmente dirán si la reincidencia ha disminuido o no; qué sienten realmente las víctimas y los delincuentes sobre el proceso; y cuánto dinero se ahorra en comparación con el modelo tradicional. Si se sabe qué funciona y qué no, la política debe diseñarse de acuerdo con sus efectos al estilo de otras naciones líderes¹¹¹.

Por supuesto, la justicia restaurativa no avanza sola. Se deben crear redes de apoyo; los esfuerzos deben ser compartidos con grupos, pueblos y diferentes organismos; y la experiencia que funciona debe ser distribuida entre aquellos que la han practicado durante algún tiempo tanto en España como en el extranjero¹¹².

Finalmente, no podemos olvidar lo básico: sin una financiación estable y adecuada, todos estos cambios rara vez pasan del papel a la práctica. El dinero ahorrado por la

107. Vid. IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 65.; FURMAN, Jillian M. *Op. cit.*, p. 88

108. Vid. SOUZA, K. A.; DHAMI, M. K. *Restorative Justice Volunteers' Perceptions Of Effective Facilitators*. University of Cambridge, s.f., p. 8.; UNODC. *Op. cit.*, p. 35.

109. Vid. IGARTUA, I.; et al. *Op. cit.*, p. 68.; GRIMSEY JONES, F.; et al. *Op. cit.*, p. 12

110. Vid. MARSHALL, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, p. 33.; STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. *Op. cit.* (2003), p. 28

111. Vid. SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Op. cit.*, p. 42.; SHAPLAND, J.; et al. *Op. cit.*, p. 50.

112. Vid. BRAITHWAITE, John, et al. «Restorative justice», en *The handbook of crime and punishment*, 1998, pp. 323-344.; STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 25.

disminución de la reincidencia (y en los procedimientos judiciales) debería reinvertirse para hacer que la justicia restaurativa sea más extendida y mejor¹¹³.

Por lo tanto, no se trata solo de modernización o ahorro de dinero para realmente tomar la justicia restaurativa como el centro; también es una oportunidad para todos, particularmente para los jueces que dictan sentencias en ausencia sin posibilidad de apelación para siempre y para los fiscales que agregan tiempo después de cada condena, siempre ha habido una falta de visión de su parte sobre qué tipo de lugar es este. Sin embargo, ninguna de estas posibilidades se convertirá en realidad a menos que haya una planificación a largo plazo y un arduo trabajo para medir, corregir y reunir todo lo que funcione, en particular de los sistemas para los cuales el camino ya ha sido abierto¹¹⁴.

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 Sequência*, 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.
- Grimsey Jones, F.; Jaffe, L.; Harris, L.; Franklin, J.; Allam, L.; Shapland, J. «An economic evaluation of restorative justice post-sentence in England and Wales», en *Frontiers in Psychology*, 2023, vol. 14, 1162286. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2023.1162286>
- 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.
- Igartua, I.; Olalde, A. J.; Pedrola, M.; Varona, G. *Evaluación del coste de la justicia restaurativa integrando indicadores cuantitativos y cualitativos: El caso de la mediación penal aplicada a las infracciones de menor gravedad (Álava, 2013)*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2015.
- Kubzansky, L. D.; Koenen, K. C.; Spiro, A.; Vokonas, P. S.; Sparrow, D. «Posttraumatic Stress Disorder and Posttraumatic Stress Symptoms in Relation to Car-

113. Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR. *Op. cit.*, cap. 3.; GRIMSEY JONES, F.; et al. *Op. cit.*, p. 9.

114. Vid. MANZANARES, Á. *Op. cit.*, p. 298.; UNODC. *Op. cit.*, p. 38.; STRANG, Heather; et al. *Op. cit.* (2013), p. 28.

- diovascular Disease: A Prospective Study», en *Archives of General Psychiatry*, 2007, vol. 64(1), pp. 109-116.
- Latimer, J.; Dowden, C.; Muise, D. «The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis», en *The Prison Journal*, 2005, vol. 85(2), pp. 127-144.
- Manzanares Gutiérrez, Ángel. «El impacto económico de la justicia restaurativa», en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, 40 (2024): 271-292.
- Marshall, Tony F. *Restorative justice: An overview*. London: Home Office, 1999, pp. 1-36.
- Ministerio del Interior. *Anuario Estadístico de Instituciones Penitenciarias*, 2023, 2024.
- 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», en *Minn. L. Rev.*, 2014, vol. 99, pp. 1778-1835.
- Sherman, Lawrence W.; Strang, Heather. *Restorative Justice: The Evidence*. The Smith Institute, 2007.
- Shapland, J.; Atkinson, A.; Atkinson, H.; Dignan, J.; Edwards, L.; Hibbert, J.; Howes, M.; Johnstone, J.; Robinson, G.; Sorsby, A. *Does restorative justice affect reconviction? The fourth report from the evaluation of three schemes*. Ministry of Justice Research Series 10/08. Londres, 2008.
- Souza, K. A.; Dhami, M. K. *Restorative Justice Volunteers' Perceptions Of Effective Facilitators*. University of Cambridge, s.f.
- Strang, Heather; Sherman, Lawrence W.; Mayo-Wilson, E.; Woods, D.; ARIEL, B. «Restorative Justice Conferencing (RJC) Using Face-to-Face Meetings of Offenders and Victims: Effects on Offender Recidivism and Victim Satisfaction», en *Campbell Systematic Reviews*, 2013:12.
- Strang, Heather; Sherman, Lawrence W. «Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice», en *Utah Law Review*, 2003(1), 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.

United Nations Office On Drugs And Crime (UNODC). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*. Serie de Manuales sobre Justicia Penal. Viena: Naciones Unidas, 2006. ISBN: 978-92-1-133754-9.

Van Ness, Daniel W. *An overview of restorative justice around the world*. 2016, pp. 1-17.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 14/09/2025 || Aceptado: 11/11/2025

La posible compensación de las actividades turísticas por medio de un impuesto potestativo local

The Possible Compensation of Tourist Activities through a Local Discretionary Tax

Diego Becerra Fernández  0009-0007-9488-2153

Profesor y Doctorando en Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Extremadura, España.

dbecerraf@unex.es

Resumen

El turismo genera importantes beneficios económicos, pero también serias externalidades sobre vivienda, servicios públicos y sostenibilidad local. Las Entidades Locales carecen hoy de instrumentos suficientes para gravar eficazmente estas actividades. A partir del análisis de los tributos autonómicos de Baleares, Cataluña y la frustrada experiencia valenciana, el presente Trabajo explora la posible instauración de un impuesto potestativo local sobre estancias turísticas. Dicho gravamen permitiría a los Ayuntamientos obtener recursos adicionales para afrontar los retos derivados del turismo, siempre dentro de un marco normativo respetuoso con los principios constitucionales

Palabras clave: Turismo, Impuestos locales, Haciendas municipales, Sostenibilidad.

Abstract

Tourism provides major economic benefits but also generates significant externalities on housing, public services, and local sustainability. Local authorities currently lack effective tools to tax these activities. Drawing on the analysis of regional taxes in the Balearic Islands, Catalonia, and the failed Valencian initiative, the current Paper explores the possibility of the creation of a discretionary local tax on tourist stays. Such a levy would enable municipalities to raise additional resources to address tourism-related challenges, while ensuring compliance with constitutional principles.

Keywords: Tourism, Local taxes, Municipal finance, Sustainability.

Sumario

1. Introducción
2. El régimen tributario de la hacienda local
3. Los impuestos sobre estancias turísticas en España
 - 3.1. El Impuesto sobre Estancias Turísticas de las Illes Balears
 - 3.2. El Impuesto Catalán sobre las Estancias En Establecimientos Turísticos
 - 3.3. El fallido Impuesto Valenciano sobre Estancias Turísticas
4. Reflexiones finales

I. Introducción

El turismo se ha erigido como un motor clave para el desarrollo económico de numerosas regiones, contribuyendo de manera significativa a la generación de empleo y a la diversificación de las economías locales¹. Este fenómeno no sólo atrae inversiones, sino que también dinamiza sectores relacionados como la hostelería, el comercio y los servicios. Sin embargo, el auge del turismo conlleva una serie de contrapartidas que no deben ser pasadas por alto. El aumento de la demanda de alojamiento, por ejemplo, puede provocar un incremento desmedido de los precios de la vivienda, lo cual a su vez dificulta el acceso a este derecho fundamental para los residentes permanentes. Este fenómeno se traduce en la gentrificación de ciertas áreas, donde los precios se disparan, marginando a aquellos que han vivido en dichas localidades durante años.

Asimismo, el crecimiento del turismo ejerce una presión considerable sobre los servicios públicos locales. La infraestructura existente en muchos casos se ve desbordada ante la afluencia de turistas, lo que genera un estrés en el sistema de salud, el transporte público y la atención al cliente en el ámbito administrativo. Esta situación puede resultar en un deterioro de la calidad de los servicios que se ofrecen a los residentes, quienes ven cómo sus necesidades son eclipsadas por la atención a los visitantes. Por lo tanto, es esencial que las Entidades Locales (en adelante EELL) estén dotadas de los recursos necesarios para gestionar este aumento en la demanda de manera efectiva.

En este contexto, las herramientas tributarias se presentan como un instrumento vital para que las Administraciones Locales puedan hacer frente a los desafíos que plantea el turismo. La implementación de políticas fiscales adecuadas puede facilitar la redistribución de los ingresos generados por el sector turístico, permitiendo a las localidades reinvertir en infraestructura y servicios. Ello ayudaría a mitigar los efectos adversos del turismo en la vida cotidiana de los residentes, además de garantizar un desarrollo más equilibrado y sostenible de las áreas afectadas.

Por tanto, es imperativo que las EELL dispongan de un marco tributario que les permita capitalizar los beneficios económicos del turismo, además de gestionar los retos que dicho fenómeno implica. La búsqueda de un equilibrio entre la atracción de turistas y la preservación de la calidad de vida de los residentes es fundamental para asegurar que el turismo se convierta en una oportunidad de desarrollo inclusivo y respetuoso con la identidad local. En última instancia, el éxito de este enfoque dependerá de la capacidad de las Administraciones para implementar y adaptar sus

1. De acuerdo con la Estadística de Movimientos Turísticos en Fronteras (FRONTUR) solamente en los seis primeros meses de 2025, el número de turistas internacionales que llegaron a España rozó la cifra de los 44,5 millones. Estos datos fueron consultados en <https://www.ine.es/> a fecha 25 de septiembre de 2025.

políticas fiscales a las particularidades y necesidades específicas de cada territorio, creando así un entorno propicio para un turismo sostenible que beneficie a todos.

2. El régimen tributario de la hacienda local

Con la llegada de la Constitución Española de 1978, se estableció en nuestro país un nuevo régimen político que introdujo una innovadora estructura territorial. En este sentido, el artículo 137 de nuestra Norma Suprema dispone que «*El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*».

La citada disposición resalta la importancia de dotar a los mencionados Entes Territoriales de los instrumentos fiscales necesarios para que puedan ejercer de manera efectiva la autonomía que les confiere la Constitución.

Los municipios, como Entidades más numerosas en la estructura territorial del Estado, son los encargados de ofrecer una amplia gama de servicios «de proximidad» a la ciudadanía. Dicha función esencial incrementa de manera considerable su necesidad de ingresos, lo que hace indispensable que cuenten con los recursos adecuados para poder cumplir con su misión². La autonomía municipal se encuentra garantizada, a su vez, por el artículo 140 de la Constitución, el cual establece el derecho de las referidas Entidades a gestionar sus propios asuntos públicos. Dicha autonomía debe entenderse a la luz del primer apartado del artículo 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local, que define el aludido concepto como «*el derecho y la capacidad efectiva de las EELL de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes*».

Sin embargo, para que los municipios puedan gestionar eficazmente los asuntos públicos que la Ley les confiere, se antoja de todo punto necesario el hecho de que cuenten con recursos suficientes que les permitan sufragar los gastos derivados de dicha gestión. Así, la vertiente financiera se configura como una de las manifestaciones más relevantes de la autonomía local. La Constitución parece reconocer dicho extremo al proclamar, en su art. 142, el principio de suficiencia financiera³, el cual

2. A fin de estudiar con profundidad el régimen tributario de las EELL, *vid.* merino jara, Isaac (dir.) y manzano silva, María Elena (coord.), *Estudios jurídicos sobre la hacienda local*, J.M. Bosch, Barcelona 2012.

Interesantes propuestas sobre la posible reforma del desfasado régimen de financiación local pueden encontrarse en Moreno González, Gabriel, *La matrisoka española: El problema territorial más allá de los nacionalismos*, Marcial Pons, Madrid, 2025, pp. 78 – 87.

3. Con el propósito de analizar exhaustivamente las implicaciones de los aludidos principios de autonomía y suficiencia local, véase PABLOS MATEOS, Fátima, *Autonomía y Suficiencia Financiera de la Hacienda Municipal*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

establece que «*Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas*». El mencionado principio se erige de este modo como un pilar fundamental para garantizar que los municipios puedan llevar a cabo sus funciones de manera eficaz y responsable, asegurando así la cohesión social y el bienestar de sus habitantes.

Dentro de los recursos indispensables que los municipios requieren para cumplir de manera efectiva con sus funciones, se encuentran indiscutiblemente los tributos. Sin embargo, es crucial considerar que la creación de tales figuras impositivas debe realizarse en estricta conformidad con los principios constitucionales contenidos en el artículo 31 de la Constitución Española. En el apartado tercero de la referida disposición se dispone que «*Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley*».

Esta referencia a la Ley consagra el conocido como principio de reserva de ley tributaria de nuestro ordenamiento, constituyendo dicha premisa una de las más significativas limitaciones y obstáculos que enfrentan las EELL en lo que respecta a su capacidad tributaria. La razón de la presente restricción radica en que estos Entes carecen de poder legislativo, lo que implica que no se hallan facultados para crear tributos *ex novo* ni para regular, fuera de los márgenes establecidos por la Ley, los elementos esenciales que configuran dichas figuras impositivas.

Esta insuficiencia en la potestad normativa de las EELL fue objeto de atención por parte del legislador, quien intentó remediarla mediante la aprobación de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales. La aludida norma ha sido sometida a diversas revisiones a lo largo del tiempo, lo que llevó a su consolidación en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL).

Es en el art. 2.1 del citado cuerpo normativo donde se establecen los recursos financieros con los que cuenta la Hacienda Local. De tal manera que con arreglo a lo dispuesto en el referido precepto: «*La hacienda de las entidades locales estará constituida por los siguientes recursos*:

- a) *Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.*
- b) *Los tributos propios clasificados en tasas, contribuciones especiales e impuestos y los recargos exigibles sobre los impuestos de las comunidades autónomas o de otras EELL.*
- c) *Las participaciones en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas.*
- d) *Las subvenciones.*
- e) *Los percibidos en concepto de precios públicos.*
- f) *El producto de las operaciones de crédito.*

- g) *El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias.*
- h) *Las demás prestaciones de derecho público».*

Limitando nuestras indagaciones al ámbito tributario, podemos concluir que, con el objetivo de gravar de alguna manera las actividades turísticas, las EELL podrían disponer fundamentalmente de dos recursos propios: las tasas y los tributos.

Conforme a lo previsto en el art. 20 del TRLRHL, las EELL *«podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos».*

Si bien es posible establecer tasas para la entrada a determinados monumentos, museos y eventos culturales, donde la relación con el dominio público es evidente y se justifica la contraprestación por el acceso a estos bienes, la situación se complica al intentar gravar las estancias en alojamientos turísticos. En este contexto, la mayoría de los alojamientos, que abarcan desde apartamentos hasta casas rurales y otros espacios de hospedaje, se encuentran en propiedades privadas que no están bajo la gestión directa de las EELL. Esta realidad plantea un desafío significativo para las Administraciones Municipales, ya que su capacidad para gravar estas actividades a través de tasas se ve restringida por la falta de un marco normativo que respalde dicha acción⁴.

El concepto de tasa, en el marco del Derecho Tributario, implica una relación directa entre el servicio prestado y el pago que realiza el ciudadano⁵. Sin embargo, en el caso de las actividades turísticas, este nexo se vuelve difuso. Los turistas que se alojan en propiedades privadas no reciben un servicio directo de la Administración Local que justifique el cobro de una tasa. Aunque las EELL podrían argumentar que la presencia de turistas genera una necesidad de servicios adicionales —como la limpieza de espacios públicos o el mantenimiento de infraestructuras—, esta relación no se traduce en una obligación de pago bajo el concepto de tal herramienta tributaria, dado que no existe un uso privativo del dominio público.

Asimismo, la normativa vigente otorga a las EELL la facultad de establecer tasas únicamente en situaciones donde la utilización de bienes públicos o la prestación de servicios esté claramente definida. Sin embargo, la naturaleza del sector turístico, que a menudo involucra servicios ofrecidos por el sector privado, complica aún más la posibilidad de crear una tasa específica que grave las estancias turísticas.

4. Con el objeto de analizar todas aquellas tasas que de alguna forma u otra pueden llegar a afectar a la actividad turística, *vid.* Ruiz Garijo, Mercedes, *Fiscalidad de la Empresa Turística*, Edersa, Madrid, 2005.

5. En la actualidad, para algunos autores, el concepto de tasa constituye uno de los temas más debatidos en el ámbito del Derecho Tributario. Calvo Ortega, Rafael y Calvo Vérguez, Juan, *Curso de Derecho Financiero. I Derecho Tributario. Parte General. II Derecho Presupuestario*, Aranzadi, Pamplona, 29ª edición, 2025, p. 125.

La dependencia del sector privado para la oferta de servicios turísticos hace que se pierda el vínculo necesario que justifique la aplicación de una tasa, limitando así las opciones disponibles para las EELL en su intento de regular y obtener ingresos de esta actividad económica.

La otra opción dentro del ámbito tributario sería el establecimiento de un impuesto destinado a gravar las estancias en alojamientos turísticos. No obstante, el art. 38 del TRLRHL impone una gran limitación a las EELL al establecer lo siguiente:

*«1. Las entidades locales exigirán los impuestos previstos en esta ley sin necesidad de acuerdo de imposición, salvo los casos en los que dicho acuerdo se requiera por esta.
2. Fuera de los supuestos expresamente previstos en esta ley las EELL podrán establecer recargos sobre los impuestos propios de la respectiva comunidad autónoma y de otras entidades locales en los casos expresamente previstos en las leyes de la comunidad autónoma».*

De tal manera que, fuera de los supuestos contemplados en el TRLRHL, las EELL se ven imposibilitadas para crear impuestos propios, lo que evidentemente incluye la falta de capacidad para establecer un impuesto específico que grave las estancias en alojamientos turísticos situados en el término municipal correspondiente. La mencionada limitación se fundamenta en el principio de reserva de ley, el cual estipula que la creación de figuras tributarias debe llevarse a cabo mediante una norma con rango de ley, una potestad de la que carecen las EELL⁶.

El margen de actuación de las EELL en relación con los tributos locales se traduce, en términos generales, en la capacidad para establecer determinadas exenciones y recargos, así como en la fijación de los tipos impositivos correspondientes dentro de un determinado rango. Además, tienen la facultad de conceder reducciones y bonificaciones, lo que les otorga cierto grado de flexibilidad para adaptar la carga tributaria a las circunstancias específicas de su población. A estas atribuciones se suman las funciones inherentes a la gestión tributaria, que implican la planificación, recaudación y fiscalización de los Impuestos que competen a las EELL.

Dentro de los gravámenes propios de la hacienda municipal, es fundamental analizar cuál de ellos podría guardar una mayor relación con las actividades turísticas, con el objetivo de identificar las diversas posibilidades que tienen las EELL a la hora de gravar esta tipología de actividades.

En primer lugar, es necesario hacer mención del Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE), cuyo hecho imponible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 del TRLRHL, consiste en gravar el *«mero ejercicio, en territorio nacional,*

6. Como bien expresa Colao Marín, *«En el ámbito de la tributación municipal, (...) se produce una tensión entre la capacidad de los ayuntamientos para actuar de forma autónoma, lo que implica la suficiencia de sus recursos y también la capacidad de decidir en cuestiones relacionadas con su obtención, y el hecho de que en el ámbito tributario existe un principio, el de reserva de ley, que significa limitaciones para las normas de rango reglamentario»*. Colao Marín, P. Á., *Autonomía municipal, ordenanzas fiscales y reserva de ley*, J.M. Bosch, Barcelona, 2011, p. 11.

de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto».

En una primera aproximación, se podría considerar la pertinencia de reformar la legislación vigente para incluir en la regulación del IAE la posibilidad de establecer un recargo específico sobre aquellas actividades empresariales, profesionales o artísticas que estén vinculadas al sector turístico. A pesar de esta opción, la exención contemplada en el artículo 82 del TRLRHL, destinada a los sujetos pasivos cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 1.000.000 de euros, limita significativamente la funcionalidad y utilidad del IAE. Esta restricción es particularmente problemática en zonas rurales con una alta afluencia turística, donde es poco probable que las entidades empresariales o comerciales superen la cifra de negocios estipulada⁷.

En segundo lugar, cabe destacar que otro de los tributos propios de las EELL que podría erigirse como una herramienta fiscal adecuada para gravar las actividades turísticas sería el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI). Tal y como se dispone en el artículo 61 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, el hecho imponible de este gravamen se configura en torno a *«la titularidad de los siguientes derechos sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre los inmuebles de características especiales:*

- a) De una concesión administrativa sobre los propios inmuebles o sobre los servicios públicos a que se hallen afectos.*
- b) De un derecho real de superficie.*
- c) De un derecho real de usufructo.*
- d) Del derecho de propiedad».*

A la luz de lo expuesto, resulta plausible plantear el establecimiento de un recargo adicional sobre el IBI, orientado a gravar los bienes inmuebles urbanos cuyo uso esté vinculado a actividades turísticas, debiendo comprender una amplia gama de modalidades como hoteles, hostales, apartamentos turísticos o casas rurales, entre otros. Este hipotético recargo seguiría la estela del aplicable a las viviendas desocupadas con carácter permanente, instaurado por medio de la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el Derecho a la Vivienda, y plasmado en el artículo 72.4 del TRLRHL⁸.

7. El referido umbral de tributación que Moreno González tilda como «disparatado» para la mayoría de las empresas que se hallan radicadas en el medio rural. Moreno González, Gabriel, «El problema territorial en Extremadura: Una visión desde el derecho y el reformismo», en *La reforma de las administraciones y las políticas públicas ante el reto demográfico en Extremadura*, (Dir. Gabriel Moreno González), Aranzadi, Pamplona, 2024, pp. 26–27.

8. Con el fin de analizar en detalle la evolución normativa del mencionado recargo en el IBI a lo largo del tiempo, pueden consultarse, entre otros, los trabajos de Calvo Végez, Juan, «A vueltas con la aplicación del recargo en el IBI sobre las viviendas vacías a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional», en *Nuevas tendencias del desarrollo de las haciendas locales*, (Dir. María Luisa Esteve Pardo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 177–200.; así como de Navarro García, Albert, «La Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, y su impacto en el recargo del IBI para

No obstante, y pese a que la propuesta es interesante y factible desde un punto de vista técnico, el presente Trabajo se centrará en la exploración de la posibilidad de instaurar un nuevo impuesto de carácter potestativo que grave específicamente las estancias turísticas en el ámbito municipal. Para la introducción de dicho tributo sería evidentemente necesaria una reforma del TRLRHL que otorgue el soporte normativo adecuado para su correcta implementación.

Además de contar con la necesaria cobertura normativa, resulta ineludible que la regulación sea exhaustiva, precisa y rigurosa, respetando los principios fundamentales del Derecho Tributario, con especial énfasis en el principio de seguridad jurídica. Este principio es crucial para asegurar que los contribuyentes puedan prever de manera clara y coherente las consecuencias fiscales derivadas de sus actuaciones, permitiendo así una mayor estabilidad y confianza en el sistema tributario⁹.

En consecuencia, el presente Trabajo se centrará en el análisis pormenorizado de los tributos destinados a gravar las estancias turísticas que actualmente se hallan vigentes, así como aquellos que, en algún momento, han formado parte de nuestro ordenamiento jurídico. El objetivo principal es identificar los elementos esenciales y estructurales de estas figuras impositivas, a fin de desarrollar una propuesta sólida para la creación de un gravamen potestativo que pueda ser gestionado por las Haciendas Locales. Este nuevo tributo deberá cumplir con todos los requisitos y principios necesarios para garantizar su adecuada implementación, eficacia y coherencia dentro del marco jurídico fiscal existente.

3. Los impuestos sobre estancias turísticas en España

A continuación, procederemos a examinar los distintos elementos esenciales de cada uno de los impuestos sobre estancias turísticas que existen o han existido en nuestro país. En este contexto, actualmente se encuentran en vigor tributos de este tipo en dos Comunidades Autónomas (CC.AA.): las Islas Baleares, cuyo gravamen se halla regulado en la Ley 2/2016, de 30 de marzo, sobre el Impuesto de Estancias

viviendas desocupadas de manera permanente», en *Fiscalidad y economía circular: Sectores estratégicos de vivienda y transporte*, (Dir. José Francisco Sedeño López y Gemma Patón García), Atelier, Barcelona, 2024, pp. 21-42.

9. En relación con la tributación de los apartamentos turísticos Álamo Cerrillo se alinea con nuestra exigencia de seguridad jurídica al proclamar que «*La fiscalidad de los apartamentos turísticos en un país como España, donde la aportación del turismo a la economía es de gran importancia, no puede ser descuidada. La normativa tributaria que la legisle debe ser clara, ya se trate de una actividad empresarial o profesional o del arrendamiento de viviendas por temporadas de particulares. Una inadecuación del sistema tributario que afecto a cualquiera de los sujetos implicados puede tener consecuencias con repercusión importante en la recaudación tributaria.*

Las Administraciones Tributarias competentes, ya que las Comunidades Autónomas tienen potestad en materia turística, han de establecer de manera clara, concisa y flexible la tributación de los apartamentos turísticos. Ha de ser clara y concisa para que los sujetos pasivos implicados no aleguen desconocer la norma y por ende, no tributen de la manera correcta», Álamo Cerrillo, Raquel, «La fiscalidad de los apartamentos turísticos», *Quincena Fiscal*, 2017, núm. 12. (Consultado en <https://www.aranzadilale.es/productos/aranzadi-instituciones.html>).

Turísticas en las Illes Balears y sobre Medidas para el Impulso del Turismo Sostenible; y Cataluña, que ha establecido el Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos, regulado en los artículos 22 a 50 *bis* de la Ley 5/2017, de 28 de marzo¹⁰.

Además, es pertinente mencionar que la Comunidad Valenciana también trató de implementar un tributo de estas características, conocido como el Impuesto Valenciano sobre las Estancias Turísticas, regulado en la Ley 7/2022, de 16 de diciembre, sobre Medidas Fiscales para Impulsar el Turismo Sostenible. Sin embargo, el aludido gravamen fue derogado por medio del Decreto-ley 12/2023, de 10 de noviembre, del Consell, que derogó la Ley 7/2022 de la Generalitat, antes de su entrada en vigor. A pesar de la mencionada circunstancia, incluiremos en nuestro análisis a este tributo eliminado, a fin de ofrecer una visión más exhaustiva sobre la evolución y dirección de la imposición turística en nuestro país.

3.1. El Impuesto sobre Estancias Turísticas de las Illes Balears

De conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 2/2016, el Impuesto sobre Estancias Turísticas de las Illes Balears se configura como un tributo de carácter directo, instantáneo y propio de la mencionada Comunidad.

Claramente, nos encontramos ante un tributo de naturaleza instantánea, dado que el hecho imponible, tal como se desarrollará a continuación, se agota en sí mismo. Además, es un gravamen propio de la autonomía balear, en virtud de que dicha Región está ejerciendo sus competencias relacionadas con el turismo, tal y como se establece en el artículo 30 de su Estatuto de Autonomía.

Ahora bien, no parece tan claro que el gravamen objeto de análisis posea un carácter directo. Si acudimos al art. 4.1 de la referida Ley, podemos observar cómo constituye «*el hecho imponible del impuesto las estancias, por días o fracciones, con o sin pernoctación, que los contribuyentes realicen en las Illes Balears en los siguientes establecimientos turísticos*»¹¹, siendo además el sujeto pasivo del Impuesto conforme

10. El nombre completo de la referida norma es el de Ley 5/2017, de 28 de marzo, de Medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público y de Creación y Regulación de los Impuestos sobre Grandes Establecimientos Comerciales, sobre Estancias en Establecimientos Turísticos, sobre Elementos Radiotóxicos, sobre Bebidas Azucaradas Envasadas y sobre Emisiones de Dióxido de Carbono.

11. Dichos establecimientos turísticos son los que siguen a continuación, con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley 2/2016:

«a) Los establecimientos de alojamiento hotelero, eso es, los hoteles, los hoteles de ciudad, los hoteles apartamentos y los alojamientos de turismo de interior.

b) Los apartamentos turísticos.

c) Las diversas clases de alojamientos de turismo rural, eso es, los hoteles rurales y los agroturismos.

d) Los albergues y los refugios.

e) Las hospederías.

a lo dispuesto en el art. 6 de la normativa balear «*todas las personas físicas que llevan a cabo una estancia en los establecimientos turísticos a los que se refiere el artículo 4.1 de la presente ley*». A nuestro juicio, la calificación del Impuesto sobre Estancias Turísticas de las Islas Baleares no es correcta, ya que se está gravando una manifestación indirecta de la capacidad económica del contribuyente, concretamente la adquisición o el consumo de un servicio determinado, en este caso, la estancia en uno de los establecimientos turísticos reconocidos como tal por la Ley 2/2016. Esta opinión es asimismo sostenida por Menéndez Moreno¹², quien comparte la misma perspectiva.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.2 de la citada norma, nos encontramos ante un tributo que se configura con un marcado carácter finalista, en tanto que la totalidad de su recaudación se destina exclusivamente a la creación y gestión del Fondo para Favorecer el Turismo Sostenible, contemplado en el artículo 19 de la Ley objeto de análisis. El objetivo de dicho Fondo es financiar, total o parcialmente, una serie de actuaciones dirigidas a promover un turismo sostenible, responsable y de calidad en el archipiélago balear.

Entrando en el análisis de los elementos esenciales del tributo, más allá del ya comentado hecho imponible previsto en el artículo 4 de la Ley 2/2016, es necesario hacer referencia a las exenciones contempladas en el artículo 5 de dicha norma. En efecto, este precepto establece un conjunto de exenciones específicamente diseñadas para determinadas estancias, con el objetivo de modular el alcance del tributo en función de la naturaleza y circunstancias de las mismas, siendo dichas estancias las que siguen a continuación:

f) Los establecimientos explotados por las empresas turístico-residenciales, excepto con respecto a las unidades de alojamiento residencial.

g) Los hostales, los hostales-residencia, las pensiones, las posadas, las casas de huéspedes y los campamentos de turismo o campings.

h) Las viviendas turísticas de vacaciones, las viviendas objeto de comercialización de estancias turísticas y las viviendas objeto de comercialización turística susceptibles de inscripción de acuerdo con las leyes que las regulan.

i) El resto de establecimientos y viviendas a los que la normativa autonómica otorga la calificación de turísticos.

j) Las viviendas objeto de comercialización turística que no cumplan con los requisitos establecidos para ello en la normativa autonómica y que, por lo tanto, no sean susceptibles de inscripción de acuerdo con la legislación turística vigente.

k) Las embarcaciones de crucero turístico cuando realicen escala en un puerto de las Illes Balears. De acuerdo con ello, no se incluyen los inicios ni las llegadas de los cruceros con salida o destino final en las Illes Balears».

12. El citado autor en relación con este mismo gravamen señala que «*la calificación de este impuesto como directo no es más que un burdo camuflaje para eludir su incompatibilidad con lo prescrito en el ordenamiento europeo y en el artículo 6.2 y 3 LOFCA, porque se trata, obviamente, de un impuesto indirecto. Por otra parte, aunque no es posible hacer aquí y ahora más especificaciones, esta tergiversación de la naturaleza directa o indirecta resulta harto frecuente entre los impuestos propios de las Comunidades Autónomas*». Menéndez Moreno, Alejandro, «Impuestos directos o indirectos: una elección a la carta», *Quincena Fiscal*, 2022, núm. 7. (Consultado en <https://www.aranzadilaley.es/productos/aranzadi-instituciones.html>). Borja Sanchís también comparte la misma opinión en «Los impuestos sobre estancias turísticas en España», *Quincena Fiscal*, 2017, núm. 18. (Consultado en <https://www.aranzadilaley.es/productos/aranzadi-instituciones.html>).

- «a) Las estancias de menores de 16 años.*
- b) Las estancias que se realicen por causas de fuerza mayor.*
- c) Las estancias que realice cualquier persona por motivos de salud, y también las de las personas que la acompañen, siempre que pueda justificarse documentalmente que las estancias responden a la necesidad de recibir prestaciones de atención sanitaria que formen parte de la cartera de servicios del sistema sanitario público de las Illes Balears*
- d) Las estancias subvencionadas por programas sociales de las administraciones públicas de cualquier estado de la Unión Europea».*

El sujeto pasivo del tributo objeto de estudio, como ya se ha indicado previamente, es cualquier persona física que realice una estancia en alguno de los establecimientos turísticos definidos en el artículo 2.1 de la Ley 2/2016. No obstante, es importante subrayar que el apartado segundo del artículo 6 de la citada norma establece que los sustitutos de los contribuyentes serán los titulares de los mencionados establecimientos turísticos, quienes estarán obligados a cumplir con las obligaciones materiales y formales relacionadas con el mismo.

Asimismo, el artículo 7 de la Ley 2/2016 establece un régimen de responsabilidad subsidiaria en el pago del Impuesto sobre Estancias Turísticas de las Illes Balears, el cual recae sobre aquellas personas o entidades que, actuando como intermediarios o mediadores, gestionen directamente las reservas de estancias en los establecimientos turísticos.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la citada norma, el devengo del Impuesto sobre Estancias Turísticas de las Illes Balears se produce al inicio de cada estancia, entendida como el momento en el cual el sustituto del contribuyente pone a su disposición dicha estancia en el establecimiento turístico correspondiente. Es importante señalar que, en cualquier momento antes de la finalización del período de estancia, el sustituto tiene la obligación de exigir el presente tributo al contribuyente, quien deberá satisfacer el importe correspondiente sin posibilidad de repercutirlo a otra persona o entidad. Además, el sustituto debe comunicarle los elementos necesarios para determinar la cuota tributaria exigible y, en su caso, proporcionarle los justificantes de las exenciones aplicables, tal como se detalla en el artículo 10 de la Ley 2/2016. Este mecanismo, que guarda ciertas similitudes con el funcionamiento del IVA y los Impuestos Especiales, refuerza nuestra interpretación de que estamos ante un tributo de naturaleza claramente indirecta.

Finalmente, la base imponible del Impuesto sobre Estancias Turísticas de las Illes Balears se determinará en función del número de días correspondientes a cada período de estancia del contribuyente¹³. La cuota tributaria íntegra se calculará aplicando a la base imponible la tarifa establecida en el artículo 13.1 de la Ley 2/2016,

13. De conformidad con el art. 12.2 de la Ley 2/2016, «Debe entender por día, en el caso de establecimientos y viviendas, la franja horaria que va desde las 12.00 horas del mediodía hasta las 12.00 horas del día siguiente, y, en el caso de embarcaciones de crucero turístico, cada uno de los períodos de veinticuatro horas desde el inicio de la estancia. Las

que contempla diversas cuantías en función de la naturaleza y categoría del alojamiento. Dicha tarifa es la siguiente:

Tipo de alojamiento	Euros/día de estancia o fracción
Hoteles, hoteles de ciudad y hoteles apartamentos de cinco estrellas, cinco estrellas gran lujo y cuatro estrellas superior	4
Hoteles, hoteles de ciudad y hoteles apartamentos de cuatro estrellas y tres estrellas superior	3
Hoteles, hoteles de ciudad y hoteles apartamentos de una, dos y tres estrellas	2
Apartamentos turísticos de cuatro llaves y cuatro llaves superior	4
Apartamentos turísticos de tres llaves superior	3
Apartamentos turísticos de una, dos y tres llaves	2
Establecimientos de alojamiento no residenciales de empresas turístico-residenciales	4
Viviendas turísticas de vacaciones, viviendas objeto de comercialización de estancias turísticas y viviendas objeto de comercialización turística	2
Hoteles rurales, agroturismos, hospederías y alojamientos de turismo de interior	2
Hostales, hostales-residencia, pensiones, posadas y casas de huéspedes, campamentos de turismo o campings	1
Albergues y refugios	1
Otros establecimientos o viviendas de carácter turístico	2
Embarcaciones de crucero turístico	1

Asimismo, se prevé una bonificación del 75% sobre la cuota tributaria íntegra para aquellas estancias que se realicen durante la temporada baja (entendiéndose por tal el período comprendido entre el día 1 de noviembre de cada año y el día 30 de abril del año siguiente). Además, se contempla otra bonificación del 50% sobre la cuota tributaria íntegra—o, en su caso, sobre la cuota ya reducida por la bonificación anterior—para los días noveno y siguientes en estancias superiores a ocho días en un mismo establecimiento turístico.

En conclusión, a través de la Ley 2/2016 podemos observar que, en términos generales, están bien definidos los elementos esenciales del tributo balear, lo que nos lleva a considerar dicha regulación como garantista, a pesar de la deficiencia de no calificar correctamente el gravamen como directo en lugar de indirecto. Es fundamental destacar que la norma analizada cuenta con su correspondiente soporte reglamentario en el Decreto 35/2016, de 23 de junio, el cual proporciona un desarrollo más detallado sobre diversos aspectos del gravamen en cuestión.

estancias inferiores a estas franjas horarias deben considerarse estancias de un día, siempre y cuando, en el caso de establecimientos y viviendas, superen las doce horas de duración».

Si bien se utilizará el método de estimación directa con carácter general, el art. 12.3. de la Ley 2/2016 dispone que asimismo podría aplicarse el de estimación objetiva para determinados supuestos y, subsidiariamente, el de estimación indirecta.

3.2. El Impuesto Catalán sobre las Estancias En Establecimientos Turísticos

Tal como se expuso previamente, el Impuesto Catalán sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos (en adelante, ICEET) está regulado por los artículos 22 a 50 *bis* de la Ley 5/2017, de 28 de marzo. Nos encontramos, por tanto, ante un tributo de propio de la autonomía catalana, cuya gestión corresponde a la Hacienda de dicha Región, y cuyo ámbito de aplicación abarca la totalidad del territorio de Cataluña, conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley 5/2017¹⁴.

El artículo 23 de la mencionada norma establece que el objeto del ICEET es gravar la singular capacidad económica que se manifiesta en la estancia de personas físicas en determinados establecimientos y equipamientos turísticos, según lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 26, y en los términos que fija la mencionada Ley.

Asimismo, el gravamen persigue, como objetivo subyacente, mitigar las externalidades negativas que puedan derivarse de las actividades turísticas, tales como el deterioro de infraestructuras públicas, el aumento en la generación de residuos, o la presión sobre los servicios municipales. La finalidad del tributo, por tanto, se alinea con la necesidad de dotar de recursos financieros al territorio para hacer frente a estas externalidades, lo cual resulta coherente con la afectación de los ingresos obtenidos por el ICEET al Fondo para el Fomento del Turismo. El mencionado Fondo tiene un propósito similar al del Impuesto sobre Estancias Turísticas de Baleares, tal y como analizará con posterioridad.

Constituye el hecho imponible del ICEET, conforme a lo establecido en el artículo 26.1 de su Ley reguladora, *«la estancia, por días o fracciones, con pernoctación o sin ella, que realizan los contribuyentes en los establecimientos y equipamientos turísticos»*, señalados en el apartado 3 del mencionado precepto. Dichos establecimientos y equipamientos turísticos se configuran como los siguientes:

- «a) Los alojamientos turísticos establecidos en cada momento por la normativa vigente en materia de turismo.*
- b) Los albergues de juventud, cuando presten servicios turísticos de alojamiento.*
- c) Las embarcaciones de crucero turístico.*
- d) Cualquier establecimiento o equipamiento en el que se presten servicios turísticos de alojamiento».*

Al igual que en el caso del tributo balear, la normativa autonómica catalana también contempla una serie de exenciones, establecidas en su artículo 27. Entre ellas se encuentran las estancias subvencionadas por programas sociales de cualquier Administración Pública de un Estado miembro de la Unión Europea, las estancias

14. Es preciso mencionar que corresponde a la Generalitat de Cataluña la competencia exclusiva en materia de turismo en base a lo dispuesto en el art. 171 de su Estatuto de Autonomía.

realizadas por personas de edad igual o inferior a dieciséis años, aquellas motivadas por causas de fuerza mayor, y las estancias efectuadas por personas que viajen por motivos de salud, así como las de las personas que las acompañen. Para poder acogerse a las exenciones reseñadas, es imprescindible contar con la justificación documental adecuada que acredite la concurrencia de las circunstancias que otorgan tal derecho a exención.

El devengo del ICEET, conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 5/2017, tiene lugar al inicio de la estancia en los establecimientos y equipamientos turísticos previamente mencionados. En cuanto al sujeto pasivo del tributo, se establece que lo será la persona física que realice dicha estancia. No obstante, también puede ser contribuyente del mismo la persona jurídica a cuyo nombre se expida la factura o documento equivalente en relación con la estancia de personas físicas en los aludidos establecimientos, según lo dispuesto en el artículo 29 de la misma Ley.

Asimismo, ostenta la condición de sustituto del contribuyente la persona física o jurídica que sea titular de la explotación donde se lleve a cabo la estancia, tal como prevé el artículo 30 de la referida norma. Adicionalmente, el artículo 31 de la Ley 5/2017 establece que serán responsables solidarios del ingreso de las deudas tributarias derivadas de las cuotas devengadas aquellas personas físicas o jurídicas que contraten directamente en nombre del contribuyente y actúen como intermediarias entre éste y los establecimientos o equipamientos turísticos. Dichos intermediarios pueden, además, actuar como asistentes en la recaudación del ICEET, siempre que exista una habilitación expresa por parte de la Administración y se formalice el correspondiente convenio. Asimismo, estarán obligados a presentar la autoliquidación del gravamen y a efectuar el correspondiente ingreso en las condiciones y los plazos que se establezcan por reglamento, con arreglo a lo dispuesto en el art. 36 de la Ley 5/2017.

Por su parte, el artículo 33 de la Ley en cuestión establece que la base imponible del ICEET estará conformada por el número de unidades de estancia en un mismo establecimiento o equipamiento turístico durante un período continuado, limitándose a un máximo de siete unidades de estancias por persona¹⁵.

15. El art. 33.2 de la Ley 5/2017 viene a establecer que *«A los efectos de la aplicación de este impuesto, se entiende que son unidades de estancia los días o las fracciones que comporta la estancia continuada del contribuyente en el mismo establecimiento o equipamiento turístico»*.

De Miguel Canuto sostiene que este aspecto de la regulación catalana podría contravenir el principio de igualdad en relación con el principio de capacidad económica, ya que cabría argumentar que una mayor capacidad económica se traduce en un mayor número de estancias turísticas prolongadas, contando paradójicamente con una carga tributaria inferior. De Miguel Canuto, Enrique, «Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos de Cataluña», en *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, (Coord. Gemma Patón García), Wolters Kluwer España, Valencia, 2016, pp. 853-874. Cabe asimismo mencionar que conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del mencionado precepto la Administración Tributaria podrá optar por utilizar el método de estimación indirecta *«si el sustituto del contribuyente no presenta la autoliquidación del impuesto o presenta autoliquidaciones incompletas o inexactas y no aporta los datos de ocupación del establecimiento o equipamiento turístico que explota»*.

La cuota tributaria del Impuesto Catalán sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos se determina mediante la aplicación de la escala de tipos de gravamen contenida en el artículo 34 de la Ley 5/2017 a la base imponible del mencionado tributo. Al igual que sucedía con el Impuesto balear, en este caso nos encontramos ante una escala de carácter progresivo, que varía en función de la categoría y el tipo de establecimiento turístico. Dicha escala es la siguiente:

Tipo de establecimiento	Tarifa general (en euros) - Barcelona ciudad	Tarifa general (en euros) - Resto de Cataluña	Tarifa especial (en euros)
1. Hotel de 5 estrellas, gran lujo, camping de lujo y establecimiento o equipamiento de categoría equivalente	2,25	2,25	5,00
2. Hotel de 4 estrellas y 4 estrellas superior, y establecimiento o equipamiento de categoría equivalente	1,10	0,90	3,50
3. Vivienda de uso turístico	2,25	0,90	-
4. Resto de establecimientos y equipamientos	0,65	0,45	2,50
5. Embarcación de crucero:			
Más de 12 horas	2,25	2,25	
12 horas o menos	0,65	-	

Resulta especialmente notable que, en el marco de del presente tributo, se contemple un tipo de gravamen específico para aquellas estancias que se realicen en la ciudad de Barcelona. Adicionalmente, se prevé una tarifa especial aplicable a las estancias en establecimientos ubicados dentro de un centro recreativo turístico, es decir, en las áreas donde se permiten actividades de juego y apuestas.

El sustituto del contribuyente tiene la obligación de presentar la autoliquidación del Impuesto y realizar el correspondiente ingreso en las condiciones y plazos establecidos por reglamento, conforme al artículo 36 de la Ley 5/2017. En la Sección Séptima de dicha norma se regula el Fondo para el Fomento del Turismo, que se configura como un mecanismo destinado a financiar políticas turísticas orientadas a mejorar la competitividad de Cataluña como destino turístico y a garantizar su sostenibilidad. Asimismo, se establecen los objetivos del mencionado Fondo, que deberá destinar al menos el 50% de sus recursos a las EELL, así como el 50% de lo recaudado por el recargo sobre estancias turísticas en Barcelona, que se asignará específicamente a dicha ciudad. Finalmente, es relevante destacar que el 20% de la recaudación obtenida en el territorio del Consejo General de Arán deberá ser utilizado para su gestión dentro del tramo correspondiente al Fondo de la Generalidad. Cabe destacar que el Impuesto catalán cuenta con su propio reglamento, el Decreto 141/2017, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos, a través del cual se desarrollan diversos aspectos relacionados con el mismo.

3.3. El fallido Impuesto Valenciano sobre Estancias Turísticas

La Ley 7/2022, de 16 de diciembre, de Medidas Fiscales para Impulsar el Turismo Sostenible, alumbró el Impuesto Valenciano sobre Estancias Turísticas (en adelante IVET) con el propósito de abordar los diversos problemas derivados de estas actividades y promover un turismo sostenible. No obstante, dicha Ley fue derogada por medio del Decreto-ley 12/2023, de 10 de noviembre, del Consell.

Es importante señalar que el IVET tenía previsto comenzar a aplicarse un año después de la publicación de la Ley 7/2022, es decir, el 16 de diciembre de 2023. Como se puede observar, esta norma fue derogada antes de que sus disposiciones pudieran desplegar sus efectos y entrar en vigor, lo que nos lleva a concluir que el IVET nunca llegó a ser un gravamen exigible. A pesar de lo anterior, consideramos relevante llevar a cabo un análisis de los elementos esenciales del tributo proyectado, de manera similar a lo que hemos realizado con los gravámenes de Baleares y Cataluña, con el objetivo de comprender su estructura y régimen tributario.

El artículo 1 de la Ley 7/2022 dispuso la creación del Impuesto Valenciano sobre Estancias Turísticas como un tributo de carácter indirecto, instantáneo y propio de la Comunidad Valenciana¹⁶. Las tres características mencionadas son coherentes con la naturaleza del tributo, ya que se trataría de un gravamen únicamente exigible en el territorio valenciano y que buscaba gravar una manifestación indirecta de la capacidad económica del contribuyente. Según se detallaba en el apartado 2 del referido precepto, el principal objetivo del IVET consistiría en gravar *«la especial capacidad económica de las personas físicas puesta de manifiesto por su estancia en determinados establecimientos turísticos situados en el territorio de la Comunitat Valenciana»*.

Al igual que ocurre con los tributos previamente analizados, el IVET se hallaba afecto a diversas líneas de actuación dirigidas a promover un turismo sostenible en la Región Valenciana. Sin embargo, es pertinente señalar que, a diferencia de lo que sucede con los tributos catalán y balear, la Ley 7/2022 no estableció un fondo ni un mecanismo específico destinado a alcanzar estos objetivos. Así, aunque la recaudación obtenida del IVET estaba, en principio, destinada a financiar este tipo de actuaciones, no se creó un instrumento financiero *ad hoc* que actuara como receptor de dichos ingresos.

El hecho imponible del IVET se encontraba regulado en el artículo 3 de la Ley 7/2022, que establecía, en consonancia con los gravámenes anteriormente citados, que el mismo se originaba en la realización de estancias turísticas en diversos alojamientos turísticos situados en el territorio valenciano. De este modo, el hecho im-

16. El art. 49.1.12º del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana dispone que la Generalitat tendrá la competencia exclusiva sobre el turismo.

ponible se alineaba con la proclamada naturaleza indirecta del tributo, dado que se agotaba en sí mismo. Según lo estipulado en la Ley 7/2022, se entendía por estancia en establecimientos de alojamiento turístico el disfrute del servicio de alojamiento por día o fracción, independientemente de si se incluía o no la pernoctación. Al igual que en los dos casos anteriores, determinadas estancias se hallaban exentas de conformidad a lo dispuesto en el art. 4.1 de la referida norma¹⁷.

El sujeto pasivo del IVET, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 5 de la Ley 7/2022, sería cualquier persona física que realizara una estancia en alguno de los alojamientos mencionados en el artículo 3.1 de la misma norma. Asimismo, también se considerarían sujetos pasivos aquellas personas o entidades, tuvieran personalidad jurídica o no, a cuyo nombre se expidiera la factura o un documento análogo correspondiente a la estancia de personas físicas en dichos establecimientos. Tenían la condición de sustitutos del contribuyente y, por ende, estaban obligados a cumplir con las obligaciones materiales y formales establecidas por la Ley aquellas personas físicas o jurídicas que fueran titulares de la explotación de cualquiera de los establecimientos de alojamiento turístico contemplados en la normativa autonómica valenciana.

La base imponible del IVET estaba constituida por el número de días que conformaran cada período de estancia del contribuyente en los establecimientos turísticos mencionados anteriormente, estableciéndose un límite de siete estancias, tal como se detallaba en el artículo 8 de la Ley 7/2022¹⁸. Para determinar la cuota tributaria

17. El art. 4.1. de la Ley 7/2022 establecía que:

«1. *Estarán exentas del impuesto las siguientes estancias:*

a) *Las de menores de dieciséis años.*

b) *Las estancias subvencionadas por programas sociales de las administraciones públicas de cualquier estado miembro de la Unión Europea.*

c) *Las estancias por motivo de salud de cualquier persona y de su acompañante, siempre que se justifique la necesidad de recepción de prestaciones sanitarias incluidas en la cartera de servicios del sistema sanitario público de la Comunitat Valenciana.*

d) *Las estancias que se realicen por causas de fuerza mayor que se produzcan en el territorio de la Comunitat Valenciana, entendiéndose por tales aquellas que no se hayan podido prever o que se hayan podido prever pero han resultado inevitables, tales como las catástrofes naturales o los actos violentos.*

e) *Las estancias realizadas en los albergues juveniles integrados en la Red Valenciana de Albergues Juveniles (RVAJ) siempre que sus destinatarios tengan una edad inferior a los 30 años.*

f) *Las estancias que se realicen para participar en competiciones deportivas oficiales.*

g) *Las estancias organizadas por asociaciones declaradas de utilidad pública en el marco de sus actividades.*

h) *Las estancias que se realicen por participar en congresos o eventos científicos organizados por universidades públicas valencianas.*

i) *Las estancias de personas con discapacidad que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 66 %».*

18. El art. 8.2 de la Ley reguladora del IVET disponía que «se entiende por día de estancia, en todos los supuestos excepto en el caso de los cruceros turísticos, la franja horaria que va desde las 12.00 horas del mediodía hasta las 12.00 horas del día siguiente». Igualmente, en base al apartado 4 del aludido precepto se establecía que, si bien el método utilizado para la determinación de la base imponible era el de estimación directa, subsidiariamente podría acudirse al de estimación indirecta, de conformidad con la Ley General Tributaria.

del fallido tributo, se debía aplicar a esta base imponible la tarifa especificada en el artículo 9 de la misma norma. Cabe mencionar que la cuota tributaria del IVET no sólo variaba en función del período de estancia del sujeto pasivo del gravamen, sino que también se veía influenciada por la tipología y categoría del establecimiento, en línea con lo que ocurre con los dos tributos anteriormente estudiados.

Uno de los aspectos más significativos de la regulación de este fallido tributo se encontraba en el artículo 10 de su Ley reguladora, el cual contemplaba una bonificación del 100% de la cuota. Esta bonificación se compensaba con el recargo municipal voluntario previsto en el artículo 11, que establecía que los Ayuntamientos, en ejercicio de su autonomía municipal, podrían establecer un recargo sobre la cuota tributaria del IVET. Este recargo sería exigido a los mismos sujetos pasivos y en las mismas circunstancias establecidas en la normativa reguladora del citado Impuesto, y consistiría en un porcentaje sobre la cuota íntegra de hasta un máximo del 100%. Cabe destacar que a dicho recargo no le sería aplicable la bonificación mencionada anteriormente.

Además, los municipios tendrían la facultad de establecer dos o más tramos anuales diferentes del recargo, de acuerdo con sus circunstancias y particularidades. Por supuesto, todos estos aspectos debían ser regulados a través de una ordenanza específica¹⁹.

Consideramos que la estructura del IVET era sumamente interesante, ya que, aunque se configuraba como un gravamen de carácter autonómico, en la práctica hubiera funcionado como un tributo local potestativo para los Ayuntamientos de la Comunidad Valenciana. Esta filosofía se alinea con nuestra propuesta de establecer un impuesto potestativo local, fundamentado en la regulación estatal, destinado a gravar las estancias en establecimientos turísticos en cualquier municipio que así lo estime pertinente.

Al igual que en los dos gravámenes previamente analizados, el devengo del IVET se producía en el momento en que se iniciaba la estancia turística, entendiéndose como tal el instante en que se ponía a disposición del usuario la habitación en el establecimiento correspondiente. El sustituto del contribuyente, que en este caso eran los titulares de los establecimientos turísticos, tenía la responsabilidad de exigir el tributo en cualquier momento antes de que concluyera la estancia. En consecuencia, el contribuyente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley

19. Si bien Borja Sanchís se mostraba partidaria a la implementación del referido recargo, mantuvo una cierta posición crítica con respecto a él al concluir que el «*coste político del establecimiento del IVET no lo asume la Comunitat Valenciana, puesto que la cuota autonómica está bonificada al 100 %, en cambio, sí que asumirán dicho coste los municipios que lo implementen, ya que su exigencia inicialmente es local. De ahí que sea fundamental una gestión eficaz de sus recursos en pro de su aceptación social*». Borja Sanchís, Adoración, «Los impuestos turísticos: en particular, el Impuesto Valenciano sobre Estancias Turísticas», *Quincena Fiscal*, 2023, núm. 17. (Consultado en <https://www.aranzadilley.es/productos/aranzadi-instituciones.html>).

7/2022, se encontraba obligado a abonar el importe del IVET sin posibilidad de repercutir dicho coste a ninguna otra persona o entidad.

Además, el sustituto del contribuyente se hallaba sujeto a las siguientes obligaciones formales, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 15 de la mencionada Ley:

- «a) Presentación de las declaraciones censales referidas al inicio de la actividad de explotación de establecimientos de alojamiento turístico, a los elementos tributarios relevantes para la aplicación de este impuesto y sus modificaciones, y al cese de actividad de explotación. El contenido de las declaraciones censales, la forma y plazos para su presentación serán regulados mediante una orden de la conselleria competente en materia de hacienda.*
- b) Presentación de las autoliquidaciones.*
- c) Expedición y entrega al contribuyente de los justificantes de exigencia y cobro del impuesto.*
- d) Llevanza de los libros y registros necesarios que reflejen, en general, los diferentes elementos tributarios necesarios para la aplicación del impuesto.*
- e) Registro de todas las operaciones anteriores dentro del plazo fijado para liquidación y pago del impuesto.*
- f) Nombramiento de un representante con domicilio en la comunidad, para el supuesto de sustitutos del contribuyente con domicilio fiscal fuera del territorio español, cuya comunicación a la administración tributaria será efectuada mediante una declaración censal».*

De tal manera que es fácilmente observable que la estructura del IVET se alineaba de manera notable con la del tributo balear y el catalán, así como con otros gravámenes de carácter indirecto como el IVA, actuando el sustituto del contribuyente como una suerte de intermediario entre los sujetos pasivos del tributo y la Hacienda Pública.

Como se ha señalado previamente, la Ley objeto de estudio fue derogada mediante el artículo único del Decreto Ley 12/2023, de 10 de noviembre. Dado que la entrada en vigor de esta normativa estaba prevista para un día después de su publicación en el *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*, el tributo valenciano sobre estancias turísticas nunca llegó a ser exigible. Según su Exposición de Motivos, la derogación del IVET se justificó por la urgente necesidad de proteger el sector turístico de la Comunidad Valenciana, la cual se enfrentaba a la crisis económica, el aumento de la inflación y el encarecimiento de los costes operativos. Se concluyó que la aplicación de este tributo podría perjudicar la competitividad de la Región en relación con otros destinos turísticos, lo que afectaría de manera adversa a la demanda y, en consecuencia, la economía local. Así, la decisión de eliminar el IVET se enmarcó en un esfuerzo por resguardar el tejido productivo y establecer un entorno más favorable y competitivo para el fomento de la actividad turística.

4. Reflexiones finales

A la luz de los análisis realizados sobre los regímenes tributarios de las Comunidades Autónomas de Baleares, Cataluña y la fallida implementación del Impuesto Valenciano sobre Estancias Turísticas, se vislumbra la posibilidad de establecer un impuesto potestativo local que grave todas las estancias turísticas en el ámbito municipal. Este enfoque no solo permitiría a las EELL capitalizar los beneficios derivados de la actividad turística, sino que también ofrecería una herramienta fiscal para abordar las externalidades negativas asociadas con el turismo²⁰.

La creación de un hecho imponible amplio, que contemple todas las modalidades de estancias turísticas —incluyendo hoteles, apartamentos turísticos, casas rurales y otras formas de alojamiento— es esencial para garantizar una recaudación efectiva y justa. Al mismo tiempo, resulta pertinente considerar la inclusión de determinadas exenciones, como las que se establecen en las legislaciones de Baleares y Cataluña, que permiten mitigar la carga tributaria sobre colectivos vulnerables, como los menores de edad o aquellos que se ven afectados por situaciones de fuerza mayor.

En este contexto, sería valioso explorar la posibilidad de implementar exenciones, bonificaciones o modulaciones en la tarifa del tributo propuesto, basadas en criterios como la certificación ambiental del alojamiento o su emplazamiento geográfico. Por ejemplo, se podrían establecer bonificaciones para aquellos alojamientos que demuestren un compromiso con prácticas sostenibles, o que estén ubicados en zonas menos turísticas, donde el impacto dichas actividades es menor.

Asimismo, consideramos que se erige como un aspecto crucial el hecho de que la recaudación del futurible gravamen se hallase afectada a la financiación de actuaciones que mitiguen los efectos adversos del turismo en las comunidades locales. Esto incluiría inversiones en infraestructura, servicios públicos y programas de sostenibilidad que contrarresten la presión ejercida por el aumento de la demanda turística. Al destinar los ingresos a estas áreas críticas, se puede garantizar que el tributo sirva como una fuente de ingresos, además de contribuir asimismo a la mejora de la calidad de vida de los residentes y a la preservación de los recursos locales.

Por otro lado, la regulación de Cataluña en cuanto a la figura del asistente en la recaudación, que actúa como intermediario en la gestión de su tributo propio, puede servir como un modelo a seguir. Este mecanismo facilitaría la administración del gravamen, asegurando que los ingresos se recauden de manera eficiente y se destinen adecuadamente a financiar los servicios públicos afectados por la afluencia turística.

20. Moreno González aboga igualmente por la implantación de nuevas figuras tributarias locales, destinadas a dotar de mayores y más adecuados recursos a las arcas municipales, en «El problema territorial en Extremadura: Una visión desde el derecho y el reformismo», *op. cit.*, p. 26.

La existencia de la indicada figura puede ser crucial para garantizar el éxito en la implementación de nuestra propuesta.

Es fundamental además que un futuro tributo de este tipo se configure como potestativo, permitiendo a cada Ayuntamiento decidir sobre su implementación de acuerdo con sus necesidades y circunstancias particulares. Esta flexibilidad es vital para que las EELL puedan adaptar la carga tributaria al contexto específico de su territorio, considerando factores como la presión sobre los servicios públicos y la capacidad de carga del mercado inmobiliario local. Además, sería interesante contemplar la posibilidad de establecer recargos sobre el mismo en zonas especialmente tensionadas, como las capitales de provincia o áreas con un alto porcentaje de pisos turísticos o segundas residencias.

En conclusión, la creación de un impuesto potestativo local que grave las estancias turísticas podría ofrecer una solución viable para que las EELL gestionen los desafíos derivados del turismo. Este gravamen, diseñado con un hecho imponible amplio, exenciones pertinentes y mecanismos de recaudación eficaces, podría convertirse en un instrumento fundamental para lograr un desarrollo turístico sostenible que beneficie tanto a los residentes como a los visitantes. La implementación exitosa de la figura propuesta dependerá de la capacidad de las Administraciones Locales para equilibrar la atracción de turistas con la preservación de la calidad de vida de sus habitantes. Se ha de subrayar que en el supuesto de que el gravamen propuesto se materializase, habría que compensar a las Comunidades Autónomas de Cataluña e Islas Baleares en base a lo dispuesto en el art. 6.2. de la LOFCA.

Bibliografía

- Álamo Cerrillo, Raquel, «La fiscalidad de los apartamentos turísticos», *Quincena Fiscal*, 2017, núm. 12.
- Borja Sanchís, Adoración, «Los impuestos sobre estancias turísticas en España», *Quincena Fiscal*, 2017, núm. 18.
- «Los impuestos turísticos: en particular, el Impuesto Valenciano sobre Estancias Turísticas», *Quincena Fiscal*, 2023, núm. 17.
- Calvo Ortega, Rafael y Calvo Végez, Juan, *Curso de Derecho Financiero. I Derecho Tributario. Parte General. II Derecho Presupuestario*, Aranzadi, Pamplona, 29ª edición, 2025.
- Calvo Végez, Juan, «A vueltas con la aplicación del recargo en el IBI sobre las viviendas vacías a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional», en *Nuevas tendencias del desarrollo de las haciendas locales*, (Dir. María Luisa Esteve Pardo), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 177-200.

- Colao Marín, Pedro Ángel, *Autonomía municipal, ordenanzas fiscales y reserva de ley*, J.M. Bosch, Barcelona, 2011.
- De Miguel Canuto, Enrique, «Impuesto sobre estancias en establecimientos turísticos de Cataluña», en *La nueva tributación tras la reforma fiscal*, (Coord. Gemma Patón García), Wolters Kluwer España, Valencia, 2016, pp. 853-874.
- Menéndez Moreno, Alejandro, «Impuestos directos o indirectos: una elección a la carta», *Quincena Fiscal*, 2022, núm. 7.
- Merino Jara, Isaac (dir.) y Manzano Silva, María Elena (coord.), *Estudios jurídicos sobre la hacienda local*, J.M. Bosch, Barcelona, 2012.
- Moreno González, Gabriel, «El problema territorial en Extremadura: Una visión desde el derecho y el reformismo», en *La reforma de las administraciones y las políticas públicas ante el reto demográfico en Extremadura*, (Dir. Gabriel Moreno González), Aranzadi, Pamplona, 2024, pp. 13-34.
- *La matrioska española: El problema territorial más allá de los nacionalismos*, Marcial Pons, Madrid, 2025.
- Navarro García, Albert, «La Ley 12/2023, por el derecho a la vivienda, y su impacto en el recargo del IBI para viviendas desocupadas de manera permanente», en *Fiscalidad y economía circular: Sectores estratégicos de vivienda y transporte*, (Dir. José Francisco Sedeño López y Gemma Patón García), Atelier, Barcelona, 2024, pp. 21-42.
- Pablos Mateos, Fátima, *Autonomía y suficiencia financiera de la Hacienda Municipal*, 1.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2015.
- Ruiz Garijo, Mercedes, *Fiscalidad de la empresa turística*, Edersa, Madrid, 2005.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 02/09/2025 || Aceptado: 24/11/2025

La comunicación en las instituciones públicas: un desafío en clave social y democrática para avanzar en transparencia, participación y e-inclusión

Communication in public institutions: a social and democratic challenge to advance transparency, participation, and e-inclusion

Asunción Fuentes Santamaría  0009-0008-8521-7503

Universidad de Alicante, España.

asuncion.fuentes@ua.es

Resumen

En estos tiempos digitales de infoxicación, de *fake news* o desinformación, las instituciones públicas afrontan el gran desafío de generar confianza para legitimarse ante la ciudadanía y “construir comunidad”. Esto centra el debate en cómo se impulsan y canalizan en el ecosistema institucional los flujos de comunicación. Por ello, en este artículo se analizan los procesos de comunicación pública que se erigen de los más potentes para superar viejas ideas y funcionamientos anclados en el pasado, en línea con los valores democráticos, con las reglas y los principios de buen gobierno y buena administración.

Palabras clave: comunicación pública, intangibles, capital relacional, valor público, capital intelectual.

Abstract

In these digital times of information overload, fake news, and misinformation, public institutions face the enormous challenge of generating trust to establish legitimacy among citizens and "build community." This focuses the debate on how communication flows are promoted and channeled within the institutional ecosystem. Therefore, this article analyzes the public communication processes that emerge as the most powerful for overcoming old ideas and practices anchored in the past, in line with democratic values, the rules, and principles of good governance and good administration.

Keywords: communication, intangibles, relational capital, public value, intellectual capital.

Sumario

1. Introducción y planteamiento general
2. Presente futuro: evolucionar hacia una "arquitectura de la escucha"
3. La gestión activa de los procesos de comunicación pública y su relevancia para "construir comunidad"
4. El camino a seguir: una comunicación pública eficaz, inclusiva y responsiva
5. Algunas reflexiones finales

I. Introducción y planteamiento general

En nuestro mundo digital, las lógicas tradicionales de la información y la comunicación¹, han cambiado. Se trata de sociedades empoderadas, complejas e hiperconectadas, también denominadas sociedades de la infocracia y de la infoxicación (Jiménez Asensio, 2022), con públicos que consumen y redistribuyen, pero, al mismo tiempo, producen y reinterpretan información, de manera particular, los denominados “ciudadanos cultos universales” (Stiglitz y Greenwald, 2016) que se aíslan de la política clásica y de sus mecanismos formales tradicionales, decantándose por la participación política en sus ámbitos específicos de intereses locales o globales (Ramíó Matas, 2017).

Ante este panorama, hoy el reto es mayor para responder a las demandas crecientes de esta ciudadanía más informada, que exige un buen gobierno, mayor transparencia, participar en la toma de decisiones en asuntos que les atañen y rendición de cuentas, y la prestación de bienes y servicios públicos que respondan a criterios de calidad y efectividad. Pero, sin duda, también se abren nuevas oportunidades para establecer un contacto directo, sin intermediarios, con diversos y amplios públicos para difundir información pertinente y precisa que genere confianza en las instituciones públicas² y legitimidad, disminuyendo la desafección (o desapego) y la desconexión ciudadana. Esta construcción o reconstrucción de confianza en entornos políticos complejos se ha convertido en una de las prioridades de los Estados que, en los últimos tiempos, afrontan una coyuntura crítica desde un importante aumento del fenómeno de la polarización, dirigiendo procesos de transición digital y ambiental con consecuencias sociales por la evolución económica y el aumento de las tensiones geopolíticas, como recoge la OCDE (2024) en su informe sobre la segunda encuesta³ efectuada respecto a los motores de confianza en treinta países miembros, realizada entre octubre/noviembre de 2023. Los resultados de la citada encuesta proyectaron lo siguiente: a) La percepción de tener voz y ser escuchado para articular acciones de gobierno aumenta la confianza en las instituciones públicas, según manifiestan el 69 % de los encuestados, un porcentaje que disminuye al

1. Respecto a los conceptos de información y comunicación se debe poner de manifiesto la frecuente confusión que se produce utilizándose en el lenguaje coloquial de forma equivocada. Mientras que informar es poner en relación persona/s u organizaciones con acontecimientos (proceso unidireccional), como puede ser transmitir datos, hechos o sucesos a una persona/organización. La comunicación, a diferencia de la información, supone un proceso bidireccional con influencia mutua entre quienes participan obteniendo respuesta, participación y reacción del receptor en el proceso comunicacional (retroalimentación).
2. Conviene clarificar que no se deben confundir las instituciones públicas y las administraciones públicas. Pues, las primeras, como bien señala Ramíó Matas (2022), constituyen el todo, desde el ingrediente del liderazgo político, la visión estratégica y otros componentes que articulan el complejo entramado institucional, mientras las administraciones públicas, partes de ese todo, son instrumentos enfocados en lograr los objetivos y fines institucionales marcados, si bien, desde una vertiente política-administrativa y organizativa singular y diferenciada.
3. La citada encuesta de la OCDE sobre conductores de confianza en las instituciones pública se puede consultar en: https://www.oecd.org/en/publications/oecd-survey-on-drivers-of-trust-in-public-institutions-2024-results_9a20554b-en.html [consulta realizada en agosto de 2025]

22% entre los que no se sienten escuchados. b) Se evidencia una clara división entre la confianza ciudadana en las interacciones cotidianas con las instituciones públicas en la prestación de servicios, que es bastante alta, y la confianza en la capacidad de adoptar decisiones políticas complejas por los gobiernos, que no lo es tanto. c) Los factores socioculturales, económicos, institucionales y demográficos también afectan a la confianza. Como ejemplo: los niveles más bajos de confianza desde 2021 (primera encuesta) se detectan en mujeres con niveles de educación bajos.

Lo expuesto centra el debate en cómo se impulsan y canalizan en el ecosistema institucional actual los flujos de comunicación pública⁴ para que sean efectivos e inclusivos y reconstruyan confianza, desde un contexto desafiante de incremento de la polarización y crispación en los contenidos, de desinformación, de *fake news*, etc. Pues, una gestión activa de la comunicación pública puede articular identidad, reputación, trabajo diario, actividades, cultura organizacional, y coadyuvar visiones reforzando el papel de las instituciones públicas al tiempo que construye legitimidad. Por ello, la comunicación pública no puede relegarse a un segundo plano o descartarse, ni ser considerada como una mera función operativa o auxiliar, ni priorizarse sólo en momentos de crisis.

Pero tampoco la información y su gestión con la masiva generación de datos a gran velocidad puede ser vista como una función supletoria o auxiliar. Todo lo contrario. En este entorno que se muestra retador, constituyen un vector transversal, estratégico y vertebrador que resulta vital para las instituciones públicas contemporáneas. De ahí la necesidad de disponer de fórmulas y herramientas para registrar y analizar el gran volumen de datos variados⁵ y de información que se manejan para extraer de ellos un valor público que ayude en la toma de decisiones y en la provisión de servicios públicos. Como refiere la OCDE, actualmente el intercambio de información con la ciudadanía y el diálogo que de este se deriva son elementos esenciales de una

4. Respecto a nuestro país, la encuesta explora las percepciones de las personas sobre diferentes instituciones públicas con los siguientes resultados:

Los españoles confían más en las fuerzas y cuerpos de seguridad policial (61 %) que en los tribunales y el sistema judicial (45 %); también se quedan por debajo las administraciones locales (44 %), el gobierno central (37%), la administración central (38 %), los medios de comunicación (34 %) y el parlamento nacional (34 %).

Las instituciones públicas de menor confianza en España son los partidos políticos con un 18 %.

Disponible en: https://www.oecd.org/en/publications/oecd-survey-on-drivers-of-trust-in-public-institutions-2024-results-country-notes_a8004759-en/spain_56998449-en.html [consultada en agosto de 2025]

5. En este sentido, se debe destacar el creciente interés que en las distintas administraciones públicas y en los gobiernos se presta al Big Data (o “macrodatos”, en castellano), que es un concepto ligado al desarrollo tecnológico digital y lleno de potencial, aunque también de riesgos.

En la literatura existe cierto consenso en torno a tres características físicas del Big Data que conforman el modelo de las 3V, y que son: volumen (para capturar y procesar: *terabytes*, *petabytes*, *zettabytes*), velocidad (para recopilar, procesar, producir y analizar, casi en tiempo real), variedad (en formatos distintos: estructurados, semiestructurados y desestructurados). Por lo antedicho, hablar de Big Data es hacerlo sobre un término genérico que designa un conjunto de tecnologías que permiten recopilar y tratar un volumen masivo de datos digitales, brutos y en formatos distintos, provenientes de fuentes dispares, muy variados y a gran velocidad con el objetivo de darles utilidad y de que proporcionen valor público.

gobernanza democrática e instrumental para mejorar la formulación de las políticas públicas (OCDE, 2021).

Por lo explicado, el objeto de esta contribución son los citados procesos de comunicación en las instituciones públicas contemporáneas, de manera destacada en las administraciones públicas, planteándose como un intangible clave, transversal y estratégico (Fuentes Santamaría, 2022, 2024). Aunque sin descuidar su parte táctica que alude a la cotidianidad y la materialización de la estrategia marcada, desde la relevancia de su gestión activa en un mundo digitalizado e hiperconectado para construir en clave social y democrática y avanzar en transparencia, participación y e-inclusión. Por ello, como objetivo se formula el análisis de este intangible estratégico que puede condicionar, y de hecho condiciona, la calidad democrática y la legitimidad institucional, proponiendo un marco analítico que permita vincular comunicación, arquitectura de la escucha y generación de valor público.

Para ello, y tras la revisión de la literatura académica sobre el tema y una metodología principalmente cualitativa, se presenta este trabajo teórico de reflexión, analítico y crítico, que, en primer lugar, aborda, desde las transformaciones del contexto, este activo intangible⁶ (o capital intelectual)⁷ (Fuentes Santamaría, 2022, 2024), integrado dentro del denominado capital relacional⁸ considerando el valor del conjunto de las interacciones y las relaciones que se mantienen como sistemas abiertos que son, o deberían ser, transparentes, porosos al contexto, conectados y e-inclusivos. A continuación, y en conexión con lo expuesto, se analiza la comunicación pública y su efectividad (a nivel estratégico), junto al desafío de que sea eficaz, inclusiva y

6. Entre una amplia y diversa bibliografía sobre esta temática, véase el trabajo de Fuentes Santamaría A. (2024). Hacia una administración municipal inteligente y e-inclusiva. Un estudio del Ayuntamiento de Alicante y sus Organismos Autónomos.

En este trabajo algunos de los indicadores empleados en el análisis efectuado sobre las entidades locales citadas, periodo 2015-2019, respecto a la producción y circulación de información y comunicación, y al factor tecnológico, fueron los siguientes (Fuentes Santamaría, 2022):

- Tipos de sistemas de información y de almacenes de datos
- Tipos de sistemas de apoyo y colaboración
- Nivel de conectividad en las aplicaciones informáticas
- Tiempo de implantación de las nuevas tecnologías
- Tipo de estrategia utilizada en la implantación de la administración electrónica
- Progresión en el uso de las Tics
- Número de gestiones online más solicitadas desde la sede electrónica
- Número de visitas a páginas web municipales (según servicios/departamentos/áreas temáticas)
- Evolución en las entradas en el blog municipal del servicio de recursos humanos y de intranet

7. Siguiendo el planteamiento de Lev (2001), los términos capital intelectual, intangibles, actos o recursos intangibles se utilizan indistintamente en el presente trabajo.
8. Junto al capital relacional debe considerarse el capital estructural y también el capital humano, pues, hablar de capital intelectual (o intangibles) implica la utilización conjunta de los tres que multiplican de esta forma las interacciones entre sus componentes, según manifiestan Edvinson y Malone (2001).

responsiva, incidiéndose en su consideración como pieza esencial para combatir funcionamientos desfasados, o mejor desincronizados con las sociedades de hoy.

Para finalizar, se realizan una serie de reflexiones sobre las aportaciones efectuadas, desde los desafíos que se presentan en estos procesos clave, que son fundamentales en el desarrollo, consolidación y madurez de las organizaciones, y se erigen de los más potentes para superar viejas ideas y funcionamientos anclados en el pasado, y legitimarse ante una ciudadanía que demanda, cada vez más, instituciones públicas inteligentes y e-inclusivas (Fuentes Santamaría, 2024) que se guíen por la generación de valor público (Parrado, 2023; Canel Crespo, 2018), en línea con los valores democráticos, con las reglas y los principios de buen gobierno y buena administración.

2. Presente futuro: evolucionar hacia una “arquitectura de la escucha”

Parece acertado abordar este epígrafe evocando el conocido trabajo de Frederick G. Harmon (1997)⁹ sobre un “presente futuro” que ya está ocurriendo en las organizaciones de hoy, también públicas, y que se muestra en la normalización de expresiones como sociedad de la información (Castell, 2001) y del conocimiento (Druker, 1993), era de la inteligencia artificial (Villar Mir, 2019), mundo digital (Negroponte, 1995), o era informacional (Castells, 1996), que revelan la tremenda complejidad de las sociedades contemporáneas, interconectadas, interrelacionadas y líquidas (Bauman, 2004, 2007), como se avanzaba líneas atrás. Unas sociedades que afrontan el incremento del ritmo de las transformaciones, principalmente tecnológicas¹⁰, también económicas, socioculturales y políticas, de innegable magnitud y calado en todas las esferas de la vida que están forzando cambios en las instituciones públicas que deben priorizar en inteligencia y calidad institucional en aras a generar respuestas adecuadas y flexibles ante los retos que se plantean desde ámbitos diversos. Pues, aunque el cambio es una constante en los ciclos de vida de las organizaciones y como manifiesta Peter Drucker “todos han aceptado que el cambio es inevitable” (Valhondo, 2003), no todo cambio puede ser considerado significativo.

En este sentido, y a pesar de la nueva realidad que, sin duda, ha favorecido la apertura de información, la transparencia y la rendición de cuentas con la generalización

9. Harmon, F. G. (1997). Presente futuro. En F. Hesselbein, M. Goldsmith, & R. Beckhard (eds.), *La organización del futuro* (título original, *The organization of the future*), pp. 297-307. Deusto.

10. Como señala Castells (2000), las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) se han convertido en un factor clave en las transformaciones estructurales de la actual sociedad de la información (SI), operando como motor de la globalización. Según el citado autor, los factores que han facilitado el paso de una sociedad industrial a una sociedad de la información son: a) la revolución de las tecnologías; b) el agotamiento de los modelos económicos, tanto capitalistas como comunistas; c) la aparición de nuevos movimientos sociales y culturales (Castells, 2000).

de portales web públicos, la digitalización de los procesos administrativos (eprocimientos), la adopción de plataformas y redes sociales digitales (RSD)¹¹, dispositivos móviles, APPs, Big Data, o la robótica, entre otras muchas innovaciones tecnológicas¹² que se están dando junto a una cada vez más potente inteligencia artificial (IA), ahora generativa (IAG), a la que ya se le reconoce el carácter de “revolucionario”¹³ por sus beneficios y también retos e incertidumbres con impacto en la economía y la sociedad, todavía sigue pendiente articular una necesaria “arquitectura de la escucha” que incluya: aceptación, reconocimiento, atención, consideración, respuesta e interpretación, como manifiesta Canel Crespo (2018). Una “arquitectura de la escucha” que en nuestros días se debería vincular con las posibilidades que presenta el potente desarrollo tecnológico.

Desde una mirada en retrospectiva, a partir de los años ochenta del siglo XX empezaron a impulsarse numerosos proyectos de cambio modernizadores alrededor de la calidad total, la reingeniería de procesos, el downsizing/resizing, etc., que tuvieron una rápida expansión entre los países capitalistas impulsando lo que para algunos autores supuso una “pandemia” de reformas de la gestión pública (Pollit y Bouckaert, 2010) que en la mayoría de los casos generaron relatos de éxito con estrategias coherentes y pragmáticas, pero, en otros tantos no lograron alcanzar los objetivos previstos ni estar a la altura de las inversiones realizadas. Curiosamente, sólo algunos enfocados en procesos de comunicación pública, a pesar de que las instituciones públicas están permeadas de comunicación, que es su esencia, desde una dimensión comunicativa que se expresa en procesos interpretativos que se activan para cumplir con las funciones encomendadas (Canel Crespo, 2018).

Tampoco los procesos de gestión de la información en la gestión pública, que requieren la implantación de la administración digital de manera previa e ineludible (Ramíó Matas, 2022), han tenido los resultados esperados en numerosas administraciones públicas que todavía se encuentran en periodos transitorios, de analógico a digital (Fuentes Santamaría, 2022, 2024), aunque en los últimos tiempos se ha

11. Criado, J.I. y Rojas-Martín, F. (eds.) (2015). Casos de éxito en redes sociales digitales de las administraciones públicas. Generalitat de Catalunya. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.
12. En el índice de desarrollo de gobierno digital de Naciones Unidas de 2024, España ocupa la posición 17ª entre los Estados del mundo respecto a la incorporación y desarrollo de nuevas tecnologías, mejorando en un punto la posición alcanzada en 2022. También es destacada la posición que ocupa en Europa. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Data/Country-Information/id/160-Spain> [consulta realizada en agosto de 2025]
13. Así aparece en el texto de la Estrategia de Inteligencia Artificial 2024 del Gobierno de España, aprobada por el consejo de ministros, en mayo de 2024, para dar continuidad a las iniciativas impulsadas en esta materia, pero desde su adaptación a los notables cambios experimentados en esta tecnología en los últimos años para su despliegue temporal en 2024 y 2025, con una dotación de 1.500 millones de euros del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y de su adenda posterior. Disponible en: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/comunicacion/Paginas/20240514-Gobierno-aprueba-Estrategia-IA-2024.aspx> [consulta realizada en agosto de 2025]

contado con un destacado empeño legislativo y ejecutivo, y con el apoyo coyuntural de los fondos europeos para impulsar su desarrollo¹⁴.

Centrándonos en este apoyo coyuntural del instrumento Next Generation, y según el balance del Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas, 2021-2025, que se incardina en la iniciativa España Digital 2026 y dentro del componente 11 de nuestro plan nacional que focaliza en la Modernización de las Administraciones Públicas, los datos evidencian un avance en cuanto a la digitalización de servicios públicos. Como ejemplo de ello, en el intervalo indicado se han dado más de 70 millones de consultas de expedientes con la administración, más de 1 millón de consultas tratadas por el chatbot ADA, más de 6 millones de consultas de citas previas y de caducidad de documentación, cerca de 16 millones de consultas de tráfico, o cerca de 3 millones de registros enviados por medio del Registro Electrónico Común (REC). También se debe subrayar que el citado Plan de Digitalización recoge entre las medidas a impulsar¹⁵ el avanzar en Gobierno Abierto¹⁶ y su vinculación con la comunicación pública inclusiva que se asume como compromiso en el IV y último¹⁷ Plan de Acción de Gobierno Abierto desarrollado por nuestro país (OCDE, 2021).

Al respecto, recientemente ha salido publicado el informe de resultados (2025)¹⁸ del mencionado IV Plan de Acción de Gobierno Abierto sobre los compromisos

14. El Consejo Europeo aprobaba, en julio de 2020, el Next Generation EU que daba comienzo a una década de fondos sin parangón en la historia de la Unión Europea hasta el momento, buscando afrontar cuatro grandes objetivos: a) *Reconstrucción* de las consecuencias económicas y sociales generadas por la pandemia sanitaria. b) *Recuperación* del ritmo de la confinada actividad económica en el territorio europeo tras los distintos confinamientos domiciliarios, perimetrales y la congelación de libertades básicas. c) *Transformación* poliédrica de las estructuras económicas y también sociales en base a dos vectores esenciales: la transformación digital por la vida de la Agenda Digital Europea y la transformación verde, sostenible, por medio del Pacto Verde Europeo (Green Deal). d) *Resiliencia* del modelo productivo y social para conseguir mayor fortaleza en los pilares sobre los que se apoyan Estados y sociedad civil.

Estos cuatro grandes objetivos han tenido su traducción en cuatro grandes marcos programáticos de fondos europeos para una década: el marco financiero plurianual 2014-2020, el instrumento Next Generation EU: análisis de fondos REACT-UE, el instrumento Next Generation: mecanismo de recuperación y resiliencia y el marco financiero plurianual 2021-2027 (Fuentes Santamaría, 2024).

15. El Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas, 2021-2025, incorpora las siguientes medidas a impulsar: ayuda financiera destinada al desarrollo de proyectos vinculados con la transformación digital para modernizar las comunidades autónomas y las entidades locales de forma coherente y coordinada, las infraestructuras digitales, la ciberseguridad o la innovación en servicios y tecnología, y Gobierno Abierto.

16. Desde finales de 2011, España pertenece a la Alianza de Gobierno Abierto. Una iniciativa multilateral de la que hoy forman parte 75 países y 150 jurisdicciones locales, que promueve la transparencia en la actuación de los poderes públicos, además de la participación ciudadana en la elaboración de políticas públicas y el refuerzo de la integridad para combatir la corrupción.

17. Actualmente se está trabajando en el V Plan de Acción de Gobierno Abierto (2025-2029). Se pueden consultar las observaciones al borrador del mismo elaboradas por Transparencia Internacional de España (TI-E) en: <https://transparencia.org.es/estudios-y-publicaciones/observaciones-de-transparencia-internacional-espana-ti-e-al-borrador-del-v-plan-de-gobierno-abierto-de-espana-2025-2029/>

18. Informe de resultados del IV Plan de Acción de Gobierno Abierto 2020-2024.

Véase el enlace: <https://www.opengovpartnership.org/es/documents/spain-results-report-2020-2024/> [consultado en agosto de 2025]

asumidos y que han sido evaluados por un mecanismo de revisión independiente¹⁹. En este informe se expone que España ha alcanzado seis de nueve compromisos nacionales, total o sustancialmente. Entre estos, algunos de los más relevantes están vinculados con la transposición de directivas europeas como la Directiva (UE) 2019/1937 en la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción²⁰, y con la comunicación inclusiva (compromiso 8), que, entre otras iniciativas, ha focalizado en el despliegue de un plan de comunicación inclusiva sobre el Gobierno Abierto²¹ desde un diseño articulado con la colaboración de la plataforma del tercer sector a partir de su participación en el Foro de Gobierno Abierto. Si bien, no se consiguieron o se cancelaron la reforma de la ley de transparencia (compromiso 1), la implementación de la “huella normativa” (compromiso 4) y la reforma de la ley de incompatibilidades de los empleados públicos (compromiso 5) que data de 1984²².

A pesar de todo ello, los avances son lentos y la realidad todavía es la que nos manifiesta Miguel Castaño: “uno de los problemas originados en las administraciones públicas, quizás uno de los principales, es la cantidad ingente de datos, la desestructuración de la información y la dispersión de sus fuentes, merced de una burocracia que crece sin límites, como fácilmente se comprueba en la práctica” (citado por Cruz, 2015). Pero es que no existen remedios mágicos ni recetas de aplicación universal o general, que, además, se suelen amparar en lógicas erróneas aplicando copias miméticas de buenas prácticas o modelos que parten desde contextos socio-culturales, institucionales y políticos distintos, y también de capacidades y recursos diferentes. Como señalaba la OCDE (1989), los organismos públicos y los gestores deben “aprender a aprender, a observar constantemente su entorno para adaptarse a él dentro de los límites establecidos por las normas de la democracia y con la pre-ocupación fundamental de mejorar sus resultados sobre el propio terreno (OCDE, 1989, citado por Villoria, 1997).

19. El proceso de Gobierno Abierto (OGP) es supervisado en España por dos instituciones: a) el Foro de Gobierno Abierto, que es un foro multisectorial para monitorear la implementación del plan de acción b) la Comisión Sectorial de Gobierno Abierto, que coordina a las distintas administraciones públicas.

20. La transposición de la indicada Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, incide en que los sistemas internos de denuncia de información (SIINF) deben formar parte integrante y nuclear de lo que sería un sistema de integridad institucional (SII), adicionando la necesaria aprobación de planes de medidas antifraude (PMA).

21. Sobre la articulación de un plan de comunicación inclusiva del Gobierno Abierto, se debe significar el convenio de colaboración entre la Administración General del Estado y la Plataforma del Tercer Sector para la comunicación inclusiva del Gobierno Abierto, suscrito el 30 de noviembre de 2021, como recoge la resolución de 10 de diciembre 2021, de la Secretaría de Estado de la Función Pública, publicada en el BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2021.

Disponible en: https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index/Gobierno-abierto/Comunicacion-Inclusiva.html#Convenio%20PTS

22. La regulación de las incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas se recoge en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

En suma, unos tiempos digitales disruptivos de importante desarrollo tecnológico, que son tiempos de infoxicación o sobrecarga informativa, de *fake news*, de un creciente mercado de datos, de desinformación, etc., en los que se plantea como necesaria articular una “arquitectura de la escucha” a partir de la gestión activa de los procesos de comunicación pública, como se expone a continuación, y que se revelan como un activo intangible clave, transversal y estratégico con base en la información y el conocimiento (Fuentes Santamaría, 2022, 2024), que son “materias primas” valiosas para propiciar el diálogo y la participación en la vida colectiva y social desde un reconocimiento mutuo que construya comunidad.

3. La gestión activa de los procesos de comunicación pública y su relevancia para “construir comunidad”

A tono con lo anterior, se debe incidir en que todo lo que ocurre en las organizaciones, desde la cotidianidad del trabajo diario a las relaciones humanas, debe ser entendido en términos de comunicación. Pues, las organizaciones como sistemas abiertos que son (o deberían ser), porosos al contexto, conectados, e-inclusivos y con una naturaleza entre lo técnico y lo social, se traducen en un conjunto de relaciones y de transformaciones de valor con sustento en distintas tecnologías o *know-how*²³ (o cómo se desarrolla ese trabajo diario) en el comportamiento de los individuos y también de los grupos o unidades que los integran. De tal forma que mediante la comunicación se da la transmisión de datos e información entre individuos, grupos y unidades organizativas, se aprende al ser un soporte esencial para el aprendizaje y el conocimiento, se coordinan trabajadores para hacer efectivas actividades y tareas, se lideran equipos, se relacionan trabajadores (de manera formal e informal), se trasfiere la cultura de la organización con sus patrones de comportamiento y reglas de actuación, los valores, los sentimientos, las creencias, etc. Por consiguiente, la comunicación ha de concebirse como un pilar básico, desde un papel esencial como potente vehículo de transmisión de información y conocimientos, pero también de construcción de identidad, de pertenencia, de reputación, de confianza, de motivación, etc. Recordando a Walter Wriston²⁴, “la nueva fuente de riqueza no es material; es la información, el conocimiento aplicado al trabajo para crear valor” (Walter Wriston, 1992, citado por Edvinsson y Malone, 2001).

23. En la literatura académica son numerosas y muy diversas las definiciones sobre tecnología que podemos encontrar dependiendo de en qué aspectos han focalizado su estudio los distintos investigadores (a nivel organizativo o global, sobre los servicios o las unidades de trabajo, en las relaciones entre grupos o en las unidades organizacionales, también entre individuos, etc.) (Hodge, et al., 2003). En este sentido, y desde una concepción amplia, se considera que la tecnología incluye equipos, herramientas, información, conocimientos, habilidades y experiencias de los empleados en su utilización, tipos y secuencias de actividades y materiales que se usan en las tareas cotidianas, entre otros elementos que se podrían citar (Fuentes Santamaría, 2022, 2024).

24. Walter B. Wriston (1992), *The Twilight of Sovereignty. How the information revolution is transforming our world*. Nueva York: Scribner.

Lo hasta aquí planteado tiene como corolario el convertir la gestión activa de los procesos de comunicación en las instituciones públicas en fuente de generación de riqueza y valor público, desde su consideración de intangible clave, estratégico y vertebrador de todas las actuaciones que se lleven a cabo, y con capacidad de reforzar la confianza ciudadana y la legitimidad institucional para “construir comunidad”. En el entendido adicional de que debe contemplarse en toda su amplitud y complejidad por los medios que requiere, los sistemas, las implicaciones, las repercusiones y el horizonte temporal y espacial a considerar, sumando a ello la voluntad y el compromiso que demanda, desde un claro liderazgo institucional.

Pero ¿qué se entiende por intangible? Hablar de intangible es hacer referencia a algo inmaterial, incorpóreo, invisible, entre otros sinónimos utilizados en la literatura académica como: activo del conocimiento, activo invisible, activo oculto, recurso intangible o capital intelectual (Lev, 2001). Se trata de un concepto manejado en la literatura durante años, extremadamente flexible y sobre el que existen múltiples definiciones que, en ocasiones, sólo suponen variaciones pequeñas respecto a las definiciones ya existentes (Bontis, 1998). Empero, a partir de dos de los pioneros en la materia, Edvinsson y Malone (1999), y desde las numerosas interpretaciones y definiciones aportadas hasta la fecha, se pueden extraer los elementos constitutivos siguientes sobre el capital intelectual (o intangibles) en el sector público²⁵ (Fuentes Santamaría, 2022, 2024): a) comprende recursos y capacidades; b) implica combinación y dinamismo; c) tiene carácter estratégico; d) es fuente generadora de valor público.

Según lo antedicho, y a pesar del acuerdo respecto a la necesidad implícita de comunicar inherente al funcionamiento o *know-how* de cualquier organización para avanzar en los resultados y los fines encomendados, este intangible clave transversal y los contenidos de qué es lo que se debe transmitir y cómo hacerlo, considerando los sistemas de flujos organizacionales, ha sido abordado en los diversos enfoques organizativos de diferentes formas. Así, en el enfoque del management científico de Frederick Taylor²⁶ se incide en una transferencia unidireccional vertical y descendente (autoridad formal, regulación y control mediante órdenes, instrucciones, etc.), a diferencia del enfoque de la escuela de relaciones humanas²⁷ que enfatiza en las relaciones entre iguales y los flujos horizontales. Junto a estos se deben citar otros enfoques más modernos de la teoría de la organización que no entienden los

25. Véase el artículo 2 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.

26. Dentro de lo que se conoce como dirección científica del trabajo Frederick Taylor (1968) fue pionero. Se trata de un enfoque clásico que explica el comportamiento humano en las organizaciones mediante motivaciones económicas, controles sobre rendimiento, instrucciones y reglas impersonales, y una comunicación unidireccional y jerárquica descendente.

27. La escuela de relaciones humanas es una corriente fuertemente humanista que enfoca en el estudio de los grupos y su papel en las organizaciones, así como en los procesos sociales y las interacciones que se producen entre los trabajadores, los grupos y las unidades organizacionales que las integran. Por ello, abogan por flujos horizontales desde una transmisión de información y comunicación entre iguales.

flujos verticales sin los horizontales (Villoria y Del Pino, 2001), además de posicionamientos que incluyen también flujos transversales (Mintzberg, 2009).²⁸

En el sector público, y desde el marco de la gestión pública, la comunicación pública orientada a unos fines y que alberga el propósito de construir y mantener el bien común así como la confianza entre ciudadanos y autoridades, viene caracterizada por un especial énfasis en la comunicación formal, a nivel interno y externo, con sistemas de información que disponen de un alto grado de elaboración y estructuración, lo que hace que se siga optando por una información escrita, estructurada y cuantificada, según el conducto reglamentario establecido (Zarco Martín, 1996). También conviene considerar que el sujeto de la comunicación en el sector público es amplio, pues incluye todas aquellas organizaciones y públicos que convergen y participan de la provisión de servicios públicos, considerándose *multistakeholders*, multipropósito y multiorganizacional (Canel Crespo, 2018)²⁹.

Sobre lo explicado se deben resaltar dos cuestiones fundamentales en los sistemas de información y comunicación, como son: a) quién puede acceder a la información; b) cómo se utiliza la misma. Esto nos conecta con los ideales básicos de la democracia representativa, por un lado, con el acceso a la información pública como uno de los pilares esenciales de la acción política, desde el derecho de la ciudadanía a conocer como se gestionan los recursos públicos y conocer los criterios aplicables a la actuación de los representantes políticos. Una información que debe ser accesible, real, completa y actualizada, incluyendo referencias que permitan conocer el grado de actualización. Por otro lado, con la transparencia como “flujo incremental de información oportuna y confiable de carácter económico, social y político, accesible a todos los actores relevantes” (Kauffman y Kraay, 2002) que, como señala Villoria (2014), debe permitir evaluar a las instituciones públicas que la aportan y formar opiniones racionales y fundamentadas a los decisores públicos y a quienes participan o son objeto de la decisión.

En cuanto al desarrollo en España de estos conceptos, sus antecedentes se remontan a nuestra Carta Magna de 1978 respecto a los mecanismos para que los ciudadanos participen en los asuntos públicos (artículo 23) y la capacidad para garantizar el acceso a la información pública (artículo 105.b), debe destacarse la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, actualmente en proceso de reforma tras unos años de avances, aunque todavía débiles considerando los incumplimientos y las barreras al acceso de datos e información pública. Se trata de una ley articulada e implementada para ampliar y reforzar la transparencia de las instituciones públicas y de la actividad política y pública, que busca garantizar

28. Mintzberg (2009). Diseño de organizaciones eficientes. Madrid: El Ateneo Editorial.

29. Canel Crespo, M. J. (2016). Public sector reputation, en C. Carrol (ed.), The sage encyclopedia of corporate reputation, California: Thousand Oaks.

el derecho de acceso a la información de estas instituciones y, por ello, estableciendo obligaciones de buen gobierno a cumplir, junto a las consecuencias de su no cumplimiento. Pero en su texto no se establecen sanciones ni límites a la no publicación de datos e información obligatoria exigida por ley, ni tampoco el ajuste, la renovación o actualización de los portales de transparencia, que en muchos casos no disponen de espacios específicos y diferenciados para publicar la información obligatoria. En este sentido, se debe mencionar las evaluaciones realizadas por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sobre el cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa que impone la citada Ley de Transparencia. En concreto, en el informe de 2024 se constatan avances respecto a 2023, pero sólo de un 4,2% en el índice de cumplimiento de información obligatoria, con resultados que reflejan todavía notables diferencias en el grado de cumplimiento según entidades, que oscila entre el 3,2 % y el 100 %.

Desde el punto de vista organizativo las citadas cuestiones plantean el problema de concretar cuál es la configuración estructural adecuada que facilite la transmisión de información y comunicación, ejercer el control por la alta dirección (o cumbre estratégica) y la coordinación entre las unidades que integran la organización. Un instrumento que aún se plantea adecuado para entender cómo se dan los flujos de comunicación es el organigrama³⁰, o representación gráfica, que plasma la organización de roles (de trabajo) y los flujos de autoridad y regulación formal (corriente de poder formal, descendiente y jerárquica), como manera de ordenar los elementos que integran la organización y que va a depender de muchos y distintos factores como las relaciones de poder entre sus miembros, los flujos de comunicación, la distribución de funciones, etc. (Mintzberg, 2009).

Junto a estos flujos formales coexisten de forma conjunta flujos de comunicación informal (espontánea, no formalizada, extraoficial), con centros de poder no oficiales que articulan redes informales que se entrelazan y suplementan a los primeros. Ambos conforman dos partes de un todo que interactúa constantemente. Una visión global de un sistema de comunicación que se ha extendido en la literatura académica y que tiene su origen, como se ha referido, en los teóricos de la escuela de relaciones humanas³¹.

30. Para algunos teóricos de la organización se trata de una figura controvertida y limitada al considerar que recoge una descripción inadecuada e incompleta que no se ajusta a la realidad y no muestra las relaciones y los flujos informales. No obstante, puede aportar puntos interesantes y útiles de estudio al revelar una imagen exacta de la división del trabajo mostrando las posiciones que existen, como están agrupadas las unidades de trabajo y como fluye la autoridad formal (ordenes, instrucciones, etc.), describiendo el uso de la supervisión directa (Mintzberg, 2009).

31. En este sentido, resulta de obligada mención las contribuciones de los trabajos relacionados con los estudios de Hawthorne en la Western Electric Company, realizados por Roethlisberger y Dickson (1939) y los de Elton Mayo (1945), exponentes destacados de este enfoque clásico, que evidencian con sus estudios que las organizaciones funcionan de modos más complejos y ajenos a la autoridad formal y a los procesos de flujos regulados.

También se deben abordar los distintos canales o instrumentos que actualmente se utilizan en las instituciones públicas para la información y la comunicación, interna y externa. Si bien, tras el análisis de la literatura y ante una lista ingente que dificulta su clasificación, a continuación, se destacan las clasificaciones efectuadas por Pastor Albaladejo (2001)³², Chun, Schulman y Sandoval (2010)³³, Chun y Luna-Reyes (2012)^{34,35}, Criado y Rojas-Martín (2015)³⁶, Moya y Blanco (2015)³⁷, o Rodríguez-Andrés (2017)³⁸. Al respecto, merecen consideración los avances con la inteligencia artificial (ahora generativa) y la utilización de chatbots o la recomendación personalizada de contenidos, también los sistemas de analítica avanzada o las plataformas interactivas de datos que facilitan la adopción de decisiones, la personalización de la comunicación y la mejora de la experiencia del usuario/ciudadano con infografías de alto impacto comprensibles por diversos públicos, entre otros muchos a citar.

Conjuntamente, no pueden descuidarse los canales de comunicación y contacto directo con la ciudadanía y el resto de públicos de interés, bien a través de oficinas de atención e información ciudadana, sistemas de control de quejas y sugerencias, rendición de cuentas, dispositivos de participación, movilización o encuentro, etc., sopesando siempre objetivos, públicos destinatarios, formato a emplear, frecuencia, lenguaje, presupuesto disponible, etc. Y ello, aunque se brinde una especial atención a las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías y los nuevos canales digitales adicionales mencionados, desde una innegable potencialidad que complementa y refuerza fortalezas y fines a lograr.

32. La citada autora diferencia entre (Pastor Albaladejo, 2001):

Instrumentos internos utilizados solo para la transmisión de información, como: notas internas, circulares, convocatorias de reuniones de trabajo, correo electrónico, tableros de anuncios y paneles, manual de acogida, vídeos, publicaciones internas (revistas, boletines internos), etc.

Instrumentos de comunicación interna que implica participación, intercambio (retroalimentación), e incentiva la comunicación vertical ascendente en la organización, como: buzones de sugerencias, encuestas, chats y foros internos, seminarios, cursos de formación, entrevistas personales, trabajo en equipo, intranets corporativos, etc.

33. Chun, S., Shulman, S. y Sandoval, R. (2010). Government 2.0: Making connections between citizens, data and government. *Information Polity*, 15 (1, 2), p. 5.

34. Estos autores, Chun y Luna-Reyes, manifiestan que hay que incluir a los públicos en el diseño de nuevas acciones para activar a “ciudadanos transformadores” (Chun y Luna-Reyes, 2012).

35. Chun, S. y Luna-Reyes, L. (2012). Social media in government. *Government Information Quarterly*, 29 (4), pp. 441-445.

36. Criado, J.I. y Rojas-Martín, F. (eds.), op. cit.

37. Moya, E. y Blanco, J.M. (2015). Redes sociales y seguridad ciudadana, en J.I. Criado y F. Rojas-Martín (eds.), *Casos de éxito ...*, op. cit, p.139.

38. Rodríguez-Andrés, R. (2017). ¿En camino hacia el gobierno 2.0?: Análisis del uso de redes sociales por los ministerios españoles para fomentar la transparencia y la participación ciudadana. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, 23 (2), pp. 937-954.

A tenor de lo tratado, y partiendo de que la base de una democracia fuerte es una ciudadanía bien informada (Bobbio, 1988; Dahl, 1999), seguidamente se aborda el camino a seguir para alcanzar una comunicación pública efectiva y estratégica, que sea eficaz, inclusiva y responsiva, y que permita acelerar la actualización de fórmulas antiguas y descontextualizadas con nuevas y mejoradas capacidades, flexibilidad y diversidad, desde el fomento de la transparencia, la participación ciudadana, la confianza pública y la democracia (OCDE, 2021).

4. El camino a seguir: una comunicación pública eficaz, inclusiva y responsiva

Parece incuestionable, considerando lo expuesto anteriormente, que ese “presente futuro” de Harmon (1997)³⁹ está ocurriendo en las organizaciones públicas impulsando algo nuevo en esta era informacional (Castells, 1996) y de la inteligencia artificial (Villar Mir, 2019), que nos conecta con la comunicación pública y su rol clave para acelerar la actualización de fórmulas antiguas y descontextualizadas con nuevas y mejoradas capacidades, flexibilidad y diversidad, desde el fomento de la transparencia, la participación ciudadana, la confianza pública y la democracia (OCDE, 2021). Pues, como señalaban Katz y Khan (1978)⁴⁰, la comunicación es la esencia verdadera de los sistemas sociales y de las organizaciones, siendo un pilar básico para el funcionamiento interno de las mismas (GuetzKow, 1965)⁴¹. Por consiguiente, tratamos un soporte esencial para el funcionamiento y la transmisión de información y conocimientos también para el aprendizaje institucional, además de una herramienta que ha permitido el avance del desarrollo social. De ahí la importancia de su identificación y activa gestión como intangible clave con capacidad de agregar un incuestionable valor público.

Pero en el cambiante ecosistema de medios de información y comunicación actual, se requiere definir qué es la comunicación pública. Al respecto, no se puede obviar la incertidumbre terminológica provocada por la polisemia que caracteriza a la mayoría de los términos relacionados con este tipo de comunicación, como nos advierten Galán (2000), Costa Badía (2001), Rubio (2005), Moreu (2005), citados por Campillo-Alhama (2016), aunque también en la extensa literatura que existe y los muchos y variados aspectos que en ella se contemplan desde la diversidad y

39. Harmon, F. G. (1997). *Presente futuro*, op. cit.

40. Katz y Khan (1978). *Psicología social de las organizaciones*. Trillas.

41. GuetzKow, H. (1965). *Communications in organizations*, en March, J. *Handbook of Organizations*. Rand McNally.

ambigüedad terminológica existente⁴², así como la pluralidad de conceptualizaciones⁴³ que se han efectuado.

Encontramos una aproximación a este concepto, desde una perspectiva jurídico-administrativa, en Moreu (2005, citado por Campillo-Alhama, 2016) quien subraya uno de los aspectos relevantes que la doctrina atribuye a la comunicación pública que es su función, y que no consiste simplemente en informar, como resalta el citado autor, pues, desde un contexto democrático el objetivo es lograr la participación de la ciudadanía en la vida pública haciéndola responsable de sus elecciones personales. En este sentido, Moreu asume los planteamientos de Tornos y Galán (2000) de un concepto estricto de comunicación pública, e identifica como tal: “aquellos flujos informativos y comunicativos que tienen su origen en los diversos poderes públicos, y que emanan hacia el ciudadano-administrado con múltiples finalidades.” No obstante, este autor no considera la comunicación llevada a cabo dentro y entre las organizaciones, y entre las organizaciones y los distintos públicos, ni el propósito de la misma, ni tampoco el contexto que circunda.

Otra definición que debe destacarse es la establecida por la OCDE (2021), que enfatiza en que la comunicación pública es “la función gubernamental de suministrar información, escuchar y responder a la ciudadanía, y al servicio del bien común”, diferenciándola de comunicación política⁴⁴, que, además, permite ampliar el alcance de la información contextual desde la interacción con los ciudadanos (escucha activa) para articular las políticas públicas que se adopten. Pero también se hace hincapié en la necesidad de desarrollar estrategias de comunicación vinculadas a los principios del Gobierno Abierto, la transparencia, la integridad, la rendición de cuentas y la participación de sectores involucrados en las distintas políticas (OCDE, 2021).

Partiendo de lo antedicho, se debe incidir en que existe consenso en la literatura académica sobre la consideración de la comunicación pública como una pieza esencial para combatir funcionamientos desfasados, o mejor desincronizados con los contextos digitales de hoy. Si bien, impulsando una comunicación eficaz, como

42. Existen diversas acepciones que se utilizan de manera indistinta para referir la comunicación e interacción que se establece entre la ciudadanía y las instituciones públicas. Como ejemplo: comunicación del sector público (Canel Crespo, 2018), comunicación institucional (Galán, 2000; Salerno, 2000, citados por Campillo-Alhama, 2016), comunicación administrativa (Canals, 1987; Gómez Camarero, 2003, citados por Campillo-Alhama, 2016; Redfield, citado por Canel Crespo, 2018), comunicación estatal y comunicación gubernamental (Riorda, 2006; Ponce, citados por Canel Crespo, 2018), comunicación electoral (Herreros, 2009; Luque, 1996, citados por Canel Crespo, 2018), comunicación de la administración pública (Canel Crespo, 2018), comunicación ciudadana (MAP, 2001; Puig, 2003, 2009, citados por Campillo-Alhama, 2016) y comunicación de servicio público (Galán, 2000; Arena, 2000, citados por Campillo-Alhama, 2016), entre otros que se podrían citar.

43. Campillo-Alhama, C. (2016). La comunicación pública: una delimitación conceptual a partir de su objeto. Opción, 32, núm especial 7, pp. 291-312.

44. Se define la comunicación política como aquella vinculada con debates partidistas, elecciones o con figuras políticas y partidos, según el Informe de la OCDE sobre la comunicación pública: el contexto global y el camino a seguir (OCDE, 2021).

condición básica, y también efectiva (estratégica), en línea con lo que subraya el *Informe de la OCDE sobre la comunicación pública: el contexto global y el camino a seguir* (OCDE, 2021), en el que refiere que el 26% de los centros de gobierno encuestados no dirige su comunicación a ningún público específico.

En el citado Informe de la OCDE se recogen como principales acciones a desarrollar para lograr una comunicación más eficaz (OCDE, 2021) y efectiva, y por ello, estratégica: a) Reforzar la gobernanza de la comunicación pública. b) Impulsar una comunicación basada en evidencias y datos. c) Evaluar el impacto de la comunicación. d) Promover una comunicación ágil en tiempo digitales. e) Responder a la desinformación por medio de intervenciones en materia de comunicación pública. f) Utilizar la comunicación para promover la apertura y contribuir a la mejora de las políticas públicas y los servicios.

No obstante, la eficacia y la efectividad también podría variar por diferencias unidas al estilo de dirección, a los procesos de adopción de decisiones o los procesos de transformación tecnológico-digital, al liderazgo institucional, a los patrones de interacción o la cultura organizacional, junto a los medios y recursos implicados en cada organización pública. Como manifiesta Jiménez Asensio, “En unas administraciones públicas regidas por el monopolio de los juristas, como son las nuestras, los impactos de la transformación digital y la robótica pueden ser sencillamente extraordinarios” (Jiménez Asensio, 2018), y distintos y diferenciados en cada organización.

Al hilo de lo indicado, seguidamente se incide en algunos de estos aspectos que constituyen desafíos, barreras y riesgos a considerar, y que son, básicamente:

- Contar con un liderazgo institucional, político-técnico, fuerte y armonizado, que articule una política de comunicación que, aunando responsabilidades, pautas, normas y procedimientos en la materia, pudiera impulsar una estrategia de comunicación o plan de acción (con propósitos y fines claramente definidos, e indicadores de eficiencia/operativos, eficacia/tácticos, efectividad/estratégicos y de cumplimiento o de acción, ...) coherente con el quehacer institucional.
- La emisión de directrices poco claras por el responsable de la comunicación en la organización que limiten la circulación de información y comunicación para su transmisión. Por ello, su designación siempre se debería sustentar en criterios de experiencia, formación y especialización.
- Una capacitación y preparación inadecuada de los empleados públicos para brindar una atención de calidad sea cual sea el canal utilizado. Sin obviar los efectos de la cultura organizacional y los patrones de interacción, propios y diferenciados en cada organización.

- El afincamiento en lo normativo, lo jurídico y regulado, desde un especial énfasis en la comunicación formal, que podría distorsionar el mensaje no comunicando de manera clara, oportuna y confiable.
- Disponer de una regulación normativa suficiente que facilite las interacciones y relaciones con la ciudadanía, también por medios electrónicos, facilitando sus derechos y la seguridad jurídica que requiere las interacciones y transacciones que se efectúen.
- La ambigüedad, la indefinición o la falta de precisión en los contenidos, en los objetivos a lograr o en los medios e infraestructuras a manejar, también sobre el público receptor e incluso la confusión o perturbación de éstos.
- Con relación a lo anterior, la transmisión de una información pública que sea accesible, real, completa y actualizada, incluyendo referencias que permitan conocer el grado de actualización.
- La insuficiencia de recursos (materiales, económicos, humanos) y de capacidades para el correcto funcionamiento de los canales de utilizados, desde un especial hincapié en los digitales por la complejidad técnica de algunos sistemas de información que requieren un alto grado de elaboración y estructuración, con el manejo de datos masivos y su reutilización, la necesaria homologación de diversos formatos, etc.
- En adición a lo antedicho, los aspectos negativos que se encuentran en la amenaza real de la brecha digital (*digital divide*), que impele necesariamente a la adopción de medidas efectivas que fomenten la e-inclusión, que eliminen, o cuanto menos, minimicen los distintos tipos de brecha digital existentes: generacional, geográfica, económica, de género, etc., en aras a impulsar una sociedad inclusiva y accesible.

5. Algunas reflexiones finales

La principal contribución realizada en este trabajo reside en conceptualizar la comunicación pública no solo como una función instrumental o de apoyo, sino como un intangible estratégico cuya gestión activa puede llegar a condicionar, y de hecho condiciona, la calidad democrática, la legitimidad institucional y la generación de valor público. En unos tiempos digitales en los que las instituciones públicas afrontan el gran desafío de generar confianza para legitimarse ante la ciudadanía y “construir comunidad”, resulta determinante fortalecer los flujos de comunicación pública que, como condición básica, debe ser eficaz y efectiva (estratégica), pero también inclusiva, accesible y responsiva (OCDE, 2021)⁴⁵. Unos procesos de comu-

45. Informe de la OCDE sobre la comunicación pública, op. cit.

nicación que se revelan, desde su activa gestión, en un intangible clave transversal y vertebrador con capacidad para informar, consultar e involucrar a la ciudadanía activamente en todas las fases de las políticas públicas y el diseño y prestación de servicios públicos en aras a reducir vulnerabilidades, facilitar la igualdad de oportunidades, la inclusión social y la accesibilidad. De manera especial, “los grupos más relevantes, vulnerables, menos representados o marginados de la sociedad” (OCDE, 2021), en línea con lo que señala Morlino (2009): una buena democracia es primero y, sobre todo, un régimen ampliamente legitimado que debe satisfacer a sus ciudadanos.

Sin minusvalorar los avances tecnológicos y la prioridad de una comunicación acorde al actual contexto digital, se considera necesario hacer hincapié en la combinación que debe propiciarse para tener un contacto directo con la ciudadanía, diferenciando entre audiencias y distintos medios y canales de comunicación, bien institucionales, interpersonales y alternativos, teniendo presente la amenaza real de la brecha digital (*digital divide*) generacional, de género, geográfica, etc., y desde una complementariedad que refuerce fortalezas y fines a lograr.

Como cierre, y a modo de reflexión final sobre lo tratado, se debe reiterar que la base de una democracia fuerte requiere de una ciudadanía bien informada (Bobbio, 1988; Dahl, 1999). Lo que, en coherencia con lo abordado anteriormente, nos lleva a incidir en la necesidad de reforzar la gobernanza de la comunicación pública (OCDE, 2021) orientada a unos fines y que alberga el propósito de reconstruir la confianza entre ciudadanos y autoridades para propiciar un diálogo mutuo que “construya comunidad”. En suma, a promover una mayor apertura de las instituciones públicas para que sean porosas al contexto de hoy, digitalizado y complejo, desarrollando estrategias de comunicación vinculadas a los principios de Gobierno Abierto, transparencia, integridad y rendición de cuentas, en respuesta a una ciudadanía que demanda, cada vez más, tener voz y ser escuchada por instituciones que deben guiarse por la generación de valor público (Parrado, 2023; Canel Crespo, 2018) y el servicio al bien común, en línea con los valores democráticos, con las reglas y los principios de buen gobierno y buena administración.

Referencias bibliográficas

- Bauman, Z. (2004). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- Bauman, Z. (2007). *Tiempos líquidos: Vivir en una época de incertidumbre*. Tusquets.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Plaza y Janés.

- Campillo-Alhama, C. (2016). La comunicación pública: Una delimitación conceptual a partir de su objeto. *Opción*, 32(Especial 7), 291-312.
- Canales Aliende, J. M. (2021). Notas sobre el debate entre la seguridad nacional y la democracia. *Revista Española de la Transparencia*, (13), 59-69.
- Canel Crespo, M. J. (2016). Public sector reputation. En C. Carrol (Ed.), *The SAGE encyclopedia of corporate reputation*. SAGE.
- Canel Crespo, M. J. (2018). En busca de un marco para medir el valor intangible de la gestión pública: Análisis de casos prácticos de evaluación del "valor público". *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (19), 70-87.
- Castells, M. (1996). *La era de la información* (Vols. 1-3). Alianza Editorial.
- Criado, J. I., & Rojas-Martín, F. (Eds.). (2015). *Casos de éxito en redes sociales digitales de las administraciones públicas*. Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- Dahl, R. (1999). *La democracia: Una guía para los ciudadanos*. Taurus.
- Edvinsson, L., & Malone, M. S. (1999). *El capital intelectual*. Gestión 2000.
- Edvinsson, L., & Malone, M. S. (2001). *El capital intelectual: Cómo identificar y calcular el valor de los recursos intangibles de su empresa*. Gestión 2000.
- Fuentes Santamaría, A. (2022). *El carácter contingente de la Administración Municipal y su modernización: Los modelos teóricos de administración y la gestión de los intangibles con base en el conocimiento*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante.
- Fuentes Santamaría, A. (2024). *Hacia una Administración Municipal inteligente y e-inclusiva: Un estudio del Ayuntamiento de Alicante y sus Organismos Autónomos*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante.
- Harmon, F. G. (1997). Presente futuro. En F. Hesselbein, M. Goldsmith, & R. Beckhard (Eds.), *La organización del futuro*(pp. 297-307). Deusto.
- Jiménez Asensio, R. (2018). *El empleo público ante la digitalización y la robótica*. <https://gestores-publicos.blogspot.com/2017/12/el-empleo-publico-ante-la.html>
- Katz, D., & Kahn, R. L. (1978). *Psicología social de las organizaciones*. Trillas.
- Lev, B. (2001). *Intangibles: Management, measurement and reporting*. Brookings Institution Press.
- Moreu, E. (2005). *La Administración anunciante: Régimen jurídico de la publicidad institucional*. Aranzadi.
- Morlino, L. (2009). *Democracia y democratizaciones*. Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2021). *Informe sobre la comunicación pública: El contexto global y el camino a seguir*. OCDE.

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2024). *Encuesta de la OCDE sobre conductores de confianza en instituciones públicas*. OCDE. https://www.oecd.org/en/publications/oecd-survey-on-drivers-of-trust-in-public-institutions-2024-results_9a20554b-en.html
- Parrado, S. (2023). *Gestión pública e innovación*. Tirant lo Blanch.
- Pastor Albaladejo, G. (2001). Información y comunicación. En *La nueva gestión pública*. Pearson Education.
- Portal de transparencia AGE. <https://transparencia.gob.es> Portal de transparencia de la Comunidad Valenciana. <https://participacio.gva.es/es/web/transparencia-i-bon-govern>
- Ramió Matas, C. (2017). *La Administración Pública del futuro (horizonte 2050): Instituciones, política, mercado y sociedad de la innovación*. Tecnos.
- Ramió Matas, C. (2022). *Burocracia inteligente: Guía para transformar la administración pública*. Catarata.
- Valhondo, D. (2003). *Gestión del conocimiento: Del mito a la realidad*. Díaz de Santos.
- Villar Mir, J. M. (2019). Los retos de la Era Digital. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 96, 17-32.
- Villoria, M. (2014). La transparencia como política pública en España: Algunas reflexiones. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, (7), 85-103.
- Villoria, M. (2021). ¿Qué condiciones favorecen una transparencia efectiva? Artículo de revisión. *Revista de Estudios Políticos*, (194), 213-247. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.194.08>
- Villoria, M., & Del Pino, E. (2001). *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones locales*. Tecnos.
- Zarco Martín, V. (1996). Flujos y barreras de comunicación. En *Los recursos humanos en las Administraciones Públicas*. Tecnos.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 12/09/2025 || Aceptado: 14/12/2025

Tres dogmas sobre accesoriedad de la participación y una conclusión sobre la autoría del delito.

A propósito de la concepción de Jakobs sobre la intervención delictiva

Three Dogmas on the Accessory Nature of Participation and a Conclusion on the Perpetratorship of the Crime.

Regarding Jakobs's conception of criminal involvement

Joaquín Cuello Contreras  0000-0002-2144-6226

Universidad Extremadura, España.

jcuello@unex.es

Resumen

Se puede prescindir de la accesoriedad interna de la participación. Y se podría prescindir también de la accesoriedad externa. Pues de ninguna de ellas se deriva efecto estructural alguno sobre la intervención de varios en el delito. Pero de lo que no puede prescindirse es de la referencia que el hecho ejecutivo del autor supone para el tipo que realiza el interviniente no ejecutivo, que siempre contiene un delito intencional. Constituyendo el único sentido ineludible de la accesoriedad de la participación en teoría del delito. Correlato ineludible, también, del autor, coautor en su caso, como su figura central.

Palabras clave: Accesoriedad externa; accesoriedad interna; accesoriedad estricta; accesoriedad limitada; intervención y ejecución; estricta participación; normativización de la intervención; participación objetiva; participación e intencionalidad; participación sin autoría; participación por imprudencia y en la imprudencia; intervención como concepto cuantitativo.

Abstract

The internal accessory nature of participation can be ignored. And so could external accessory nature. From neither of these derives any structural effect on the involvement of a few people in the crime. But what cannot be ignored is the reference that the perpetrator's executive act constitutes for the crime committed by the non-executive participant, which always contains an intentional crime. This constitutes the only unavoidable meaning of the accessory nature of participation in the theory of crime. It is also an unavoidable correlate of the perpetrator, or co-perpetrator in this case, as its central figure.

Keywords: External accessory nature; internal accessory nature; strict accessory nature; limited accessorization; intervention and execution; strict participation; standardization of intervention; objective participation; participation and intentionality; participation without perpetration; participation through negligence and in negligence; intervention as a quantitative concept.

Sumario

1. Introducción
2. El dogma de la exigencia del comienzo de la tentativa para la responsabilidad penal del partícipe
 - 2.1. Intervención en la preparación y comienzo de la ejecución
 - 2.2. Objetivación de la intervención e inevitabilidad de su subjetivación
 - 2.3. Principios inspiradores de la preparación y la ejecución de varios en el delito
3. El dogma del hecho principal en el que interviene el partícipe
 - 3.1. El aspecto ontológico de la no prohibición de regreso como fundamento de la participación
 - 3.2. El papel decisivo del dolo para la responsabilidad del partícipe
 - 3.3. Los criterios de distinción cualitativa entre la autoría (incluida la coautoría) y la participación
4. El dogma de la exigencia de hecho principal doloso o culpable
 - 4.1. Las raíces dogmáticas de la accesoriedad estricta de la participación
 - 4.2. La porosidad de las teorías estricta y restringida de la participación
 - 4.3. ¿Superación del modo tradicional de determinar la accesoriedad de la participación?
 - 4.4. Conclusión sobre la accesoriedad interna
5. El dogma fundamental de la distinción entre autoría y participación
 - 5.1. ¿Delito sin autor?
 - 5.2. Coautoría como autoría
 - 5.3. El horizonte dogmático de la intervención de varios en el delito
6. Resumen
7. Conclusiones

I. Introducción

En la presentación de un libro recopilatorio de referencia sobre autoría y participación¹, su editor, Andrés Falcone, ve la superación de la teoría del dominio del hecho como fundamento de la autoría en la prescindencia de la causalidad y en la pertenencia del hecho a todos los intervinientes; siendo a la postre sólo cuantitativa la distinción entre la responsabilidad –mayor o menor– de cada uno de ellos, es decir, entre las formas de intervención en el delito que contemplan expresamente nuestros códigos penales.

Y puesto que la doctrina crítica con el dominio del hecho manifiesta dudas sobre la ajenidad del hecho en que se interviene (el hecho es obra de todos), presenta Falcone bajo el signo de interrogación las voces que quiere hacer oír de quienes se ocupan del fundamento de las conductas de intervención que no son de autoría (participación en sentido estricto: inducción, complicidad y coautoría) con los términos de «¿Accesoriedad en el “hecho ajeno”?»².

Se da la particularidad, sin embargo, de que el de *accesoriedad en el hecho ajeno* es el concepto fundamental de la teoría de la participación de la “todavía” dominante doctrina del dominio del hecho. Con lo que difícilmente puede soslayarse que estamos lejos de adivinar si la solución a la teoría de la participación ante los muchos problemas que presenta su aplicación (consecuencia de la infinita casuística que ofrece), en los que las voces críticas están haciendo una labor extraordinaria, pasa por su definitiva superación o, más bien, habrá de estar, como en otros apartados de la teoría del delito, en integrar el embate normativista, de donde procede fundamentalmente (aunque no sólo de allí) la crítica al dominio del hecho, con el modelo naturalístico anterior, que tan bien representa el dominio del hecho —el término lo acuñó Welzel, y Roxín lo desarrolló exhaustivamente, normativizándolo de manera orientada a la realidad— que constituya, además, un buen ejemplo de sincretismo metódico.

Puesto que la referencia principal de los críticos al dominio del hecho es Jakobs, procederemos a continuación a revisar críticamente su Teoría de la intervención, para tratar de mostrar que la concepción de Jakobs sobre la intervención delictiva respeta, comparte y enriquece: 1) el dogma tradicional de que la responsabilidad por el delito de cualquiera de quienes pueden intervenir en él, antes o después, requiere que haya dado comienzo la ejecución de la conducta típica que representa la tentativa; compatible con la cuestión, segregable de la anterior, acerca de si la

1. Falcone, Andrés, (ed.), *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 26.

2. Lo que lleva incluso al título general de la obra “¿Autonomía y accesoriedad?”. Cuyo subtítulo, “Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho”, coherentemente, apunta a una “superación” todavía no consumadas de aquella doctrina.

aportación del interviniente tiene lugar en el transcurso de su ejecución o con anterioridad, en la fase de preparación; 2) el dogma, también tradicional, e inseparable del anterior (del comienzo de la tentativa), según el cual la participación siempre necesita de un hecho delictivo principal al que contribuye y sin el cual, al que va referido, no cabe concebir el tipo delictivo del partícipe; compatible con la idea, inspirada en el principio de culpabilidad, según la cual la responsabilidad penal es siempre personal, no basada en lo que haga otro (prohibición de regreso); y finalmente, 3), el dogma, derivado de los dos anteriores, de que el autor del hecho en que el partícipe interviene ha de actuar típica y antijurídicamente; compatible (e incluso reforzado) con la tesis de Jakobs según la cual el hecho en el que el partícipe interviene ha de ser también culpable.

Todo lo cual, como colofón, permite arribar a ver confirmada una conclusión básica sobre la autoría (congruente con la anterior confirmación de los principales dogmas de la accesoriadad de la participación), cuestionada por autores no necesariamente normativistas (pero con la que éstos podrían simpatizar³) —como consecuencia de las dificultades de delimitar a veces las distintas formas de intervención (fundamentalmente la complicidad y la inducción, de la coautoría)—, según la cual no cabe hecho delictivo sin autor o autores; compatible con la posibilidad (con la que sí simpatizan abiertamente los normativistas) de que el quantum de la responsabilidad penal de *todos* los intervinientes se determine en algunos casos de acuerdo con formas de participación distintas a la autoría (*Beteiligung ohne Täter*).

2. El dogma de la exigencia del comienzo de la tentativa para la responsabilidad penal del partícipe

2.1. Intervención en la preparación y comienzo de la ejecución

Premisa de partida de Jakobs, para abordar la intervención de varios en el delito es que, si el injusto penal exige que se haya comenzado a ejecutar el tipo delictivo correspondiente, conductas como la inducción, la complicidad o la coautoría no ejecutiva, como la del mismo autor (único), previa (y, por tanto, no actual) al comienzo de la ejecución, no son típicas ni en consecuencia significan el quebrantamiento de la norma⁴. Y sí sólo preparación del quebrantamiento posterior. Los partícipes no realizan el tipo de propia mano ni lo inician⁵.

3. Y lo han hecho de forma expresa en alguna ocasión, con tendencia a incrementarse.

4. Jakobs, Günther, *Teoría de la intervención* (original alemán, *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014), trad. Pastor Muñoz, Nuria, 2016, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 31 s.

5. Idem, 35 s.

Si se observa bien, el juego de Jakobs con la preparación del delito y su relevancia para la responsabilidad posterior al comienzo de la ejecución es transcripción normativo-objetiva de la cuestión dogmática que plantea la distinción entre preparación y tentativa, que la doctrina anterior aborda con criterio objetivo-subjetivo, en el plano naturalístico, acotada a la postre normativamente mediante el “momento decisivo”, del peligro para el bien jurídico⁶.

De confirmarse esta correspondencia cabría entender ambas perspectivas, desde las que abordar la cuestión de la preparación del delito, como muestra de que las dos son necesarias para dar cuenta de que la labor de la dogmática penal es la de tener siempre presente la relación que media entre el plano normativo y el plano del comportamiento humano (dominable) a prescribir mediante amenaza penal⁷.

Y es que en realidad Jakobs ha creado, con su concepto fundamental del delito como quebrantamiento de la norma, un marco muy útil en el que ubicar conductas penalmente relevantes de *preparación del delito* en su significado para la responsabilidad *por el delito*, que sólo la tendrán una vez que este haya comenzado a realizarse de propia mano por alguien⁸. Por eso es esclarecedora la premisa de Jakobs sobre la intervención de varios en el delito.

Para llenar de contenido el marco propuesto en el que integrar la preparación del delito y su ejecución, se vale Jakobs de una estructura en la que esas conductas de preparación no son punibles *per se* (por no ser típicas) sino que sólo crean una *incumbencia* que obliga a evitar o impedir lo que ocurrirá después (la conducta típica), imputándose en su caso el resultado si no se hace⁹.

La teoría de la intervención de Jakobs, por lo demás, es fiel trasunto de su misma concepción del injusto, cuyo concepto básico es precisamente el de incumbencia o competencia (*Zuständigkeit*), que obliga a evitar mediante comisión u omisión la lesión de la norma¹⁰. Con la particularidad, en teoría de la intervención, de que son

6. Vid. al respecto, Cuello Contreras, Joaquín, *El Derecho penal español, Parte General, volumen II, Teoría del delito* (2), Dykinson, Madrid, 2009 (<http://hdl.handle.net/10662/9554>), p. 16 s.

7. Kaufmann, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Cuello Contreras, Joaquín / Serrano González de Murillo, José Luis, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 38. Vid. al respecto, Cuello Contreras, «Neofinalismo y normativismo: condenados a entenderse», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, núm. 16, 2005, pp. 11 ss., p. 15.

8. Circunscribimos nuestras consideraciones a los delitos comisivos de resultado (de infracción de deberes negativos, en la terminología normativista).

9. Jakobs, *Teoría de la intervención*, 36. Este concepto de incumbencia (*Obliegenheit*), del que Jakobs tira con cierta frecuencia, como ayuda complementaria al de vulneración de la norma, no es compartido por todos los normativistas (vid., a título de ejemplo, y referido a la cuestión de la intervención de varios en el delito, Robles Planas, Ricardo, «La estructura de la intervención en el delito», en Falcone, ed., *¿Autonomía y accesoriedad?*, pp. 145 ss., p. 153 s.). El mencionado concepto puede ser otra buena muestra de que no todas las construcciones de Jakobs son puramente normativas, insertándolas en la realidad a regular, al modo onto-lógico (o puesta en relación de la norma con la realidad).

10. Jakobs, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. Cancio Meliá, Manuel / Feijóo Sánchez, Bernardo), Thomson/Civitas, Madrid, 2003, pp. 135 ss. Vid. al respecto Cuello Contreras, «Competencia y acción como premisas realistas de un sistema normativo de imputación penal. Consideraciones críticas sobre el

varios los sujetos incumbidos, y, por tanto, se hace necesario dilucidar qué formas de responsabilidad, si es que cabe distinguir, asignar a las respectivas aportaciones de cada uno al hecho unitario resultante.

Así pues, para abordar la problemática de la intervención de varios en el delito, al igual que la del autor único, es necesario que haya comenzado la ejecución del tipo, lo que Jakobs hace escrupulosamente; sin que lo altere su tesis sobre la intervención en la esfera de la preparación. En este sentido es en el que puede decirse que Jakobs ha enriquecido –que no alterado– la teoría de la participación, sin desestructurar la de la concepción anterior, del dominio del hecho.

Si desde la orilla de la preparación del delito por los intervinientes, damos el salto que representa el comienzo de la tentativa por el autor-ejecutor, y contemplamos desde ahí la valoración jurídica de lo ocurrido con anterioridad, en la preparación, sostiene Jakobs que el ejecutor que comienza a realizar el tipo (tentativa) culmina lo aportado por otros intervinientes en la esfera previa, pudiéndose hablar de que el fundamento de imputación *a todos* ellos lo es el “llevar adelante” (cada uno de ellos) la planificación *de todos* ellos¹¹. Planificación que no requiere pacto, ni conocimiento del ejecutor (de que le están ayudando)¹²; bastando que la conducta del interviniente signifique la posibilidad del quebrantamiento de la norma a la que el interviniente no ejecutor contribuye mediante la preparación de una acción libre del interviniente-ejecutor, no necesariamente de una causación (salvo la contribución en el último eslabón causal)¹³. El partícipe se implica en la conducta del ejecutor significando que algo puede ser, no comunicando necesariamente ambos sino a través de la norma que infringe cada uno de ellos¹⁴.

De esta manera, propugna Jakobs su objetivo fundamental en la materia que no es otro que aislar conductas *objetivas* de los partícipes, en su propiedad de capaces de influir en la acción ejecutiva del autor¹⁵. Quien por cortesía le ha entregado a su vecino un escoplo con el que este cometió un robo, no es partícipe en su conducta delictiva; quien, sin que aquél se lo pidiera, lo hizo, no de manera espontánea, sino como parte de la organización de un robo, con exclusión de cualquier otro sentido social, es partícipe en el robo¹⁶.

pensamiento de Jakobs y Pawlik», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pp. 395 ss.

11. Jakobs, *Teoría de la intervención*, p. 36.

12. Idem, p. 46 s.

13. Idem, p. 74 ss.

14. Idem, p. 49.

15. Idem, p. 62, nota 52.

16. Idem, p. 61, nota 51 Quien provoca la muerte de persona distinta a la que el autor del disparo se propuso matar (caso Dohna), no es autor detrás del autor si el cambio de vestido que provocó la confusión admite un sentido que no es el único de provocar la confusión que determinó la muerte.

Únicamente quien se ha entrometido con sentido social en la conducta de otro, de una manera que sólo cabe interpretar objetivamente como aportación previa (preparación) o simultánea (posterior al comienzo de la ejecución) a la ejecución “tiene que cargar con la desventaja de no poder distanciarse de la ejecución (si esta tuvo lugar)”¹⁷. Siendo ese el fundamento de la responsabilidad del partícipe.

2.2. Objetivación de la intervención e inevitabilidad de su subjetivización

Sin pretender abordar en esta ocasión la fundamentación de la participación de Jakobs ni entrar en debate con su admisión de la participación imprudente en conducta principal dolosa y la participación dolosa en conducta principal imprudente¹⁸, lo que interesa resaltar ahora respecto al problema estudiado, el principio de accesoriedad, es que *la participación genuina es la que además de dolosa versa sobre conducta principal también dolosa* (“núcleo duro” de la participación en la terminología del propio Jakobs¹⁹). Como muestra el ejemplo de Jakobs concerniente a la intervención dolosa en conducta principal imprudente²⁰, en la que cuando queda un resto de culpabilidad que cierre el paso a la autoría mediata, aparece una forma mixta de imputación entre autoría mediata e intervención, en la que habrá que dilucidar de qué hilo resultará más interesante tirar²¹ para dar cuenta de cuál proporciona el mejor motivo para la imputación, que Jakobs no duda en asignar a la intervención (no a la autoría mediata) en los supuestos de imprudencia de Derecho del tipo hacer creer a otro especialmente lábil que en lo profundo del bosque no está prohibido talar árboles, o cuando alguien igualmente lábil, haya creído la fantástica promesa de recompensa de un charlatán no pronunciada en serio²². Estos casos, en realidad, no constituyen tanto una inducción, como una fatalidad.

Lo que quiere decir que puede ser aconsejable que la participación por imprudencia y en la imprudencia necesite, como defiende Jakobs y un amplio sector doctrinal²³, de sus propias reglas²⁴, distintas al núcleo duro de la participación (dolosa en con-

17. Idem, p. 59.

18. Idem, p. 71 ss.

19. Idem, p. 72.

20. Idem, p. 74 s.

21. Expresión utilizada en el original alemán (*Theorie der Beteiligung*, p. 31), que se ha perdido en la traducción.

22. Jakobs, *Teoría de la intervención*, p. 74.

23. Vid. por todos, recientemente, Silva Sánchez, Jesús, *Derecho penal, Parte general*, Civitas, Madrid, 2025, cap. 17, n.m. 82 ss.

24. Y si se reconoce un tipo subjetivo de imprudencia (vid. Cuello Contreras, *PG, II*, pp. 423 ss.) se crea la misma estructura que permite sustentar la participación como en el delito doloso; siendo otras las razones que puedan desaconsejar su punición (mayor lejanía de la lesión del bien jurídico) (p. 425).

ducta principal también dolosa) y a las de la simple imprudencia²⁵; pero a la postre se parecen más a las de esta última²⁶.

En cualquier caso, Jakobs ha conseguido su propósito, que parecía inviable, de describir conductas de participación sin tener en cuenta para nada las representaciones y propósitos del autor de la conducta en la que el partícipe interviene; concibiendo inicialmente ambas conductas en su significado objetivo y social.

Se puede proceder así, pues en realidad no es más que aplicación de la doctrina de la imputación objetiva como fundamento del injusto penal a las peculiaridades de la intervención de varios en el delito. Se puede acotar objetiva y normativamente el injusto en atención a la concreta situación.

Ahora bien, sin atender para nada al elemento subjetivo, las conductas de intervención de varios en el delito, al igual que la imputación objetiva en el injusto de quien actúa sólo, definidas objetivamente por Jakobs, se encuentran en la misma tesitura de los conocimientos especiales que el interviniente puede tener ante la conducta del ejecutor (al menos en contextos caóticos), que obliga a establecer normas de conducta cada vez más individualizadas (adaptadas a lo que se sabe). Por lo que quizá sea más acertado insertar el tipo subjetivo en el tipo objetivo de intervención; o, mejor, considerarlos inescindibles.

De esta manera, si partimos de la premisa de la inescindibilidad entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo en el injusto penal²⁷, repercutirá en materia de participación exigiendo siempre intencionalidad, referida a lo que el partícipe sabe y quiere sobre los propósitos del autor (al que inducirá o apoyará).

Ésta es la accesoriedad genuina de la participación, que no coincide con el propósito de Jakobs en la materia, de establecer la participación sin atender al elemento subjetivo. Debiéndose sortear la diferencia entre ambos modos de concebir la accesoriedad, entendiendo que ambas concepciones son complementarias de una determinada manera: Primero hay que acotar objetivamente, con criterios de imputación normativa y objetiva (tipo objetivo), y, después, subjetivamente (tipo subjetivo)²⁸. Demostrándose así que no son incompatibles, pero tampoco independientes, sino indisolubles (salvo a efectos analíticos).

25. Jakobs, *Teoría de la intervención*, 73.

26. Predomina siempre la fatalidad, característica de la imprudencia, sobre la intencionalidad, característica de la participación delictiva. Vid. Cuello Contreras, *PG II*, p. 432 s.

27. Vid. ya Cuello Contreras, *El Derecho penal español, Parte general, Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002) (<http://hdl.handle.net/10662/10298>), p. 502.

28. Vid. al respecto Cuello Contreras, «¿Tipicidad sin tipo subjetivo? Sobre lo inescindible del tipo objetivo y el tipo subjetivo en teoría del delito», en *Teoría del delito más allá del naturalismo y el normativismo*, Bdef, Buenos Aires / Montevideo, 2021, pp. 311 ss., p. 358; *La evolución de la teoría del delito en el fin de siglo. Normativismo—objetivismo—subjetivismo*, Servicio de Publicaciones. Universidad de Extremadura, Cáceres, 2025, p. 99 s.

2.3. Principios inspiradores de la preparación y la ejecución de varios en el delito

Jakobs construye su teoría de la intervención sobre dos pilares básicos²⁹ como son el de prescindir de la causalidad para fundamentar la imputación al partícipe (salvo que se trate del último eslabón causante del resultado), lo que acusa una de las premisas normativistas esenciales, que desdeña el resultado naturalístico (concreto), y el de considerar que el hecho resultante a imputar es obra de todos los intervinientes, sea cual sea el momento de su aportación (antes o después del comienzo de la ejecución)³⁰.

Aunque este planteamiento no permite armonizar la concepción de Jakobs y su escuela sobre la intervención de varios en el delito con la concepción tradicional sobre autoría y participación, pone en camino de dilucidar, como intentaremos mostrar a continuación, todo lo concerniente a la autoría y la participación en teoría del delito; constituyendo la muestra más refinada acerca de cómo él ha enriquecido y simplificado materia tan ardua como la estudiada³¹:

Antes del comienzo de la tentativa predomina en materia de intervención de varios en el delito el *principio de inducción* y vale todo lo que permite reconocer que el hecho preparado es obra de todos, en el sentido que propugna Jakobs. Lo que se puede evidenciar muy bien en una materia relacionada con la participación que, además, acentúa la complejidad de esta, como la de los *actos preparatorios de la participación*. Aunque esta temática no puede ser abordada aquí (salvo en su peculiaridad de consistir precisamente en excepciones al principio de accesoriedad), donde nos ocupamos del concepto de accesoriedad únicamente, resulta elocuente que figuras tan características del StGB, como la tentativa de inducción y de inducción en cadena (§ 30. I), el ofrecimiento y aceptación para cometer un delito y la conspiración para la comisión o inducción a un delito (§ 30. II), y del CP, como la proposición y la conspiración (art. 17), admiten y reclaman poderosamente el hilo conductor de su semejanza a través del *principio de inducción*. Dándose la particularidad de que algunos autores, precisamente para resolver arduos problemas de la autoría y su distinción de la participación (en la coautoría, sobre todo), recuperan como ayuda el viejo entendimiento de la conspiración como inducción mutua (infra V.2. y V.3.a). Como elocuente puede ser, igualmente, recordar el Alternativ-Entwurf alemán de 1966, que quiso reducir las figuras de la preparación de la participación a una única, de tentativa de inducción (e inducción en cadena): § 32

29. Jakobs, *Teoría de la intervención*, p. 47.

30. Como muestra la presentación de Falcone aludida supra en Introducción (I.) sobre la superación del dominio del hecho como fundamento de la autoría. Vid. también Orozco Pérez, Hernán Darío, «Jakobs' Theorie der Beteiligung», en: Kindhäuser, Urs, et al. (eds.), *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 585 ss., p. 594.

31. Sobre lo que sigue, vid. ya Cuello Contreras, *PG II*, 319 ss.

(1) AE-StGB³²; que tan oportuna sería para resolver de una vez el debate sobre el excesivo adelantamiento de las barreras de protección (en materia de intervención de varios en el delito) en nuestros códigos penales.

Después del comienzo de la tentativa rige el *principio de ejecución*, y por tanto el principio causal desdeñado por Jakobs (y, en general, por la doctrina de la imputación objetiva). Lo que tendrá importantes consecuencias para la teoría de la intervención, ya que a partir de ahí no se regirá solo por el principio de inducción y habrá que tener en cuenta una manifestación del principio de prohibición de regreso, complementaria, aunque distinta, a la que tan bien ha utilizado Jakobs para fundamentar la participación, e igualmente tenida en cuenta por él, a otros efectos, que aclara algunas de las cuestiones suscitadas por la sugestiva tesis de Jakobs sobre la intervención, como veremos a continuación.

3. El dogma del hecho principal en el que interviene el partícipe

3.1. El aspecto ontológico de la no prohibición de regreso como fundamento de la participación

Puesto que nadie puede responder penalmente de lo hecho por otro, sino del hecho propio, y puesto que la inducción, la complicidad y la coautoría se basan en la aportación a lo hecho por otro (en la coautoría, parcialmente), se acuerda Jakobs de la vieja doctrina de la prohibición de regreso, modernizada por él, para fundamentar la participación, primero de manera objetivo-subjetiva³³: si el amante proporcionó a la mujer el veneno con el que esta produjo el asesinato de su marido, y la entrega del veneno no puede tener otro motivo que el asesinato, la muerte es imputable al amante como partícipe en el asesinato, interrumpiendo la prohibición de regreso que cierra el paso a la responsabilidad por lo que hizo otro; posteriormente, ya lo vimos en el apartado anterior (II.1.), en términos exclusivamente objetivo-normativos.

Jakobs otorga una importancia decisiva a la “no” prohibición de regreso, que es lo que se trata de justificar en los casos de participación punible en el hecho de otro, porque si no sería impensable fundamentar nuestras normas de participación. Para

32. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, ed. Jürgen Baumann y otros, 2. Auflage, Mohr, Tübingen, 1969, 12, com., 71.Vd. ya Cuello Contreras, *La conspiración para cometer el delito (Los actos preparatorios de la participación)*, Bosch, Barcelona, 1978, p. 24 s., p. 25 s.

33. Vid. Jakobs, «La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión» (1977), trad. Cancio Meliá, en: Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, ed. Peñaranda Ramos, Enrique, et al., UAM / Civitas. Madrid, 1997, pp. 241 ss., p. 262.; *Teoría de la intervención*, p. 53, nota 42. Vid. al respecto, Cuello Contreras, «¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso?» (2012), en *Teoría del delito*, pp. 133 ss., 134 s.

ello, no ve otra vía de hacerlo (acorde con su premisa fundamental del delito como infracción de la norma) que a través de una acción cuyo único sentido social sea el de aportación a un hecho delictivo; sin necesidad de tener en cuenta representaciones y propósitos del autor ni los del mismo partícipe más allá de la situación objetiva que crean (separada del tipo subjetivo de intervención).

De esta forma, tenemos acotada objetivamente, de forma exclusivamente objetiva, la conducta de participación. Pero, para tener una visión completa de lo que significa participar mediante la conducta describible objetivamente de la forma que hace Jakobs, y que tal forma de hacerlo cierre el paso a la prohibición de regreso, hace falta insistir todavía en otro aspecto de la prohibición de regreso que influye decisivamente también en la peculiaridad esencial de la distinción entre autoría y participación; impidiendo que la responsabilidad por la intervención delictiva se reduzca a una cuestión puramente cuantitativa: *Allí donde hay un interviniente (o varios) que ejecutará(n) íntegramente el tipo como autor(res), los restantes intervinientes sólo pueden contribuir, antes o después del comienzo de la tentativa, al hecho delictivo como partícipes*. Este aspecto (onto-lógico) de la prohibición de regreso también ha de ser tenido en cuenta en la dogmática de la intervención, ya que excluye que quien lleve a cabo, en la preparación, una conducta de intervención que va a ser prolongada después por otro (sólo por otro) como autor, siempre será partícipe, nunca autor. Solo cuando el interviniente en la preparación contemple influir en otros y ejecutar él también cabrá ser autor y partícipe (caso de la conspiración y la coautoría). En los restantes casos no se puede ni reducir la imputación del resultado a una cuestión cuantitativa, ni plantear duda alguna de que no es pensable participación sin autoría (*Beteiligung ohne Täter*) (infra V.).

Este aspecto de la prohibición de regreso en la intervención delictiva es admirablemente utilizado por Kleszczewski³⁴ para resolver la antinomia entre la causalidad y la libertad apelando a la inteligibilidad del sujeto en la Filosofía crítica (Kant, Fichte, Hegel), donde el hecho es el producto del comportamiento racional del hombre en orden a sus fines sociales en el mundo que comparte con otros seres racionales: Relevante no es lo que causa, sino lo que puede predicarse como suyo, *con exclusión de todos los demás que también han podido contribuir a causar*³⁵. Tan importante como lo que haga es que lo que hace *no pueda decirse que es también la obra de otro*.

Conforme a esta exigencia, ese hecho propio igualmente puede ser el de quien *propicia o ayuda* a que tenga lugar el hecho propio de otro, explicándolo socialmente³⁶. Pues también su actuar es la obra de un ser racional que interactúa con otros seres racionales, etc.

34. Vid. Kleszczewski, Diethelm, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat*, Habilitationsschrift, Hamburg, 1998 ([www.unileipzig.de/~rphil/www\(bibliothek.html\)](http://www.unileipzig.de/~rphil/www(bibliothek.html))), 156 ss., 162 ss.; 173 ss. 238 s.

35. Kleszczewski, *Beteiligung*, p. 214.

36. Kleszczewski, Idem, p. 249 s.

Así pueden fundamentarse las *únicas formas* de intervenir varios en el delito³⁷: La del *autor único*, a la que imputar el hecho en exclusiva. La del *partícipe*, inductor y cómplice, con sus actos propios de influir o ayudar al acto propio del autor, explicándolo como acontecer social. La de los *coautores*, siempre que todos influyan de manera terminante en los otros y realicen actos de ejecución. Y la figura, asimétrica, del autor mediato, porque se autoafirma en el hecho resultante al aprovechar el déficit de la conducta de otro (que impide tener al hecho como su autoafirmación)³⁸.

Aunque Kleszczewski no identifica la intervención delictiva con la acción final, puramente instrumental, sí la describe (la intervención) siguiendo a Welzel, como la realización de algo (la conducta final) constitutivo de la decisión propia y exclusiva del sujeto en sociedad³⁹. Ese es el sentido (el único sentido) en el que la acción final, en algún modo intencional, es presupuesto (ontológico) de la responsabilidad penal.

3.2. El papel decisivo del dolo para la responsabilidad del partícipe

Si del tipo objetivo de intervención, en el que se esmera Jakobs, damos el salto al tipo subjetivo, que también tiene en cuenta, *aunque totalmente segregado del tipo objetivo*, algo nada evidente especialmente en esta materia, nos encontramos con lo siguiente: El dolo que el autor del delito comienza a desarrollar a partir de la tentativa incluye la dirección de la acción que recién inicia a la producción del resultado típico conforme a ley causal conocida. Esto quiere decir que todos los intervinientes en el delito deben conocer, entre las características del hecho en que intervienen, la vía causal por la que el resultado sobrevendrá, incluido el hecho de quién(es) de los intervinientes lo producirá(n) directamente como ejecutor(es) último(s).

El dolo del interviniente (tipo subjetivo) requiere, pues, saber si va a intervenir o no en la ejecución material, lo que influirá en la calificación que se haga de su aportación al hecho común. Con lo que se pre-constituirá una situación que puede condicionar y ser de ayuda para determinar cómo responda cada interviniente. De manera que el interviniente no autor ejecutivo es partícipe no sólo porque realiza una aportación de partícipe, sino también, además, porque *no puede ser autor de ese hecho* (sí, de otro, distinto). En un delito doloso de resultado, quien no es autor sólo puede ser partícipe. Siendo eso lo que corrobora la concepción tradicional

37. Kleszczewski, Idem, p. 251 s.

38. Dio ya, siguiendo a Samson, una explicación semejante a la de Kleszczewski, Peñaranda Ramos, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Tecnos, Madrid, 1990, 329 ss., 335 ss., sosteniendo que el partícipe (1) realiza un injusto propio, como no puede ser menos en un Derecho penal de la culpabilidad, que sin embargo no es concebible sin tener presente su ejecución en relación ineludible con la conducta de otro, y (2), a diferencia de los sistemas unitarios de intervención y de la regla de la coautoría, basados en la imputación de todo a todos, necesita que haya ya alguien que realice como autor la conducta en la que el partícipe interviene. Esto último es lo que Kleszczewski ha caracterizado muy bien como que donde hay un autor (o autores) solo cabe ya participar.

39. Kleszczewski, Idem, pp. 254. ss.

del fundamento de punición del partícipe en la lesión del bien jurídico a través del injusto de otro (el autor) *y constituye una secuela del principio de accesoriedad*.

Jakobs ha caracterizado muy bien por qué sólo quien actúa en el último tramo de la producción del resultado, dominándolo, puede ser autor, de manera que quien actúe previamente, por muy decisiva que sea su aportación, p. ej. el jefe de la banda que lo controla todo (menos la ejecución final), nunca podrá serlo, ya que ese último acto en el que influye decisivamente es obra exclusiva de la libertad del ejecutor material. Por la vía de la causalidad, efectivamente, sólo puede ser autor quien da el paso decisivo a que sobrevenga el resultado; con el prototipo del autor único que, actuando de propia mano, realiza toda la conducta típica. La consecuencia que extrae: quien no lo sea, incluido el coautor, sólo puede ser partícipe (participación en sentido estricto: inducción, complicidad y coautoría), fundamentando su punición en el principio de accesoriedad, refleja muy bien el significado de la accesoriedad en teoría de la intervención, en el sentido ontológico al que antes hemos aludido: en la conducta de quien domina el último escalón sólo cabe participar, siendo ese, a la vez, su fundamento de punición, es buena muestra de que tampoco la concepción de Jakobs sobre la intervención altera el principio tradicional de la accesoriedad de la participación como quintaesencia de la participación (hecha la salvedad de su aportación innovadora, según la cual la coautoría no es autoría sino participación; que precisamente lo corrobora)⁴⁰. Por eso decíamos con anterioridad (supra II.2.) que Jakobs constituye una buena introducción a la teoría de la intervención con sus principios de libertad del interviniente y causalidad del ejecutor del último eslabón causal, traducibles en los convencionales principios anteriores de inducción y dominio causal. Con consecuencias, bien extraídas por él, respecto a las dificultades de imputación como autor en los supuestos de coautoría.

3.3. Los criterios de distinción cualitativa entre la autoría (incluida la coautoría) y la participación

Sin pretender ahora abundar, más allá de lo que ya hemos hecho, en la cuestión de si cabe o no una distinción cualitativa entre la coautoría y la participación, para poder decir que la coautoría es una forma de autoría y no una forma de participación, lo que Jakobs propugna sobre todo a efectos dialécticos con la concepción anterior, cuyos déficits ha mostrado contundentemente, sí procede apuntar brevemente los términos por donde puede discurrir una tesis sobre la autoría (incluida la coautoría) alternativa a la de Jakobs, de (tender a) reducirla a términos cuantitativos respecto a las tradicionales formas de participación, de la inducción y la complicidad:

40. Probablemente aquí, en esta constelación de casos, estén las dificultades de los seguidores de Jakobs con el concepto de accesoriedad.

La tesis básica de Jakobs sobre el fundamento de la coautoría descansa sobre su pretensión, ambiciosa y agudamente presentada, de describir —como ya hemos visto (II.1.)— en términos estrictamente *objetivos* la distinción entre autoría y participación. Siendo esa vía la que le ha llevado consecuentemente a cuestionar la coautoría.

Las conductas de participación en el delito, sin embargo, son todas intencionales en un sentido muy determinado, íntimamente relacionado con el principio de accesoriedad inherente a la participación, de la que aquí nos ocupamos. Y junto con la tentativa —el otro gran bloque de materias de la teoría del delito donde mejor se constata también la naturaleza de la intencionalidad inherente a todos los casos de comportamiento delictivo⁴¹— representan la mejor prueba de que la estructura del injusto penal requiere siempre que al tipo objetivo al que tanto ha contribuido la doctrina de la imputación objetiva, debe sumarse el tipo subjetivo, *siendo en él donde se resuelven las cuestiones que Jakobs ha intentado resolver de manera puramente objetiva*.

Con el tipo subjetivo, tal como Jakobs ha mostrado siempre que se refiere al “núcleo duro” de la teoría de la intervención, se resuelve en términos muy satisfactorios lo que caracteriza a la inducción y la complicidad como manifestaciones genuinas de la accesoriedad. *Pero también lo que caracteriza a la coautoría como forma de imputación más próxima a la autoría genuina*, del autor único, a través de lo que han acordado los coautores incluso en la esfera previa de la conspiración y la distribución de roles en la esfera ejecutiva, con el problema añadido de la intervención decisiva no directamente ejecutiva (problema con el que todas las concepciones reinantes han de confrontarse).

Incluso la autoría mediata, como autoría única a la que tanto ha contribuido Jakobs, con argumentos plenamente compatibles⁴², también encuentra acomodo en el dominio que supone sobre lo hecho por el autor inmediato que sufre algún déficit, que explica el dominio del hombre de atrás de cierta manera (incluso en los casos en que la autoría del hombre de atrás no excluye la del hombre de delante: autor junto al autor, en la terminología tradicional). Con lo que se limita mucho la necesidad de reducir la intervención a un problema cuantitativo (infra V.3.c).

Pero antes de abordar esa cuestión, lo que sí tenemos que hacer aquí ya es recordar cómo aparece caracterizada la coautoría en la doctrina del dominio del hecho, con el caso claro del dominio del hecho por los dos (y por ninguno de ellos solo): el ac-

41. Hasta el punto de que el tipo de participación, como el de tentativa, es el prototipo de los delitos de resultado cortado. Vid. al respecto Gil Gil, Alicia, «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención» *RDPC*, 2ª época, 6, 2000, 103 ss., 108 s., 111 s., 116 ss.; «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», *RDPC*, 2ª época, 15, 2005, 95 ss., 99 s., 127; Alonso Rimo, Alberto, *El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 119, p. 135, p. 139 s., 161 s., pp. 204 ss.

42. Vid. infra IV.2.

tivador del explosivo, que no ve donde se encuentra el objetivo, lo detonará cuando reciba el aviso del que ve, pero no puede detonar⁴³, que si bien se presentará pocas veces —siendo muchos más los casos que no son tan claros pero reflejan la gravedad que puede tener la intervención previa al comienzo de la ejecución y dentro ya de la ejecución, pero previa a la consumación, que quiere resolver Jakobs—, sí ofrece un criterio de evaluación de la gravedad de la intervención, apto para distinguir entre autoría y participación, en la línea en que Roxin acometió precisamente el concepto de dominio del hecho de la autoría⁴⁴. Sin necesidad de tener que llegar a la conclusión de Jakobs, proclive a renunciar a la coautoría como forma de autoría; tirando al niño con la bañera.

4. El dogma de la exigencia de hecho principal doloso o culpable

4.1. Las raíces dogmáticas de la accesoriedad estricta de la participación

Para Jakobs, entendida la accesoriedad de la participación como ejecución de un injusto en el que quepa la intervención, el hecho de que las normas del StGB definen la coautoría como autoría en un hecho común (§ 25. 2), pero exijan para la inducción y la complicidad un hecho doloso (§§ 26 y 27), significa que admite la coautoría en un hecho imprudente, pero no así la inducción y la complicidad, que requerirán siempre hecho principal doloso⁴⁵.

Esto, según Jakobs⁴⁶, es consecuencia desafortunada de la influencia de Welzel en la redacción del StGB; que, a pesar de la buena intención del finalismo, de personalizar el injusto, no lo consiguió, y sí instrumentalizarlo, pues el dolo es inseparable de la conciencia del injusto, requiriendo en consecuencia culpabilidad (la fuente del sentido)⁴⁷. De ahí que, para captar el sentido de la conducta de participación, sea necesario que la participación lo sea en conducta principal también plena de sentido, es decir, culpable. Lo que obliga a sostener la teoría de la accesoriedad estricta de la participación⁴⁸.

43. Cuello Contreras, *PG, II*, 227.

44. Como Roxin ha recordado posteriormente (Roxin, Claus, «Política criminal y dogmática penal hoy en día», en: *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. Abantos Vázquez, Manuel, Grijley, Lima, 2007, p. 41 ss., 62 s.), desde las primeras ediciones de su *Täterschaft und Tatherrschaft* quiso emplear el dominio del hecho como denominador común de formas esenciales de la autoría, síntesis de una realidad vaga, no previamente definida con exactitud, sistematizadas de forma orientada.

45. Jakobs, *Teoría de la intervención*, p. 65.

46. *Ibidem*.

47. *Idem*, p. 65 s.

48. *Ibidem*.

En realidad, que la participación tenga que serlo en conducta culpable principal (teoría estricta de la participación) no se distingue tanto como parece de la teoría restringida, porque ambas requieren, lo que sí es esencial en la participación: que el partícipe ha de actuar con dolo de que el delito principal, al que contribuirá, tendrá lugar.

La exigencia de culpabilidad del autor, además, es la característica más idónea para visualizar que el principio que rige la intervención antes de comenzar la ejecución del delito (tentativa) es el de la inducción (como el que rige la fase de tentativa es el de la ejecución). (supra II.3.) Y como quiera que el modelo de la inducción es influir en una decisión libre, es decir, plenamente culpable, se explica que Jakobs haya propuesto, con éxito entre sus seguidores, volver a la teoría estricta de la participación.

Que el partícipe, por lo demás, tenga que saber (tipo subjetivo de participación) que el autor actúa con plena culpabilidad, como exige la teoría estricta de la participación, de Jakobs, incluye que ha de saber también y previamente que actúa con dolo (en el caso de la participación dolosa en el delito doloso), elemento esencial de la misma culpabilidad; con lo que se puede caracterizar el hecho principal en el que se participa como el *hecho doloso de quien pudo evitarlo*.

Queda por ver cómo afecta esta construcción a los casos de autoría mediata y coautoría en que el autor inmediato o uno de los coautores actúa sin culpabilidad, que Jakobs quieren resolver con la teoría estricta de la accesoriedad.

Entre los seguidores de Jakobs, Orozco Pérez⁴⁹ ha hecho ver que la doctrina mayoritaria, al sostener la teoría restringida de la accesoriedad, cae en contradicciones como la del caso de la intervención en el hecho cuyo autor directo actúa en una situación de estado de necesidad disculpante, donde, por concurrir tanto inducción (al hecho típico y antijurídico del autor directo) como autoría mediata (por utilización de autor directo a través del defecto de su voluntad), se ve obligada a tener que acudir a la anteposición de la autoría mediata sobre la inducción en el plano concursal, evidenciando su contradicción y a la vez su reconocimiento último de la teoría de la accesoriedad estricta: actuar sobre alguien que lo hace típica y antijurídicamente recibe a la postre el tratamiento de la autoría mediata, no el de la participación. —Y cuando se cruzan autoría mediata y coautoría⁵⁰, de manera que, si un coautor sufre un déficit de culpabilidad del que es responsable otro de ellos, vuelve a manifestarse la contradicción en que cae la teoría restringida de la accesoriedad, pues no valiendo aquí la naturaleza secundaria de la participación (el coautor no es partícipe, según la doctrina mayoritaria) la contradicción no puede resolverse sino con la concurrencia, es decir, no en sede de intervención.

49. Orozco Pérez, *Strafrecht und Gesellschaft*, p. 589 s.

50. Idem, p. 590.

Con la concepción de Jacobs, de la accesoriedad estricta, en cambio, continua Orozco Pérez⁵¹, en los casos analizados no se manifiesta contradicción alguna, pues al no haber participación en los casos de autor directo no culpable, no cabe participar en su hecho, ni siquiera coautoría (que para Jacobs es participación). Como, asimismo⁵², no se plantea problema con la autoría mediata, pues esta sólo puede recaer sobre el hecho del autor no culpable, no pudiéndose temer la impunidad del partícipe, ya que ese interviniente puede sin dificultad responder como autor mediato. —Incluso puede Jacobs resolver así también las sobreposiciones de inducción y autoría mediata en el caso del autor junto al autor⁵³, como quiere la doctrina dominante: puesto que todos son plenamente responsables, son todos, en la sistemática de Jacobs, partícipes (la coautoría no es autoría).

¿Significa la “contradicción” de la teoría restringida de la participación un obstáculo para la finalidad con la que nació en la evolución de la teoría del delito que vaya más allá de la cuestión puramente estética de tener que esperar a la concurrencia para resolverla, como ocurre con otras tantas cuestiones suscitadas por la abigarrada teoría del delito en su momento actual? ¿Propicia la teoría estricta de la participación tal como la reivindica Jacobs y su escuela soluciones mejores y más matizadas que las de la teoría restringida cuando surgen problemas de la responsabilidad del autor del delito que pueden repercutir en la responsabilidad penal de los restantes intervinientes?

4.2. La porosidad de las teorías estricta y restringida de la participación

La teoría restringida de la participación, que tiene su origen, como tantos dogmas de la teoría del delito vigentes desde los años cincuenta del siglo pasado, en la separación nítida de la antijuridicidad (típica) y la culpabilidad⁵⁴, frente a la histórica teoría de la accesoriedad estricta, según la cual el inductor habría de corromper al autor y sería autor moral del delito (de ahí la igualdad de penas del CP), que no es

51. Ibídem.

52. Idem, p. 590 s.

53. Idem, p. 591.

54. Esta limpia dislocación de la culpabilidad explicó el éxito de la teoría de la culpabilidad. La duda de Pawlik (Pawlik, Michael, «"Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menchenalter"?». Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht», *FS für Harro Otto*, ed. Dannecker, Gerhard, et al., Heymanns, Köln, 2007, p. 133 ss.) sobre si la distinción antijuridicidad / culpabilidad ha sido el paso más importante de la moderna teoría del delito, que él quiere resolver sosteniendo que no lo es porque ni las premisas en que se basa (prevención del delito / culpabilidad, comprobación de la antijuridicidad / comprobación de la culpabilidad) son válidas (pp. 137 ss., pp. 144 ss.) ni los conceptos (algunos) de la teoría del delito en que se quieren hacer valer la distinción (causas de exclusión de la antijuridicidad / causas de exclusión de la culpabilidad, participación en hecho principal antijurídico / culpable) pueden ser resueltos por ella (p. 148 ss.); esa duda, se resuelve mejor manteniendo la distinción criticada, es decir admitiendo que ni éste ni ninguno de los conceptos fundamentales de la teoría del delito están exentos de aspectos concretos esenciales muy discutidos a lo largo del tiempo (dolo / imprudencia, tentativa / delito putativo, autoría / participación, etc.), cuya utilidad, sin embargo, nadie cuestiona.

algo que Jakobs quiera resucitar, viene a decir que quien, p. ej., trata de influir sobre alguien que sufre un error de tipo, no actuando dolosamente, no está induciendo porque la inducción requiere acción principal dolosa (también, si se quiere, en la inducción imprudente: tipo subjetivo de imprudencia) (supra II.2.).

Esa misma teoría restringida de la participación no cierra el paso a la posibilidad de que quien induzca a alguien para actuar en estado de necesidad disculpante, o a menor de edad inimputable, no esté induciendo porque, aunque el inducido actúa dolosamente, no lo hace con el grado de dominio de la situación interior, anímica, requerido por la inducción punible.

Que Jakobs no distinga ambos casos, aparte de omitir así matizaciones sobre la imputación que el grado de desarrollo de la teoría del delito ha alcanzado a lo largo del siglo XX y lo que va del XXI, con la distinción antijuridicidad típica / culpabilidad: la graduabilidad del segundo caso frente a lo apodíctico del primero (con lo que puede quedar al criterio de los Tribunales calificar los grados más altos de pérdida del dominio interior de autoría mediata y los más bajos de inducción), aboca a negar la matización. Es lo que, como se apuntó antes, se puede describir como "tirar al niño con la bañera", para indicar que Jakobs salva así la estética de la intervención en el delito, pero al precio de perder una diferenciación de relevancia penal que, además, lleva a algo todavía menos estético y de grave riesgo para el edificio de la Teoría como el de que haya que admitir delito sin autor o coautores (Teilnahme ohne Täter) (infra V.1).

La alternativa para resolver el problema que Jakobs quiere solventar, de la intervención delictiva cuando uno de los coautores, o el autor directo, actúa en estado de necesidad disculpante, sin necesidad de tener que tirar al niño con la bañera, es distinguir el *elemento intelectual* y el *elemento volitivo* de la culpabilidad, donde al igual que en la antijuridicidad, en la que se distingue entre la tipicidad y la antijuridicidad, se mantiene una distinción analítica que no empaña, sino que permite matizar la razón, una u otra, no las dos, que ha determinado que el escalón decaiga:

La circunstancia de que desde hace mucho tiempo el dolo saliera de la culpabilidad para pasar a formar parte de la tipicidad, como tipo subjetivo junto al tipo objetivo o causalidad e imputación objetiva, no es incompatible con su consideración *como parte de la culpabilidad* de la que el conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento típico (o su desconocimiento evitable) incluye, como no puede ser de otra manera, el *conocimiento de que el comportamiento es típico*, es decir, el *dolo* (que también habrá de estar presente en el caso del error de prohibición), todo lo cual forma parte de la *componente intelectual sobre la que versa el juicio de culpabilidad*, junto a la que congruentemente habrá que añadir la *componente volitiva* concerniente al reproche que se hará por haber querido libremente lo plenamente conocido como contrario al ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de esta estructura de la culpabilidad, es fácil colegir que frecuentemente se producirán casos en los que el problema de la culpabilidad estribará no tanto en la ausencia plena del elemento intelectual (error de prohibición inevitable, p. ej.) o del elemento volitivo de la culpabilidad (esquizofrenia grave, p. ej.), en cuyo caso no habrá culpabilidad, sino en una merma del elemento volitivo en la que *se vea afectada la plena libertad* (minoría de edad, p. ej., o miedo insuperable), que sin excluir del todo el elemento intelectual de la culpabilidad, haga que éste no pueda motivar a quien experimenta la merma no suficiente para excluir plenamente la capacidad de culpabilidad (inexigibilidad); permitiendo decir que quien lo sufre pudo actuar como exige la culpabilidad, de manera, y esto es lo importante ahora, que se ha ofuscado, es decir, que *no se ha hecho la representación serena que exige un juicio de plena culpabilidad*. Es lo que ocurre con el estado de necesidad disculpante (miedo insuperable), que afecta a la componente intelectual del dolo y de la culpabilidad, pudiéndose decir que el defecto alcanza *también* a la capacidad intelectual de culpabilidad.

Esta influencia del conocimiento sobre la componente volitiva del juicio de culpabilidad se percibe muy elocuentemente en la estructura del elemento volitivo de la culpabilidad estudiada por Frister⁵⁵.

Partiendo precisamente de que la componente intelectual (comprensión) y la componente volitiva (dirección) de la capacidad de culpabilidad es un proceso unitario no disociable en partes, se propone Frister⁵⁶ entenderla como la capacidad de autodeterminación constitutiva de la interacción social o capacidad de una formación de la voluntad suficientemente diferenciada; lo que supone el resultado de un conocimiento (en el sentido de consciencia) suficientemente estructurado cognitiva y afectivamente⁵⁷, cuyos presupuestos él estudia de manos de la Psiquiatría estructural de Lüthe, que distingue entre el psiquismo sano no dañado y el que sí lo está porque faltó o desapareció la capacidad de formar una voluntad suficientemente estructurada⁵⁸.

Conforme a este modelo, puede entenderse la motivación afectada propia de la inexigibilidad que reconocen nuestros códigos penales como el fruto de la discrepancia entre las valoraciones del legislador y las del sujeto afectado, las de la generalidad y las del sujeto particular, en la que el dilema insoluble lo resuelve Frister normativizándolo, es decir, admitiendo la anteposición de las valoraciones particulares, p. ej., los bienes propios del obligado a sacrificarse en el estado de necesidad

55. Frister, Helmut, *Die Struktur des "volutativen Schudelements". Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 99 ss., p. 117. Vid. también Cuello Contreras, PG, I³, p. 1132.

56. Frister, "Voluntativen Schudelements", 118 ss.

57. Idem, p. 128 ss.

58. Idem, p. 130 ss.

exculpante, hasta cierto punto (no, p. ej., el bombero frente al fuego)⁵⁹. Pues tiene en cuenta la presión motivacional (comprensible) de quien se encuentra en la situación de conflicto⁶⁰.

De donde cabe concluir que quien ni conoce que está llevando a cabo un hecho delictivo (conocimiento de lo que hace injusto un comportamiento), no reúne el presupuesto mínimo para comprobar, después, en la culpabilidad, si la merma de libertad (voluntad) que experimentaba en el momento de los hechos afectó al conocimiento previo que tenía, determinando la eximente basada en la merma de la capacidad de culpabilidad. Por eso se produce la relación de progresión entre lo que pretende la teoría restringida de la participación y la teoría estricta. Una y otra teoría no son contradictorias, sino que *la restringida anticipa una parte de lo que requiere el pleno juicio de culpabilidad*. Sólo en eso consistió el traslado del dolo por parte de Welzel desde la culpabilidad a la tipicidad, desde donde acaba formando posteriormente parte del pleno juicio de culpabilidad⁶¹. Puede concluirse pues reafirmando que la participación, la accesoriedad de la participación, en su aspecto *cualitativo*, requiere que el hecho principal en el que se participa ha de ser el *hecho doloso de quien pudo evitarlo*⁶².

La teoría restringida de la participación, en suma, no pretende conformarse con el comportamiento doloso del autor, sino exigirlo como presupuesto mínimo imprescindible; compatible con que otros defectos de la culpabilidad del autor (estado de necesidad disculpante, p. ej.) también puedan afectar a la responsabilidad del partícipe, convirtiéndola en autoría mediata, participación agravada (infra V.3.c), etc.

4.3. ¿Superación del modo tradicional de determinar la accesoriedad de la participación?

¿Y si no hay contradicción entre ambas teorías pudiéndose, incluso, prescindir de la accesoriedad interna de la participación?: Con el planteamiento aquí defendido podría prescindirse de la accesoriedad interna en la dogmática de la intervención, pues de lo que se ha sostenido históricamente a través de ella no cabe deducir ninguna consecuencia relevante según se defienda una u otra concepción (restringida o estricta); hasta el punto de que podrían considerarse incluso complementarias.

59. Idem, pp. 147 ss., p. 156, pp.157 ss.

60. Idem, pp. 164 ss.

61. La conclusión a que llega Pawlik sobre la conveniencia de no mantener la distinción antijuricidad / culpabilidad (como supra en nota 54), porque así, con la discusión de los problemas donde la separación puede ser cuestionada ayudarán a perfilarla, explicándola mejor (*Otto-FS*, p. 152 s.), se consigue más bien justo de la forma contraria: manteniéndola para ver si soporta el embate que suponen los casos conflictivos (como este de la accesoriedad interna de la participación). Así se ha construido siempre la ciencia, con el ejemplo paradigmático del Racionalismo crítico (Popper).

62. En su caso, si se quiere, también el tipo subjetivo del delito imprudente en el que se participa o el tipo subjetivo del delito doloso en el que se participa imprudentemente (supra II.1.).

¿Y si puede prescindirse también de la accesoriedad externa?: A las voces que se han elevado y se elevan en contra de este concepto esencial de la teoría de la intervención (infra V.1.), casi siempre argumentado desde el principio de responsabilidad por el hecho propio, no el ajeno⁶³, cabe responder que no hay ningún peligro de pena sin culpabilidad para el partícipe, ni siquiera cuando se exige que el autor haya comenzado la ejecución del delito (condición objetiva de punibilidad, si se quiere). No. No es esa la razón que obliga a poner en relación la responsabilidad penal del interviniente, cualquier interviniente, con la de algún otro al que poder llamar autor (infra V.1), a lo que puede seguir denominándose accesoriedad de la participación. La razón insoslayable para tener que hacerlo, es que, en contra de la concepción objetiva de la intervención delictiva ahora en boga, *es impensable resolver (sólo) en el tipo objetivo de participación las diferentes formas de intervenir varios en el delito.*

4.4. Conclusión sobre la accesoriedad interna

Volviendo al tema abordado en este epígrafe: Si la culpabilidad es, en fin, fuente de sentido, tiene que empezar por encontrar algo con sentido, que sólo puede tenerlo lo que el hombre de quien predicar culpabilidad hace con alguna intención, dolo. De ahí que sea esencial que la culpabilidad del partícipe, de todo interviniente en el delito, se base en lo que tanto él como el ejecutor principal hacen con sentido, es decir, dolosamente.

De ahí la accesoriedad de la participación, a la que no se puede renunciar nunca. Coincidiendo lo que postulan las teorías restringida y estricta de la participación, la accesoriedad externa y la accesoriedad interna⁶⁴. Y evidencia que la accesoriedad

63. Paradigmático, Sancinetti (infra IV.4.), para quien debe negarse la accesoriedad externa de la participación, porque lo contrario supone vulneración de la prohibición de regreso, que en materia de intervención en el delito se traduce en prohibición de traslación, frente al propósito de Jakobs, de fundamentar la punición del partícipe en una excepción (justificada) al principio de prohibición de regreso (supra III.1.). Y, siguiéndole (a Sancinetti), en lo fundamental, Robles Planas [Robles Planas, «La estructura de la intervención en el delito», en Falcone (ed.), *¿Autonomía y accesoriedad?*, pp. 145 ss.]), quien, fundamentando la punición de la intervención de varios (todos) en el delito al modo objetivo de Jakobs (p. 151 s.) y manteniendo la accesoriedad externa como forma de acotar la tipicidad, hace hincapié en el injusto propio, no ajeno, y en el que comparten todos los intervinientes con sentido (p. 152 s.).

64. Vacchelli, Ezequiel, *Intervención delictiva: Significado y función del principio de accesoriedad*, Atelier, Barcelona, 2020, recientemente, ha introducido como clave para comprender el significado de la accesoriedad de la participación, poner en relación la accesoriedad externa con la accesoriedad interna, en la que la accesoriedad externa, su configuración, es necesaria por ser el terreno en el que construir el injusto propio de la participación, y la accesoriedad interna lo es para configurar el injusto en el que el partícipe ha intervenido y por el que responde penalmente (accesoriedad prospectiva *vs.* accesoriedad retrospectiva) (pp. 143 ss., pp. 310 ss.). El injusto propio de la participación no es concebible sin su proyección sobre el injusto en el que se ha intervenido (*se dirige* a ello). El injusto de la intervención de todos con sentido (= culpabilidad) fecunda la aportación propia de cada uno de los intervinientes.

Accesoriedad externa y accesoriedad interna de la participación son pues las dos caras, necesarias, ambas, de la participación; no cabiendo separarlas. Ambas son necesarias para comprender qué significa y por qué debe mantenerse el concepto de accesoriedad de la participación.

Por paradójico que parezca, lo que mejor da cuenta de esta estructura con la que Vacchelli quiere resolver la cuestión de la accesoriedad de la participación, son las estructuras lógico-objetivas de la finalidad y la culpabilidad (incluido el derivado de ahí extraído, según el cual sólo cabe participar en acciones finales), de Welzel (con lo que Vacchelli

se resuelve definitivamente con el tipo subjetivo inescindiblemente referido al tipo objetivo de participación.

La accesoriedad se puede reducir a exigencia de que el dolo del partícipe debe estar dirigido a que el hecho al que induce o a cuya ejecución ayuda constituya la realización del tipo delictivo que fundamenta su punición a través de las reglas de la PG del CP sobre participación.

5. El dogma fundamental de la distinción entre autoría y participación

5.1. ¿Delito sin autor?

Que la historia de la teoría del delito es también la historia de la distinción entre autores y partícipes no autores como capítulo fundamental y banco de prueba de las restantes distinciones de la teoría (como, p. ej., entre antijuridicidad típica y culpabilidad, que repercute y ha de ser comprobada en la participación a través de las teorías estricta y restringida de la accesoriedad) (supra IV.2.)⁶⁵, es manifestación de una realidad pre-jurídica, con repercusiones jurídicas, según la cual no cabe imputar casi nunca por igual el acaecimiento de cualquier suceso a las distintas personas que han podido intervenir en él. Es lo que ha ocurrido con carácter general en todos los códigos penales, desde los inicios de la codificación (incluso con anterioridad).

Y, aunque hay otras subdivisiones que, además, como en parte hemos visto en páginas precedentes, a veces se superponen y resultan difíciles de separar⁶⁶, parece, o parecía, claro que la fundamental es la que distingue entre autor y partícipe⁶⁷; de los que, además, uno de ellos, el autor, siempre ha de estar presente para que haya delito.

quiere conectar a Silva Sánchez, a quien sigue en la fundamentación de su construcción) (p. 143 s: “concepción ontológica-normativa”).

65. O la determinación del comienzo de la tentativa en los casos de intervención de varios (solución individualizada y solución total). Etc.

66. Vid., p. ej. Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 270 ss., que muestra muy elocuentemente lo emparentadas que están todas las formas de intervenir varios en el delito y la necesidad de elaborar posibles diferencias específicas entre ellas.

67. Distingue netamente, aun partiendo desde una posición normativista, entre autores y partícipes, Silva Sánchez (Prólogo a Falcone (ed.), *¿Autonomía y accesoriedad?*, p. 23), para quien el que interviene antes del comienzo de realización del tipo no vulnera todavía la norma que prohíbe bajo amenaza de pena la conducta correspondiente; por lo que, aunque sólo sea a esos efectos, hay diferencias cualitativas entre los distintos intervinientes en el delito. Lo que, a su vez, no excluye (pp. 23 s.) la necesidad de equiparar penológicamente, muchas veces, las conductas de quienes no son autores y las de los autores, con alusión implícita al jefe de la banda que no interviene en la ejecución, y explícita al cooperador necesario, que no es coautor.

Junto con otras aportaciones anteriores, como la de Lüderssen⁶⁸, y simultaneas, como la de Dencker⁶⁹, Jakobs ha venido insistiendo⁷⁰ —viendo en ello la superación del dominio del hecho como fundamento de la autoría— en la imposibilidad de distinguir frecuentemente entre autoría y participación, sino con criterios cuantitativos; lo que unido a sus argumentos contrarios a impedir que la aportación anterior al comienzo de la tentativa de algunos de los intervinientes pueda fundamentar su coautoría, obliga a plantear si Jakobs y sus seguidores asumen la responsabilidad del partícipe en hecho delictivo sin *autor* (Beteiligung ohne Täter).

Según Dencker⁷¹, la norma de la coautoría del StGB muestra que hay casos en los que no hay alguien en el sentido de “el que” de los tipos legales que haya cometido el delito, pero varias personas son castigadas “como autores” sin serlo; luego hay delitos sin autor. Con el problema añadido, en el delito especial, de que la ausencia del elemento personal en alguno de ellos haga decaer la punibilidad de todos⁷².—Para evitarlo, sostiene Dencker un modelo de intervención que construya la aportación propia a las acciones de otros (accesoriedad), configurando con todo un collage que permita hablar de participación *sin autor*, pero no de participación *sin hecho* (en el que se interviene) (Gesamttat)⁷³; de manera que, en el sentido de la Gesamtlösung de Jakobs⁷⁴, el comienzo de la tentativa de cualquiera de los intervinientes que, de haber sido el único autor, habría supuesto comienzo de la tentativa, lo es también del actuar conjunto, al que se sumarán los restantes de forma objetiva, con independencia de que actúen dolosa o imprudentemente, etc.⁷⁵.—Por esta vía se resuelve el problema de los elementos personales de la autoría cuando algún interviniente no lo posee, como en el caso del instrumento doloso no cualificado; no habiendo inconveniente en hacer responder al inductor sí cualificado, pues la regla de la intervención no se construye sobre el autor sino sobre el hecho⁷⁶.—De esta manera, concluye Dencker, se puede mantener, si se quiere, la distinción entre autoría y participación, porque es indiferente. Lo único importante es la posibilidad de participación sin autoría⁷⁷.

Como ya hemos tenido ocasión de ver y considerar (supra II. y IV.), Jakobs respeta los postulados fundamentales de la accesoriedad de la participación escrupulosa-

68. Lüderssen, Klaus, *Zum Strafgrad der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden, 1967, p. 189.

69. Dencker, Friedrich, «Beteiligung ohne Täter», *Festschrift für Klaus Lüderssen*, ed. Prittwitz et al, Nomos, Baden-Baden, 2002. 525 ss.; vid. ya *Kausalität und Gesamttat*, Dunker&Humblot, Berlín, 1996, p. 12 s., pp. 125 ss., pp. 148 ss., pp. 230 ss., pp. 263 ss.

70. «El caso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», trad. Cancio Meliá, en: Jakobs, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 63 ss. p. 66, p. 84 s.

71. Dencker, *FS-Lüderssen*, pp. 532 ss.

72. Idem, p. 533.

73. Idem, pp. 535 ss.

74. Jakobs, Derecho penal, *Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo (original alemán: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín, 1991), Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 760 s.

75. Dencker, *FS-Lüderssen*, p. 536.

76. Ibídem.

77. Idem, p. 537.

mente, la accesoriedad externa y la interna. Sus seguidores, como Orozco⁷⁸, por otra parte, sin embargo, expresan muy claramente que no sólo el coautor ostenta el dominio funcional del hecho, que también puede ostentarlo el partícipe, como accesoria respecto a otra conducta no es sólo la de participación sino también la de coautoría (de ahí la distinción sólo cuantitativa entre ambas). Pero ni Jakobs ni sus discípulos se han pronunciado expresamente, sino con timidez⁷⁹, sobre la posible responsabilidad del partícipe sin responsabilidad del autor, que parecería su lógico corolario.

Es más, en la órbita normativista se ha producido un ataque expreso al que podría tenerse como el paradigma de la posible responsabilidad del partícipe sin responsabilidad del autor, representado por la teoría del ilícito propio del partícipe en el hecho ajeno, de Sancinetti⁸⁰.

La responsabilidad de inductor y cómplice, según Sancinetti, debe situarse entre el momento de influencia o compromiso de colaboración con quien actuará después y el momento de pérdida “de su control de la posibilidad de frustrar el hecho del autor principal”⁸¹, dependiendo de que el partícipe se haya representado que entre el momento activo y el momento omisivo posterior el autor haya “podido tomar injerencia propia”⁸². —Evitándose así que la responsabilidad del partícipe dependa del dolo del autor, de su decisión de comenzar la ejecución en un momento u otro; lo que no puede hacer Jakobs, objeta Sancinetti⁸³, dada su fidelidad a la accesoriedad externa, contradictoria con su (de Jakobs) tesis fundamental sobre el control de los propios actos o “*punibilidad de lo [ya] no más dominable*”⁸⁴ como criterio general de la tentativa. Lo que sólo se consigue segregando la responsabilidad del partícipe de la del autor, es decir, renunciando a la accesoriedad externa de la participación⁸⁵. —El ilícito propio del partícipe es independiente del de los demás intervinientes en el hecho delictivo, y depende sólo de lo hecho por él (no hay un producto más allá de la suma de los aportes)⁸⁶. Por eso no puede decirse que la prohibición de regreso es el reverso de la accesoriedad de la participación, sino su negación, debiéndose hablar mejor de prohibición de traslación⁸⁷.

Falcone, en efecto, para abordar el injusto propio del partícipe dentro de la concepción normativa que defiende, se ve obligado a confrontar con la posición de Sancinetti como prototipo de teoría fundamentadora de un injusto propio del partícipe independiente del injusto del autor y de la accesoriedad, de la que, no obstante,

78. *Infra*, V.3.3.

79. Jakobs, *PG*, p. 767.

80. Sancinetti, Marcelo A., *El ilícito propio de participar en hecho ajeno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

81. *Idem*, p. 22.

82. *Idem*, p. 26.

83. *Idem*, p. 27 ss.

84. *Idem*, p. 35.

85. *Idem*, p. 36.

86. *Ibidem*.

87. *Idem*, p. 36 s.

celebra especialmente que la desconecte del comienzo de la tentativa del autor⁸⁸. Ahora bien, para mostrar lo insostenible de la tesis de Sancinetti sobre el injusto propio del partícipe, se vale del argumento según el cual, no podría justificar por qué si un coautor ha amenazado con violencia y otro sustraído el dinero, ambos han cometido como coautores un delito de robo con violencia, y no sendos delitos de amenaza violenta y hurto respectivamente⁸⁹.

Siendo de destacar que Falcone reproche a Sancinetti que fundamente la coautoría común del ejemplo de forma subjetiva que, además, se base en una suposición sobre lo que pretende el otro que todavía no tiene nada que ver con él, para lo que, tesis de Falcone (infra. V.3.), es necesario que ambos coautores expresen una unidad de sentido común⁹⁰. Mantener otra cosa, significa entender la autoría como “un momento del dolo”, que Falcone asimila a la teoría del dominio del hecho (finalista) que sostuvo von Weber⁹¹.

En realidad, Jakobs, que describió tan pronto (1996) su concepción de la accesoriedad de la intervención de varios en el delito con una claridad meridiana⁹², al hacerlo objetivamente (supra II.2.), no puede ni quiere establecer un criterio cualitativo (*que no significa aplicable siempre*) de distinción entre la participación y la coautoría, sin el que sin embargo no es posible —como desde la propia escuela de Jakobs, o sus aledaños, se ha apuntado— distinguir la coautoría de la participación, esencial para la participación, que sólo puede establecerse, criterio genuino de la participación, *por referencia a una conducta principal, también la de los coautores, a la que se contribuye con actos no constitutivos de autoría*.

88. Falcone, «Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho. La coautoría como expresión mancomunada de sentido», *InDret*, 3. 2017, pp. 1 ss., p. 17 s.

89. Idem, p. 18 s.

90. Idem, p. 19.

91. Ibídem.

92. Jakobs, «Accesoriadad. De los presupuestos de la organización en común», en Falcone (ed.), *¿Autonomía y accesoriedad?*, trad. de Sancinetti, 249 ss. (original alemán: «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organatitation», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 143, 1996, pp. 253 ss.), p.249: “1) Solo un autor que se comporta culpablemente expresa un sentido jurídico-penalmente relevante. Conforme a ello, la participación en un hecho punible —al contrario de la conducción de un curso natural— presupone un hecho principal culpable. 2) En tanto una conducta de participación ocurra en el campo previo de la realización del tipo no es en sí misma un hecho, sino que da el fundamento para imputarle también al participante la ejecución por parte el autor principal. 3) Existe participación cuando el participante se comporta de un modo objetivamente común con el ejecutor, por tanto, cuando quebranta el rol de ciudadano; el lado subjetivo no interesa mientras exista, en suma, culpabilidad”.

La muy exacta fórmula empleada por Jakobs para exponer su concepción de la accesoriedad de la intervención en el delito se corresponde punto por punto con la concepción tradicional de la accesoriedad de la participación que en este ensayo hemos revisado; lo que muestra gráficamente la naturaleza objetiva (tipo objetivo) de su concepción y la naturaleza subjetiva (tipo subjetivo) de la concepción tradicional. De manera que se evidencia que hay una fórmula de 1) no renunciar a la accesoriedad, lo que (casi) nadie quiere 2) mostrar que se puede optar entre un modelo y otro, en una nueva manifestación de la lucha de escuelas de la ciencia penal; pero que, 3), merece la pena intentar una síntesis superior que acote la intervención primero conforme al modelo objetivo de Jakobs, y después conforme al modelo subjetivo (tipo subjetivo añadido al tipo objetivo) de intervención. Igual que cabe hacer con el injusto (vid. supra nota 28).

5.2. Coautoría como autoría

En suma, para proceder a configurar la naturaleza de la accesoriedad, nada mejor que el “caso difícil” de la autoría dado por la coautoría, a cuya necesidad de especificación tanto ha contribuido Jakobs, donde sí es posible y necesario decidir cuándo hay coautoría, con la única peculiaridad de que esta forma de autoría obliga a traer al primer plano, lo que por lo demás también ha de estar presente en la autoría directa y mediata, por constituir elemento esencial co-definitorio de todo injusto, el *elemento subjetivo de la autoría* —que en la coautoría pasa por la necesidad de ver en los hechos analizados para calificarlos de coautoría un elemento de inducción mutua que tan bien caracteriza la figura legal de la conspiración, a lo que añadir la presencia y el papel decisivo en los hechos de todos ellos, entendido con los matices que se quiera (incluida la no necesidad de su presencia en el último acto de la producción causal del resultado): acudiendo en su caso a criterios cuantitativos para su distinción de la participación en el caso concreto— que *tan bien representa el papel decisivo del dolo en materia de intervención delictiva (no sólo en la coautoría)*

5.3. El horizonte dogmático de la intervención de varios en el delito

La solución a la cuestión (aquí sólo esbozada) que ha dado origen a estas consideraciones sobre la autoría en un ensayo sobre el significado de la accesoriedad de la participación, en un impase importante de la teoría de la intervención delictiva —el de si cabe participación sin autoría—, esta cuestión abierta en el debate dogmático-penal actual, debe pasar por las siguientes premisas ineludibles:

a) No renunciar nunca a la autoría, coautoría en su caso, cuando intervienen varios en la ejecución. Cuando la coautoría no es diáfana (observador y detonador se coordinan para explotar la bomba), y con la ayuda de quienes lo intuyen por vía normativa (Frister, además de Küper y Puppe), hay que comprobar que la “reserva de causalidad” (Schroeder, Eser/Burckhart) propicia identificar una “autoría pre-jurídica” o “idea rectora” que propicia hablar de *la acción de alguien en la que se participa*.

aa) Según Küper⁹³, el dominio de los coautores de todo el hecho se basa en la coordinación de las voluntades y acciones de todos ellos, no en el dominio de todo por cada uno. Al coautor se le imputa también lo hecho por los otros coautores por la vía de la decisión común sobre división y coordinación de tareas contemplada por la norma de la conspiración, que hace a todas las aportaciones mutuamente imputables por la programación conjunta⁹⁴. De donde cabe deducir que la tentativa del coautor no requiere el comienzo de realización de su aporte, bastando con el de otro de ellos que cumpla la exigencia de comienzo de realización

93. Küper, Wilfried, «Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehrere Tatbeteiligten. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft», *Juristenzeitung*, 23/24, 1979, pp. 775 ss., p. 786.

94. Ibidem.

del delito, como defiende la “solución total”⁹⁵. Radicando en la esencia de la coautoría la modificación que supone de la esencia de la tentativa para el autor único –comienzo de la tentativa de propia mano–, ya que la coordinación propia de aquella convierte los aportes de cada uno en normativamente iguales, lo que no ocurre con la complicidad psíquica⁹⁶.

bb) Puppe⁹⁷ construye la coautoría sobre la inducción mutua que constituye siempre⁹⁸ y sobre la contribución fáctica que debe aportar cada coautor individual⁹⁹ al hecho causante del resultado programado por todos, que permita afirmar su presencia física y espacial en el momento de ese hecho causal¹⁰⁰; elemento, éste último, que distingue a la coautoría de la mera inducción. El jefe de la banda, el profesor como Puppe le llama, sólo lo será, coautor, cuando ha estado presente por comunicación directa en la ejecución del delito¹⁰¹. —El resultado imputable al coautor no puede ser el imputado al comportamiento de otro, sino sólo el imputable al hecho propio que contribuye directamente a causar el resultado común¹⁰². En los casos de causalidad hiper-condicionada, del tipo votación masiva, no es la acumulación de votos (la suma) la que determina la causalidad de la coautoría (a manera de solución al problema de la causalidad en esos casos), sino que es la causalidad del voto de cada miembro del órgano la que determina la coautoría de todos ellos¹⁰³; no siendo necesario renunciar a la exigencia de causalidad. Constatada así la causalidad, no es precisa la coautoría imprudente, que algunos patrocinan (Roxin), pues en cuanto cada autor imprudente causa (en una votación, p. ej.) no es necesaria la figura¹⁰⁴.

cc) Para Frister¹⁰⁵, que comparte la tesis de Dencker sobre la Gesamttat en la coautoría, pero no la de que en la coautoría la causalidad aditiva haya de suplirse por el aumento del riesgo, es posible defender la Gesamtlösug, sin necesidad de renunciar a la idea de que también con ella lo imputado a cada coautor es un injusto propio, y la coautoría aditiva perfectamente fundamentable conforme a la prevención general¹⁰⁶. —La responsabilidad del coautor no es la del autor individual; hay que construirla preventivamente, deduciéndola de la acción en común con otros coautores. Lo que ya se deriva de la aportación que todos los intervinientes hacen al resultado de esa acción en común¹⁰⁷. Lo que así caracteriza la coautoría, aclara también la simbólica afectación de la norma atacada mediante el individual desvalor del aporte del coautor, a lo que añadir los restantes presupuestos de su responsabilidad penal (dolo, imprudencia, otros elementos subjetivos, culpabilidad, etc.)¹⁰⁸. —La acción común de la coautoría no lesiona sólo la norma protectora del daño para el bien jurídico, sino igualmente la que lo protege de acciones emprendidas por varios en común para atacarlos (efecto simbó-

95. Idem, pp. 786 ss.

96. Idem, p. 787.

97. Puppe, Ingeborg, «Die Architektur der Beteiligungsformen», *GA*, 2013, pp. 514 ss.

98. Idem, pp. 522.

99. Idem, p. 523.

100. Ibídem.

101. Ibídem.

102. Idem, p. 524.

103. Idem, p. 524 s.

104. Idem, p. 25.

105. Frister, «Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme», *Festschrift für Friedrich Dencker*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 119 ss.

106. Idem, p. 122 s.

107. Idem, p. 124 s.

108. Idem, p. 126 s.

lico)¹⁰⁹. También la acción real del coautor lesiona (simbólicamente) la norma que protege el bien jurídico. En cualquier caso, es lo acorde con lo que pretende la Constitución como prohibición incondicional¹¹⁰.

dd) En los casos de autoría aditiva en que podría haber dudas de quién causó el resultado y, por tanto, a quien imputarlo, cabe apelar a lo sustentado por Eser/Burkhardt¹¹¹ para el caso especial de desvío constituido por el hecho en que el resultado perseguido directamente se ha visto soterrado o absorbido sólo y *exclusivamente* por la otra acción, como ya sostuvo Schroeder¹¹² terciando en los discutidos casos del *dolus generalis*, como único supuesto en que sí valdría la tesis del delito doloso consumado¹¹³.

b) Por lo demás, la insistencia de Jakobs y otros autores no incardinados necesariamente en el normativismo, en que aportaciones en la preparación previa a la ejecución pueden ser tan decisivas como éstas para la consumación del delito, debiéndose considerar coautoría, es quizá una muestra de que conductas como la del jefe de la banda pueden ser tenidas como coautoría (mejor que autoría mediata) sin forzar demasiado el dominio del hecho, ya que al fin y al cabo se hace presente en la ejecución. La solución, que es mejor que la de la cooperación necesaria (pensada más bien para la complicidad), siempre que no se abuse de ella, como cabe temer de la evolución reciente de la jurisprudencia alemana, y que ya conocimos antes en el TS español, a través de la doctrina del acuerdo previo, sería complementaria de la cuantificación que también ahora se propugna (*infra* V.3.c), distinguiendo entre la influencia sobre los restantes coautores y la proximidad de la aportación a la consumación del delito: mientras más próxima, más dominio (una muestra más de sincretismo).

La crítica de Falcone¹¹⁴ al dominio funcional del hecho en la coautoría se basa en que ni es posible un acuerdo de distribución de funciones meramente subjetivo sin infracción colectiva de expectativas sociales defraudadas, “verdadero criterio de imputación”, ni puede ser la intervención ejecutiva criterio de distinción entre la coautoría y la participación, como muestra el jefe de la banda que mueve los hilos. —La coautoría como “expresión mancomunada de sentido”, que Falcone patrocina, se basa en el aporte de cada coautor y la integración de la de todos, también simbólicamente, que permite atribuirlo todo a cada uno mediante representación conjunta similar a la instigación recíproca de Feuerbach; salvando así el “principio de intrascendencia de la pena” con el que se debate la accesoriedad tradicional¹¹⁵. El hecho total (típico), “no es nunca un hecho ajeno, sino siempre uno propio integrado por los significados autónomo, por un lado, y derivado, por el otro, del propio

109. Idem, p. 127.

110. Idem, p. 128.

111. Eser, Albin / Burkhardt, Biörn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. Bacigalupo, Silvina, et al., Colex, Madrid, 1995, pp. 188 ss., p. 190.

112. Schroeder, Friedrich.Christian, en: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10. Auflage, ed. Jescheck, Hans-Heinrich, et al., De Gruyter, Berlin, volumen primero, com. § 16, n.m 29, p.31.

113. Vid. al respecto Cuello Contreras, *PG II*, p. 713, p. 715.

114. Falcone, *InDret*, 3/2017, p. 9, p. 15.

115. Idem, p. 20, p. 21.

aporte (nota bene)”¹¹⁶. Sin que importe realizar de propia mano, ni en una u otra fase del delito. —Correlato de la imputación objetiva en la intervención delictiva, según Falcone, es la subjetiva¹¹⁷, o conocimiento del aporte propio y el de los demás coautores, delito doloso; en su caso imprudente (exceso de uno de ellos, p. ej.). Con lo que corrige la exigencia tradicional del dominio del hecho, de requerir siempre dolo¹¹⁸. —Debiéndose sumar a la exigencia cualitativa del elemento subjetivo de la intervención mancomunada, la distinción cuantitativa, a efectos de punición, de la gravedad del aporte de cada uno¹¹⁹.

La formulación de Falcone sobre la esencia de la coautoría como “expresión mancomunada de sentido”, para la que acude al símil de la instigación recíproca con que fundamentó Feuerbach en su día la conspiración y la misma coautoría, que evoca un contenido claramente psicológico, tan presente en la teoría del delito de este autor (Feuerbach), podría constituir una buena referencia para ver proyectada la concepción objetiva de la intervención elaborada por Jakobs y sus seguidores a la concepción subjetiva tradicional, y viceversa, de una manera en la que *sólo se constituye el injusto pleno de la intervención cuando concurren ambas*. Esto es, cuando al tipo objetivo de intervención se suma el tipo subjetivo. Siendo ambos indisociables salvo a efecto analíticos y pedagógicos.

La concepción objetiva de la intervención, de Jakobs, en conclusión, es inviable sin al menos contextualizar la situación caótica en que tiene lugar como una en la que alguien (autor/es) va a realizar algo delictivo a lo que quien interviene aportará su parte. (Igual que en la intervención imprudente¹²⁰.)

Por eso, sólo es concebible la intervención objetiva (¡igual que la imputación objetiva!) como primer escalón (tipo objetivo) de algo inescindible del dolo (tipo subjetivo de intervención). Como podría estar implícito en la construcción de Falcone que acabamos de analizar.

c) Finalmente, cuando sea necesario acudir al criterio cuantitativo de la aportación de todos o algunos de los intervinientes, en ausencia del criterio cualitativo (frecuente en la coautoría), los criterios de su determinación, como ya se ha anticipado, no pueden ser otros que los coincidentes, no por casualidad, con la pretensión de los normativistas, Jakobs, y la propia doctrina tradicional, del dominio del hecho comenzado ya a ejecutar (incluida la proximidad al nexo causal último) (principio causal) y la influencia sobre el ejecutor material (principio de inducción). Con lo que se produce la aproximación entre teorías que avala que no estamos ante un cambio de paradigma y sí ante prueba fidedigna de sincretismo teórico entre el dominio y el deber.

116. Idem, p. 20 s.

117. Idem, p. 26.

118. Ibidem.

119. Idem, p. 26 s.

120. Que presupone un tipo subjetivo.

Puesto que no hay dominio (positivo) en la coautoría ¹²¹ y sí accesoriedad, incluida la cualitativa, como en la inducción y la complicidad ¹²², no cabiendo distinción conceptual entre ellas, la determinación de la pena en la materia ha de hacerse, según Orozco Pérez, con criterios tipológicos, aptos para situaciones graduales que garanticen la certeza ¹²³. —Elementos básicos del nuevo sistema son la influencia sobre *el suceso típico* y la influencia sobre los *restantes intervinientes* ¹²⁴, con espacio común con el sistema clasificatorio anterior ¹²⁵. —El polo superior de la influencia sobre los restantes intervinientes lo constituye la inducción ¹²⁶, el inferior la mera influencia por leve que sea ¹²⁷. Dentro de los cuales caben series tipológicas que aseguren la igualdad ¹²⁸. —La influencia sobre el suceso típico la construye Orozco sobre el significado de la aportación al proyecto emprendido por varios, de Jakobs ¹²⁹, asimilable también (como la influencia sobre otros intervinientes) a los criterios de la distinción cualitativa tradicional ¹³⁰; con dos polos, de mayor y mínima influencia ¹³¹. —Cabe todavía una interconexión de las dos dimensiones de la influencia, en una serie tipológica ¹³² en la que ambas puedan compensarse; con tres dimensiones ¹³³, pues, que eviten una mayor dispersión de los criterios ¹³⁴. Y con alternativas menos radicales: marcos penales progresivos, que podrían atenuar las críticas de Roxin ¹³⁵ a su modelo.

Que no estamos ante nada anómalo ni revolucionario en la historia del dogma de la teoría del delito, por lo demás, lo corrobora lo que ocurre con otras distinciones tan emblemáticas como la del dolo y la imprudencia ¹³⁶, donde también hay algo común pre-jurídico: la intención, en el binomio dolo /imprudencia, como en la intervención ocurre con el hecho principal y la *idea* de autor que lo realiza: lo *cualitativo*; y una graduación de su gravedad: allí, el peligro mayor o menor conocido, aquí, lo aportado al hecho por vía causal o influencia sobre los restantes intervinientes: lo *cuantitativo*.

121. Orozco Pérez, «La graduación de la intervención delictiva. *Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho (Tatprägung)*», *InDret*, 1.2021, pp. 150 ss., pp. 155 s.

122. Idem, p. 156, p. 158.

123. Idem, p. 162, p. 164.

124. Idem, p. 167.

125. Idem, p. 169 s.

126. Idem, p. 170.

127. Idem, p. 172.

128. Idem, p. 174.

129. Idem, p. 175.

130. Idem, p. 176 ss.

131. Idem, p. 179.

132. Idem, pp. 181 ss.

133. Idem, p. 182.

134. Idem, p. 183.

135. Idem, p. 183, p. 184.

136. Vid. Cuello Contreras, «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales de injusto», *Teoría del delito*, pp. 29 ss.

6. Resumen

El viejo principio de accesoriedad de la participación en los delitos comisivos de resultado (o de infracción de deberes negativos), construido a la medida de la teoría del dominio del hecho como fundamento de la autoría del delito, distinguiéndola de otras formas de intervención, está siendo profundamente cuestionado a partir de premisas establecidas por Jakobs que quitan relevancia a la producción del resultado y se la otorgan a la influencia objetiva, mayor o menor, en el hecho, que es obra de todos, sea cual sea el momento de la intervención (ejecución o preparación).

Puesto que, sea cual sea el fundamento de la intervención en el delito, es necesario distinguir entre preparación y tentativa, ya que marca el paso de lo impune a lo punible, y con independencia de la relevancia penal que se le asigne por una u otra teoría, es necesario también distinguir entre influir y ejecutar, ya que intervenir en la ejecución requiere que esta haya comenzado, mientras que influir tiene amplio espacio en la fase previa de la preparación (también en la ejecución), con el ejemplo paradigmático de la conspiración.

La relevancia de la ejecución del delito a efectos penales ofrece su manifestación más genuina en el hecho de que donde ya hay alguien que ejecuta, cualquier otra intervención de tercero sólo podrá ser a título de partícipe; de donde se deriva un factor de distinción cualitativa de formas de intervenir en el delito que se opone a la laxitud de las figuras de intervención que proponen algunos discípulos de Jakobs.

Derivándose también de la relevancia de la ejecución el dogma tradicional según el cual la participación no constitutiva de autoría requiere que el interviniente sepa y quiera que el autor-ejecutor actúa o actuará también dolosamente. Otorgándole pues un papel decisivo de acotación de la punición al elemento subjetivo del tipo de participación; lo que muestra la inviabilidad de determinar la gravedad de la intervención sólo con el tipo objetivo que ha pretendido muy agudamente Jakobs.

En cambio, frente a la imposibilidad de acotar la intervención de forma puramente objetiva, prescindiendo del elemento subjetivo, la tesis de Jakobs según la cual la intervención sólo es pensable en conducta principal culpable, es perfectamente asumible, pues al fin y al cabo lo único relevante es que la intervención requiere dolo en conducta principal también dolosa, y el dolo no es sino elemento esencial también de la culpabilidad, adelantado en la historia del dogma, desde allí, a la tipicidad; siendo en la culpabilidad donde juega su papel decisivo previo a la punición.

Se puede pues prescindir de la llamada accesoriedad interna de la participación, ya que de ella no cabe derivar ningún efecto estructural sobre la intervención. Y se podría, también, prescindir de la accesoriedad externa, ya que de ella sólo cabe derivar la condición (objetiva, si se quiere) del comienzo de la ejecución para la responsabilidad de toda intervención. Pero de lo que no puede prescindirse es de

la referencia que el hecho (ejecutivo) del autor supone para el tipo que realiza el interviniente no ejecutivo, que siempre contiene un delito intencional. Ese es el único sentido ineludible de la accesoriedad de la participación en teoría del delito.

El dogma de la accesoriedad de la participación, en estos términos tan elementales, es correlato simétrico de que no cabe concebir el delito sin autor (coautor, en su caso), como su figura central.

La imagen que lo representa, la del autor único que ejecuta él solo la totalidad del tipo, se construye en el caso difícil de la coautoría con el elemento característico de la preparación del delito dado por la inducción (mutua) común a la conspiración y la coautoría, y el elemento de intervención conjunta (en su caso con el reparto de roles acordados) característico de la ejecución del delito.

Que Jakobs y sus discípulos consideren la coautoría como forma de participación y no de autoría, admitiendo como contrapartida que pueda ser autor también quien no intervino en la ejecución, pero en la preparación jugó un papel decisivo (como el jefe de la banda, p. ej.); que, por tanto, consideren que el delito es la obra de todos los intervinientes, para cuyo tratamiento punitivo la distinción cualitativa tradicional entre autores y partícipes puede ser un corsé insufrible, está siendo un revulsivo para seguir reflexionando sobre tan arduo capítulo de la teoría del delito. Pero el hecho de que los mismos normativistas, cuando proceden a cuantificar la gravedad de cada aportación de los diversos intervinientes en el delito, tomen de referencia la influencia que cada uno ha ejercido en los demás y el grado de importancia que ha tenido en la consumación del delito, es decir, los mismos criterios en que se basa la distinción cualitativa tradicional entre autor y partícipe, muestra que probablemente no estemos ante un profundo cambio de paradigma en la materia y sí, más bien, ante la necesidad de practicar un sincretismo metódico, sí de nuevo cuño, de lo normativo y lo ontológico que ha venido dividiendo a la Dogmática penal a lo largo del siglo XX.

7. Conclusiones

Accesoriedad de la participación es fiel reflejo del dominio del hecho a través del elemento objetivo/subjetivo.

Accesoriedad objetiva en los términos de Jakobs constituye sólo un primer escalón que únicamente cobra pleno sentido a efectos de la responsabilidad a la luz del tipo subjetivo.

Conviene contemplar la teoría de la intervención de Jakobs sin prescindir de la concepción de la accesoriedad tradicional de la época del domino del hecho para que sea fecunda.

La cuestión discutida en este ensayo es una muestra más, la más elocuente, junto con la teoría de la tentativa, de que no se pueden escindir tipo objetivo y tipo subjetivo en la fundamentación del injusto del siglo XXI.

Bibliografía

- Alonso Rimo, Alberto, *El tipo subjetivo de los actos preparatorios del delito. Un estudio de las figuras preparatorias de la Parte General y Especial del Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Baumann, Jürgen, et al., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, ed., 2. Auflage, Mohr, Tübingen, 1969.
- Cuello Contreras, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito (Los actos preparatorios de la participación)*, Bosch, Barcelona, 1978.
- «Neofinlismo y normativismo: condenados a entenderse», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, núm. 16, 2005, pp. 11 ss.
- *El Derecho penal español, Parte general, Nociones introductorias, Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002 (<http://hdl.handle.net/10662/10298>).
- *El Derecho penal español, Parte General, volumen II, Teoría del delito (2)*, Dykinson, Madrid, 2009 (<http://hdl.handle.net/10662/9554>).
- *Teoría del delito más allá del naturalismo y el normativismo*, Bdef, Buenos Aires /Montevideo, 2021.
- «¿Tipicidad sin tipo subjetivo? Sobre lo inescindible del tipo objetivo y el tipo subjetivo en teoría del delito» (2020), en *Teoría del delito*, pp. 311 ss.
- «¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso?» (2012), en *Teoría del delito*, pp. 133 ss.
- «Dolo e imprudencia como magnitudes graduales de injusto» (2009), *Teoría del delito*, pp. 29 ss.
- «Competencia y acción como premisas realistas de un sistema normativo de imputación penal. Consideraciones críticas sobre el pensamiento de Jakobs y Pawlik», *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, núm. 38, 2022, pp. 395 ss.
- *La evolución de la teoría del delito en el fin de siglo. Normativismo—objetivismo—subjetivismo*, Servicio de Publicaciones. Universidad de Extremadura, Cáceres, 2025.
- Dencker, Friedrich, *Kausalität und Gesamtat*, Dunker&Humblot, Berlín, 1996.
- «Beteiligung ohne Täter», *Festschrift für Klaus Lüderssen*, ed. Prittwitz et al., Nomos, Baden-Baden, 2002. 525 ss.

- Eser, Albin / Burkhardt, Biörn, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. Bacigalupo, Silvina, et al., Colex, Madrid, 1995.
- Falcone, Andrés, «Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho. La coautoría como expresión mancomunada de sentido», *InDret*, 3. 2017, pp. 1 ss.
- Falcone (ed.), *¿Autonomía y accesoriedad? Hacia un sistema de intervención delictiva superador del dominio del hecho*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- Frister, Helmut, *Die Struktur des "volutativen Schudelements". Zugleich eine Analyse des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- «Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme», *Festschrift für Friedrich Dencker*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, pp. 119 ss.
- Gil Gil, Alicia, «El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención» *RDPC*, 2ª época, 6, 2000, 103 ss.
- «Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto», *RDPC*, 2ª época, 15, 2005, 95 ss.,
- Jakobs, Günther, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras / Serrano González de Murillo (original alemán: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín, 1991), Marcial Pons, Madrid, 1995.
- «La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión» (1977), trad. Cancio Meliá, en: Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, ed. Peñaranda Ramos, Enrique, et al., UAM / Civitas. Madrid, 1997, pp. 241 ss.
- «Accesoriedad. De los presupuestos de la organización en común», en Falcone (ed.), *¿Autonomía y accesoriedad?*, trad. de Sancinetti, 249 ss. (original alemán: «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organatitation», *Golt-dammer's Archiv für Strafrecht*, 143, 1996, pp. 253 ss.).
- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. Cancio Meliá, Manuel / Feijóo Sánchez, Bernardo), Thomson/Civitas, Madrid, 2003.
- *Teoría de la intervención* (original alemán, *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014), trad. Pastor Muñoz, Nuria, 2016, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- Kaufmann, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Cuello Contreras, Joaquín / Serrano González de Murillo, José Luis, Marcial Pons, Madrid, 2006.

- Kluszczewski, Diethelm, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat*, Habilitationsschrift, Hamburg, 1998 ([www.unileipzig.de/-rphil/www\(bibliothek.html\)](http://www.unileipzig.de/-rphil/www(bibliothek.html))).
- Küper, Wilfried, «Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehrere Tatbeteiligten. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft», *Juristenzeitung*, 23/24, 1979, pp. 775 ss.
- Lüderssen, Klaus, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden, 1967.
- Orozco Pérez, Hernán Darío, «Jakobs' Theorie der Beteiligung», en: Kindhäuser, Urs, et al. (eds.), *Strafrechts und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 585 ss.
- «La graduación de la intervención delictiva. *Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho (Tatprägung)*», *InDret*, 1.2021, pp. 150 ss.
- Pawlik, Michael, «"Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menchenalter"? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht», *FS für Harro Otto*, ed. Dannecker, Gerhard, et al., Heymanns, Köln, 2007, p. 133 ss.).
- Peñaranda Ramos, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Puppe, Ingeborg, «Die Architektur der Beteiligungsformen», *GA*, 2013, pp. 514 ss.
- Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- «La estructura de la intervención en el delito», en Falcone (ed.), *¿Autonomía y accesoriedad?*, pp. 145 ss.
- Roxin, Claus, «Política criminal y dogmática penal hoy en día», en: *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. Manuel Abantos Vázquez, Grijley, Lima, 2007, p. 41 ss.
- Sancinetti, Marcelo A., *El ilícito propio de participar en hecho ajeno*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- Schroeder, Friedrich-Christian, en: Jescheck, Hans-Heinrich, et. al., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10. Auflage, volumen primero, De Gruyter, Berlin, 1985, volumen primero, comentario § 16.
- Silva Sánchez, Jesús, *Derecho penal, Parte general*, Civitas, Madrid, 2025.
- Vacchelli, Ezequiel, *Intervención delictiva: Significado y función del principio de accesoriedad*, Atelier, Barcelona, 2020.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 08/10/2025 || Aceptado: 03/12/2025

Postulados jurídicos, económicos y sociales de los partidos ultranacionalistas en Europa Occidental

Legal, economic, and social stances of ultranationalist parties in Western Europe

Javier Matamoros-Becerra  0000-0001-9296-3004

Universidad de Extremadura, España.

jmatamorosbecerra@unex.es

Resumen

Ante el reciente aumento del apoyo a partidos ultranacionalistas en Europa Occidental, y la heterogeneidad de términos utilizados para referenciarlos, este artículo analiza las posiciones ideológicas de esta familia política desde una perspectiva jurídica, económica y social. Para satisfacer tal fin se ha utilizado la base de datos *Chapel Hill Expert Survey* en su séptima versión (2025) considerando los diecisiete partidos políticos ultranacionalistas existentes en Europa Occidental con representación en el Parlamento Europeo tras las elecciones celebradas en 2024. La principal conclusión extraída es que estos partidos, a pesar de contar con algunos rasgos diferenciados dependiendo del país, mantienen un marco común de defensa del Estado-nación frente a proyectos supranacionales como la Unión Europea, rechazan la inmigración y defienden postulados proteccionistas frente al libre comercio global. El rechazo a la inmigración y la oposición a la ampliación de derechos a minorías étnicas son las dos posiciones más radicales del ultranacionalismo y en las que existe un mayor consenso. No obstante, la moderación programática en asuntos económicos y la diversidad de posturas en asuntos sociales donde históricamente el ultranacionalismo se había posicionado de una forma extremadamente conservadora, como en el rechazo al matrimonio de personas del mismo género, separan esta nueva ola ultranacionalista de la derecha radical de los años 80. Con estos resultados se aporta luz ante la confusión terminológica para referirse a estos partidos políticos tanto en la literatura académica como en los medios de comunicación.

Palabras clave: Partidos ultranacionalistas; Ideología; Estado-nación; Proteccionismo; Inmigración

Abstract

Given the recent rise in support for ultranationalist parties in Western Europe, and the heterogeneity of terms used to refer to them, this article analyzes the ideological positions of this political family from a legal, economic and social perspective. To this end, the seventh version (2025) of the Chapel Hill Expert Survey database has been used, considering the seventeen ultranationalist political parties in Western Europe with representation in the European Parliament following the 2024 elections. The main conclusion drawn is that these parties, despite having some distinctive features depending on the country, maintain a common framework of defending the nation-state against supranational projects such as the European Union, reject immigration, and defend protectionist positions against global free trade. Rejection of immigration and opposition to the extension of rights to ethnic minorities are the two most radical positions of ultranationalism and those on which there is the greatest consensus. However, programmatic moderation on economic issues and diversity of positions on social issues where ultranationalism had historically taken an extremely conservative stance, such as the rejection of same-sex marriage, separate this new wave of ultranationalism from the radical right of the 1980s. These results shed light on the terminological confusion surrounding these political parties in both academic literature and the media.

Keywords: Ultranationalist parties; Ideology; Nation-state; Protectionism; Immigration

Sumario

1. Introducción
2. Situación actual del ultranacionalismo en Europa Occidental
3. Metodología
4. Resultados
5. Un caso concreto del ultranacionalismo: Extremadura
6. Conclusiones

I. Introducción

En los últimos lustros, Europa Occidental ha constatado un fuerte auge de diferentes partidos ultranacionalistas. A título de ejemplo, en las últimas elecciones al Parlamento Europeo (celebradas en junio del pasado año 2024) diferentes partidos ultranacionalistas fueron los más votados en países tan diversos como Italia, Francia, Austria o Bélgica. Un caso paradigmático es Italia, gobernada por la líder de un partido abiertamente ultranacionalista, *Fratelli d'Italia*¹, y *vicepresidido por el secretario federal de otro partido de esta misma índole (Lega*²*)*.

Este influjo ultranacionalista no se circunscribe únicamente al caso europeo. La nueva elección del candidato Donald Trump como presidente de los Estados Unidos de América es buen ejemplo de ello, y la política proteccionista y contraria a la inmigración son las mejores descripciones de las consecuencias del ascenso del ultranacionalismo al poder gubernamental. Incluso América Latina ha atestiguado recientes éxitos electorales en candidaturas nacionalistas, como las protagonizadas por Jair Bolsonaro (en Brasil) y José Antonio Kast (Chile). Este fenómeno es bastante novedoso en América Latina puesto que históricamente la frustración ciudadana ha tendido a ser canalizada a través de partidos de izquierda radical (Zanotti et al., 2023).

El auge de estos partidos políticos ha fomentado que no sólo politólogos, sino también economistas, se interesen por el fenómeno (Autor et al., 2016; Dijkstra et al., 2019; Essletzbichler et al., 2018; Rodríguez-Pose, 2018; Rodrik, 2018). Aunque no formen parte del objetivo central de esta investigación, huelga decir que existe una enorme heterogeneidad de factores subyacentes explicativos en el apoyo a los partidos ultranacionalistas en Europa Occidental.

Existe una relación positiva entre un bajo estatus social subjetivo, en comparación con los progenitores, y el apoyo tanto a partidos ultranacionalistas como de izquierda radical (Bolet, 2023). Sin embargo, ambas familias ideológicas se diferencian en que los votantes ultranacionalistas tienen opiniones contrarias a la inmigración y los de izquierda radical muestran preferencias hacia la redistribución de rentas. Otras investigaciones también incluyen tanto partidos de izquierda radical como ultranacionalistas (McManus, 2023). La conclusión es similar, mientras que los votantes de izquierda radical están más preocupados por asuntos socioeconómicos -como la redistribución de las rentas y el igualitarismo- los votantes ultranacionalistas se focalizan en asuntos socioculturales (relacionados con la identidad nacional, la cultura y la inmigración).

Según Fernández García et al. (2025), el nivel de rentas de una localidad, en relación con sus vecinas, es importante a la hora de explicar el voto a partidos antisistema

1. Hermanos de Italia

2. Liga. Se trata de una nueva denominación, ya que este partido ha sido conocido históricamente como *Lega Nord*.

-como los ultranacionalistas, pero no sólo- en Francia. Con un trabajo centrado en Alemania, otra reciente investigación concluye que la llegada de solicitantes de asilo aumenta el voto ultranacionalista (Tomberg et al., 2021). Por su parte, Mutascu et al. (2025) destacan en su investigación la importancia de las redes sociales (particularmente, *Facebook* y *LinkedIn*) para explicar el éxito de partidos ultranacionalistas en la Unión Europea.

Pasando a los trabajos centrados específicamente en España, Campdepadrós-Culléll et al. (2020) analizan la relación entre la implementación de una determinada política educativa, caracterizada por la redistribución geográfica de estudiantes inmigrantes en un municipio, y el apoyo al ultranacionalismo utilizando el municipio catalán de Vic como caso de estudio. La principal conclusión del trabajo es la existencia de una relación entre la diseminación de inmigrantes en el municipio y el apoyo al ultranacionalismo.

Las elecciones al Parlamento de Andalucía, celebradas en diciembre de 2018, constituyeron el primer éxito electoral del ultranacionalismo en España -personificado en el partido político *Vox*- entrando por primera vez en un parlamento regional (con un apoyo del 10,96%). Por ello, la academia española ha centrado sus esfuerzos en las características socioeconómicas de esta región que sirvieron como punta de lanza para este partido político (Iglesias-Pascual et al., 2021; Ortega et al., 2022; Ramírez Dueñas, 2021).

La presencia de inmigrantes por causas económicas está asociada con un mayor porcentaje de apoyo al ultranacionalismo en Andalucía (Iglesias-Pascual et al., 2021). No obstante, las áreas analizadas con mayor concentración de población árabe tienden a votar en menor medida a *Vox* mientras que lo contrario ocurre con la población procedente de Rumanía. Además, en contra de la evidencia científica en otros países de Europa Occidental, las áreas con mayor porcentaje de la población con estudios terciarios apoyan más al ultranacionalismo.

Por su parte, en las conclusiones de Ramírez Dueñas (2021) y Ortega et al. (2022) se encuentran que entre el votante de *Vox* en Andalucía no se encuentran las tradicionales clases trabajadoras empobrecidas por la globalización económica, como ha sucedido en buena parte de Europa Occidental, ni una actitud negativa hacia la inmigración. Según la conclusión de estos autores, el voto ultranacionalista en Andalucía es más bien una respuesta de ciudadanos conservadores preocupados por la unidad nacional en el contexto del frustrado proceso independentista en Cataluña. Cabe también reseñar el trabajo de Crespo Martínez y Mora Rodríguez (2022) al estar centrado en la Región de Murcia, siendo la autonomía que más fervientemente apoya al ultranacionalismo en el conjunto del país. Su principal conclusión es que el voto ultranacionalista en España, al menos en la Región de Murcia, percibe a la inmigración como competidora en la esfera económica y enemiga en lo cultural.

A pesar de los triunfos electorales y del interés académico (y mediático), no existe un patrón unitario para denominarlos. Así, en la literatura académica aparecen denominados con diferentes términos como partidos de derecha radical (Afonso, 2021; Sipma et al., 2023; Sipma y Berning, 2021), extrema derecha (Artelaris y Mavrommatis, 2021; Crespo Martínez y Mora Rodríguez, 2022; Iglesias-Pascual et al., 2021), populistas de derecha radical (Cordero et al., 2022; Diehl et al., 2021; Essletzbichler y Forcher, 2022) o ultranacionalistas (Matamoros-Becerra, 2024). Un término en boga en los últimos años es populismo. Según Mudde y Rovira-Kaltwasser (2019), dicha ideología trata de dividir a la sociedad en dos grupos homogéneos y antagónicos reduciendo problemas complejos a soluciones dicotómicas. Adicionalmente, el populismo necesita una ideología fuerte en la que anclarse (socialismo, nacionalismo, agrarismo...) imposibilitando que el término populista por sí mismo diga gran cosa.

Ante esta enorme heterogeneidad denominativa, la presente investigación tiene por objetivo central analizar las características ideológicas de esta familia política considerando sus posicionamientos en asuntos jurídicos, económicos y sociales. La principal conclusión extraída del trabajo es que los partidos ultranacionalistas existentes en Europa Occidental se caracterizan por una defensa a ultranza del Estado-nación frente a proyectos supranacionales, como el representado por la Unión Europea, rechazan la inmigración y son proteccionistas frente al libre comercio global protegiendo -supuestamente- el productor nacional. Se diferencian de la derecha radical característica en los años '80 en que no muestran posturas ultraliberales en la faceta económica ni son radicalmente conservadores en la esfera social. El artículo espera alumbrar el escenario académico y mediático detallando las características específicas de esta creciente familia política europea. Para alcanzar estos resultados se ha utilizado la séptima versión de la base de datos *Chapel Hill Expert Survey*.

Tras esta breve introducción, se procede a continuación a describir la situación del ultranacionalismo en Europa Occidental con especial énfasis en los cuatro países más poblados de Europa Occidental³ -Alemania, Francia, Italia y España, por este orden- y Portugal por cuestiones de vecindad geográfica. Acto seguido, se procede a describir la metodología llevada a cabo y se muestran los resultados. El apartado quinto muestra, a título de ejemplo, las principales líneas ideológicas de un partido ultranacionalista. Concretamente, se describen los postulados del partido Vox en Extremadura durante las últimas elecciones autonómicas del 2025 utilizando su propio programa electoral para dichos comicios. El artículo finaliza con la exposición de las principales conclusiones del trabajo y las referencias bibliográficas utilizadas.

3. Se concibe Europa Occidental como la primogénita UE-15, descontando Reino Unido tras su proceso de salida de la Unión Europea.

2. Situación actual del ultranacionalismo en Europa Occidental

Aunque el crecimiento del apoyo al ultranacionalismo es una característica del conjunto de Europa Occidental, este hecho no se ha producido de forma homogénea en el conjunto de esta área geográfica. Así, tal y como se puede observar en la Figura 1, tomando como referencia el resultado de las últimas elecciones al Parlamento Europeo (celebradas en junio de 2024), cohabitan países donde más de una cuarta parte del electorado apoya fuerzas ultranacionalistas -como Italia, Francia y Austria- con países en los que los partidos ultranacionalistas no han logrado florecer (Irlanda y Luxemburgo).



Figura 1: Situación actual del ultranacionalismo en Europa Occidental. Fuente: Elaboración propia a partir de European Parliament (s.f.)

Una ventaja considerable de utilizar como referencia el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo es que éstas se celebran simultáneamente en todos los países miembros de la Unión Europea, recogen una serie larga de datos en el tiempo y favorecen la representación real del apoyo a partidos político al existir bajos umbrales de entrada (Halikiopoulou y Vlandas, 2016; Nicoli y Reinl, 2020).

Con la excepción de Italia (apoyo electoral al ultranacionalismo del 37,74%), es constatable que los países de Europa Meridional apoyan en menor medida a estos partidos políticos. En España (apoyo del 14,20%), Grecia (12,34%) y Portugal (9,99%) se dan una serie de características comunes que imposibilitan un mayor despliegue de este tipo de partidos: reciente presencia de dictaduras de extrema derecha, partidos fuertes de la familia democristiana, inexistencia de un Estado del

Bienestar tras la II Guerra Mundial, entrada en la Unión Europea en los años 80, países netamente receptores de ayuda comunitaria hasta la ampliación de la Unión Europea a los países de Europa del Este y mayor afección de la Gran Recesión (Ellinas, 2013; Halikiopoulou y Vasilopoulou, 2018).

Los estudios sobre el apoyo a partidos ultranacionalistas tienden a estar focalizados a nivel estatal, obviando particulares regionales y provinciales (Cordero et al., 2022). Por ello, a continuación, se procede a expresar las características del apoyo subnacional no sólo en España sino además en los tres países más poblados de la Unión Europea -Alemania, Francia e Italia- y en Portugal (por motivos de vecindad). En el caso de España e Italia se desagregan los datos por provincias, mientras que en el caso de Francia se ofrecen los datos a nivel de departamento -sin contar con los departamentos de ultramar- y en Alemania se ofrece la información de cada uno de los 16 *länder* que constituyen el país. En los casos de España, Francia e Italia, la desagregación de datos corresponde a nivel NUTS3⁴, mientras que en el caso de Alemania la desagregación corresponde al nivel NUTS1. Sin embargo, en el caso de Portugal los 23 NUTS3 no equivalen a los distritos portugueses ya que están formados por municipios pertenecientes a diferentes distritos. Por ello, se toma en consideración los 20 distritos electorales portugueses, una vez descontadas las circunscripciones de votantes residente en el extranjero. La Tabla 1 siguiente resume el número de datos subnacionales utilizados en cada país.

Tabla 1: Desagregación de datos subnacionales

País	Número de áreas	Desagregación
Alemania	16	<i>Länder</i>
España	52	Provincias
Francia	96	Departamentos
Italia	107	Provincias
Portugal	20	Distritos

Fuente: Elaboración propia

Pasando a retratar la situación actual en España, a través de la Figura 2, se puede observar que las provincias del sudeste del país (Murcia y Almería) son las que en mayor medida votan al ultranacionalismo en España. También apoyan en gran medida a este ideario en las ciudades autónomas (Ceuta y Melilla), y en provincias colindantes a la Comunidad de Madrid como Toledo y Guadalajara. Por el contrario, las provincias localizadas en regiones con una fuerte identidad regional, como Cataluña, País Vasco y Galicia, votan en menor medida a partidos ultranacionalista.

4. Elemento geográfico de referencia europeo con el fin de homogeneizar los territorios subnacionales, correspondiendo los NUTS1 al menor nivel de desagregación y NUTS3 al mayor.

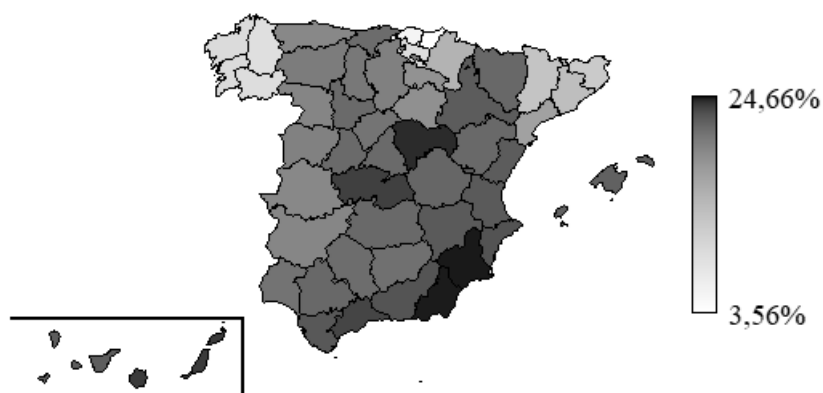


Figura 2: Situación actual del ultranacionalismo en España. Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio del Interior (s.f.)

El ultranacionalismo español está categorizado por recoger dos partidos políticos diferentes en su interior: *Vox*, de una trayectoria algo más amplia (pero con sus primeros éxitos electorales en 2018) y *Se acabó la fiesta*, de reciente gestación. No obstante, a través de la Figura A1 y la Figura A2 (en el anexo) se puede observar que el patrón electoral de ambos partidos es similar, aparentando ser partidos competidores por un mismo electorado.

Pasando a analizar la distribución electoral del ultranacionalismo en Alemania, personificado en el partido político *Alternative für Deutschland* (AfD, en lo sucesivo), se comprueba en la Figura 3 que el apoyo a este partido está capitalizado en los estados que formaron parte de la antigua República Democrática Alemana (RDA). Con la excepción de la ciudad-estado de Berlín, AfD logró un apoyo mayor a una cuarta parte del electorado en todos los *länder* de Alemania Oriental en las últimas elecciones al Parlamento Europeo (2024). Aunque el objetivo de este artículo no sea analizar los determinantes socioeconómicos tras el auge del ultranacionalismo, la frustración de la ciudadanía del Este ante las diferencias socioeconómicas entre regiones alemanas tras varias décadas desde la reunificación parece estar siendo canalizadas por el ultranacionalismo. Por el lado contrario, las regiones que con menor fervor apoyan a estos partidos son las ciudades-estado de Hamburgo, Bremen y la ya mencionada Berlín.

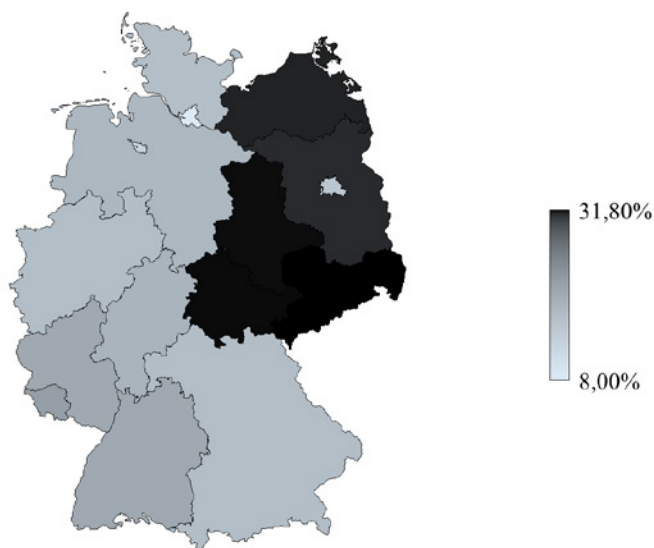


Figura 3: Situación actual del ultranacionalismo en Alemania. Fuente: Elaboración propia a partir de Bundesministerium für Inneres (s.f.)

Pasando a describir la situación en Francia, al igual que ocurre en España, existen dos partidos ultranacionalistas de referencia (*Rassemblement National* y *Reconquête*). En la Figura 4 (donde se muestran únicamente los departamentos en suelo europeo, obviando los territorios de ultramar) se puede observar que los departamentos con mayor apoyo a la suma de estos dos partidos ultranacionalistas se sitúan en áreas colindantes con Bélgica, caracterizados por una prolongada situación de declive industrial. Por el lado contrario, los departamentos que menos fervientemente apoyan al ultranacionalismo en Francia están concentrados en la región *Île de France*, donde se ubica la capital francesa. Realizando una aproximación más detallada al reparto geográfico del voto en ambos partidos de forma específica, la Figura A3 y Figura A4, en el anexo, confirman que *Rassemblement National* tiene su feudo electoral en los departamentos colindantes con Bélgica mientras que en el caso de *Reconquête* dicho feudo queda en departamentos mediterráneos fronterizos con Italia y en la isla Córcega.

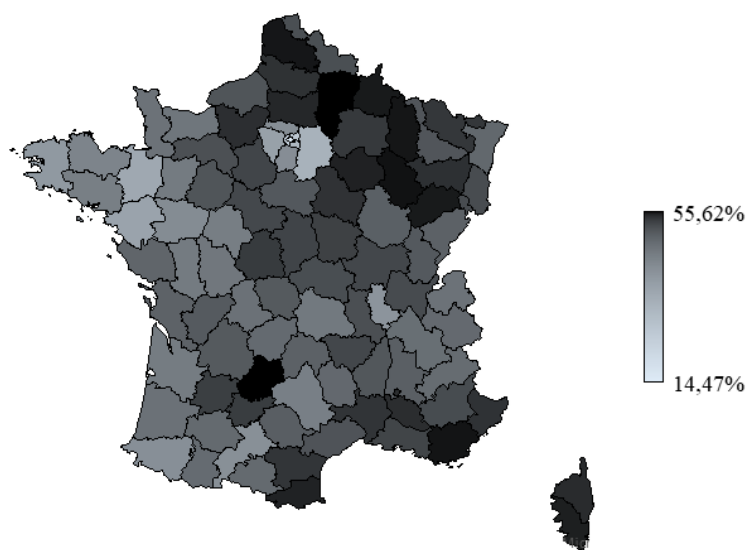


Figura 4: Situación actual del ultranacionalismo en Francia. Fuente: Elaboración propia a partir de Ministère de L'Intérieur, (s.f.)

En el caso de Italia, nuevamente existe la paradoja de existir dos partidos ultranacionalistas: *Lega* y *Fratelli d'Italia* (FDI). Mientras que *Lega* ha tenido una mayor trayectoria política tomando el norte del país como su feudo electoral, FDI tiene una fundación bastante más reciente. En 2012 este partido se segregó del referente electoral del centroderecha ideológico en Italia, *Il Popolo della Libertà* (liderado por Silvio Berlusconi), aunque sus orígenes se remontan al partido posfascista *Movimento Sociale Italiano*.

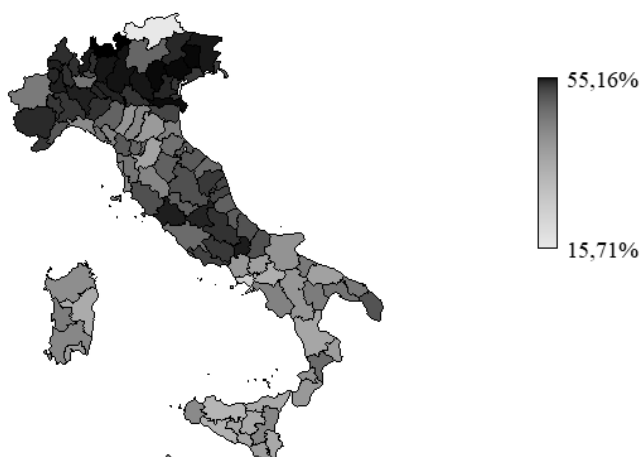


Figura 5: Situación del ultranacionalismo en Italia. Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Ministero dell'Interno (s.f.)

Como se puede observar en la Figura 5, el apoyo al ultranacionalismo en Italia se concentra en el centro y, sobre todo, en el norte del país con la excepción de Bolzano. Esta provincia, perteneciente a la región *Trentino-Alto Adige*, se caracteriza por la fuerte implementación del partido político *Südtiroler Volkspartei*⁵ (SVP) con una fuerte carga regionalista. Al igual que sucede en las regiones españolas Cataluña, País Vasco y Galicia, la existencia de un fuerte sentimiento regionalista impide la expansión de partidos ultranacionalistas. Más allá de esta observación excepcional, las provincias con mayor apoyo al ultranacionalismo -incluso rebasando el 50%- están concentradas en las noroesteñas regiones de *Lombardia*, *Friuli-Venezia Giulia* y *Veneto*. Por el contrario, las provincias con menor respaldo a estos partidos se sitúan en la región meridional de *Campania* y en las islas *Sicilia* y *Sardegna*. Estas diferencias entre el Norte y el Sur se mantienen a pesar de la impronta estatal que tiene el partido ultranacionalista *Fratelli d'Italia* y a pesar de la expansión llevada a cabo por *Lega* bajo el liderazgo de Matteo Salvini, pasando de ser un partido concentrado en el norte del país a concurrir en el conjunto. No obstante, atendiendo a la Figura A5 y Figura A6 (anexo), el apoyo a *Fratelli d'Italia* está algo mejor distribuido a lo largo del país que de *Lega*.

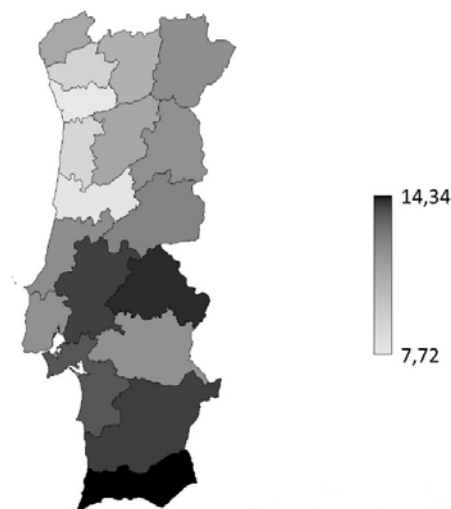


Figura 6: Situación actual del ultranacionalismo en Portugal.
Fuente: Elaboración propia a partir de Ministério da Administração Interna (2024)

Por último, en cuanto a la situación del ultranacionalismo en Portugal, la Figura 6 muestra el reparto geográfico del apoyo dentro del territorio portugués continental. Tal y como se desprende de dicha figura, los distritos costeros del centro-norte del país -como *Porto* y *Coimbra*- son los que votan en menor medida al ultranacionalismo en Portugal. Justo estas áreas están caracterizadas por un mayor nivel educativo entre la población y por unas mayores rentas *per cápita*. Por el contrario, los distritos interiores *Portoalegre* y *Santarém*, y, sobre todo, el turístico distrito de *Faro* son los que en mayor medida se han decantado por el voto a *Chega* (referente ultranacionalista en Portugal).

3. Metodología

Con el fin de cumplir con el objetivo postulado en el presente trabajo, e identificar las características de esta familia política, se ha utilizado la base de datos *Chapel Hill Expert Survey* (CHES, en lo sucesivo). Esta base de datos está constituida por la estimación ideológica en diversos asuntos por parte de reconocidos politólogos de 277 partidos políticos de 32 países europeos actualmente (Rovny et al., 2025). La primera versión de esta base de datos data del año 1999 y en el año 2025 se ha publicado una nueva versión actualizada (la séptima) que recoge al conjunto de partidos ultranacionalistas existentes en Europa Occidental en la actualidad. En varios países cohabitan un par de partidos políticos ultranacionalistas con representación parlamentaria, por ello, la muestra utilizada asciende a 17 aunque ni en Irlanda ni en Luxemburgo tienen presencia.

Tabla 2: Partidos políticos ultranacionalistas analizados

País	Nombre original	Nombre en castellano	Clave
Alemania	<i>Alternative für Deutschland</i>	Alternativa para Alemania	AfD
Austria	<i>Freiheitliche Partei Österreichs</i>	Partido de la Libertad de Austria	FPÖ
Bélgica	<i>Vlaams Belang</i>	Interés Flamenco	VB
Dinamarca	<i>Dansk Folkeparti</i>	Partido Popular Danés	DPP
	<i>Danmarksdemokraterne</i>	Demócratas de Dinamarca	DD
España	<i>Se acabó la fiesta</i>	Se acabó la fiesta	SALF
	<i>Vox</i>	Vox	Vox
Finlandia	<i>Perussuomalaiset</i>	Partido de los Finlandeses	PS
Francia	<i>Rassemblement National</i>	Agrupación Nacional	RN
	<i>Reconquête</i>	Reconquista	REC
Grecia	<i>Elliniki Lisi</i>	Solución Griega	EL
	<i>Foni Logikis</i>	Voz de la Razón	FL
Irlanda	-	-	-
Italia	<i>Fratelli d'Italia</i>	Hermanos de Italia	FDI
	<i>Lega</i>	Liga	Lega
Luxemburgo	-	-	-
Países Bajos	<i>Partij voor de Vrijheid</i>	Partido por la Libertad	PVV
Portugal	<i>Chega!</i>	¡Basta!	Chega
Suecia	<i>Sverigedemokraterna</i>	Demócratas de Suecia	SD

Fuente: Elaboración propia a partir de Acha Ugarte (2021)

En la Tabla 2 se muestran los diferentes partidos analizados partiendo de Acha Ugarte (2021), pero actualizando la información con los resultados electorales provenientes de las últimas elecciones al Parlamento Europeo (2024). Se han tomado como referencia partidos ultranacionalista que hayan conseguido al menos un euro-parlamentario y se hayan integrado en alguno de los eurogrupos en la constitución del Parlamento Europeo. La mayoría de estos partidos han quedado encuadrados en el grupo *Patriots for Europe*⁶, algunos en *European Conservatives and Reformists Group*⁷ (ECR) mientras que *Alternative für Deutschland* y *Reconquête* se han integrado en el grupo *Europe of Sovereign Nations*⁸ (ESN).

Estos tres grupos europarlamentarios tienen diferentes matices dignos de mención. Todos los partidos políticos encuadrados en el grupo *Patriots for Europe* situados en Europa Occidental presentan un ideario ultranacionalista. Sin embargo, éste no es el caso en el grupo ECR. En este eurogrupo se agrupan partidos abiertamente ultranacionalistas, como *Fratelli d'Italia* y el sueco *Sverigedemokraterna*, con otros con posiciones mucho más moderadas en políticas migratorias y hacia la Unión Europea (como, por ejemplo, *Nieuw-Vlaamse Alliantie*⁹ o *Staatkundig Gereformeerde Partij*¹⁰) (Rovny et al., 2025). Por su parte, el grupo europarlamentario ESN tiene su origen en el rechazo a *AfD* por parte de la mayoría de los partidos ultranacionalistas europeos por la relación de algunos líderes del partido con grupúsculos neonazis (Bassets & Verdú, 2024).

Entre las características ideológicas de los partidos ultranacionalistas analizados se han estudiado aquéllas de una naturaleza jurídica (derechos de las minorías étnicas, independencia judicial, derechos de la comunidad LGBTQ+, libertades civiles, derecho al matrimonio entre personas del mismo género, y derechos de la mujer), naturaleza económica (desregulación de mercados, proteccionismo económico, redistribución de las rentas, y política impositiva) y características sociales (cambio climático, descentralización política, política inmigratoria, religión, política rural, y Unión Europea). Todas las variables quedan categorizadas de 0 a 10 (siendo éstos los valores extremos), salvo la variable Unión Europea (1-7). La Tabla 3 sirve de resumen de cada de las variables analizadas, así como una escueta descripción de cada una de ellas y un código para identificarla más fácilmente en el posterior apartado de resultados.

6. Patriotas por Europa.

7. Grupo de los Conservadores y Reformistas Europeos.

8. Europa de las Naciones Soberanas.

9. Alianza Neo-Flamenca (Bélgica).

10. Partido Político Reformado (Países Bajos).

Tabla 3: Variables analizadas

Código	Variable	Descripción
Asuntos jurídicos		
ETN	Minorías étnicas	Posición hacia los derechos de minorías étnicas, siendo 0 estar a favor de forma extrema de la expansión de sus derechos y 10 estar radicalmente en contra.
JUS	Independencia judicial	Posición sobre la independencia judicial, siendo 0 completo apoyo a la independencia del poder judicial y 10 apoyo a que los gobiernos deberían influir sobre el poder judicial.
LGBT	Políticas de igualdad	Posición sobre los derechos de la comunidad LGBTQ+ (adopción, derechos transgénero...), siendo 0 fervientemente a favor y 10 rechazo radical.
LIB	Libertades civiles	Posición sobre libertades civiles, siendo 0 estar radicalmente a favor de su expansión y 10 favorecer medidas rigurosas para luchar contra el crimen.
MAT	Matrimonio igualitario	Posición sobre el derecho al matrimonio entre personas del mismo género, siendo 0 completamente a favor y 10 completamente en contra.
MUJ	Equidad de género	Posición sobre el apoyo a los derechos femeninos (salario igualitario, permisos por motivo de cuidado a familiares, salud reproductiva...), siendo 0 completo apoyo y 10 completo rechazo.
Asuntos socioeconómicos		
DER	Desregulación de mercados	Posición sobre la desregulación de mercados, siendo 0 máxima oposición y 10 completamente a favor.
PRO	Proteccionismo económico	Posición hacia el proteccionismo económico, siendo 0 apoyo radical a políticas de liberalización del comercio global y 10 máximo apoyo a la protección de productores nacionales frente al comercio global.
RED	Redistribución de las rentas	Posición sobre la redistribución de las rentas, siendo 0 completamente a favor y 10 completamente en contra.
TAX	Política impositiva	Posición sobre política impositiva, siendo 0 favorecer encarecidamente la mejora de los servicios públicos, aunque tenga como posible contrapartida aumentos impositivos y 10 estar a favor de reducciones impositivas, aunque pueda tener como contrapartida el empeoramiento de los servicios públicos.
Social		
CLI	Cambio climático	Posición sobre el cambio climático, siendo 0 completamente a favor de la implementación de políticas contra el cambio climático, aunque tengan como contrapartida la reducción del crecimiento económico, y 10 apoyar radicalmente el crecimiento económico, aunque pueda ir en perjuicio del clima.
DES	Descentralización política	Posición sobre la descentralización administrativa a regiones y municipios (siendo 0 completamente a favor y 10 máxima oposición).
INM	Política migratoria	Posición sobre política migratoria, siendo 0 completamente a favor de políticas liberales y 10 favorecer de forma extrema la adopción de políticas restrictivas hacia la inmigración.
REL	Religión	Posición sobre el rol que debe jugar la religión en el terreno político, siendo 0 extrema oposición a su entrada y 10 apoyo radical
RUR	Política rural	Posición sobre política rural, siendo 0 máximo apoyo a los intereses urbanos y 10 máximo apoyo a los intereses rurales.
UE	Unión Europea	Posición sobre la Unión Europea, siendo 1 completamente en contra y 7 completamente a favor.

Fuente: Elaboración propia a partir Rovny et al. (2025)

4. Resultados

Pasando a analizar el posicionamiento de cada uno de los partidos analizados, la Tabla A1 (en el apéndice) detalla pormenorizadamente el posicionamiento de cada uno de los partidos analizados. No obstante, de forma algo más intuitiva, las siguientes figuras reflejan el valor promedio, mínimo y máximo de cada variable.

Iniciando el análisis por los asuntos jurídicos, a través de la Figura 7, se puede observar que los partidos ultranacionalistas tienen una posición radical a favor de la adopción de medidas duras para luchar contra el crimen, aunque vayan en contra de los derechos civiles de la ciudadanía, y se oponen a la expansión de derechos para las minorías étnicas. Adicionalmente, éstas son las dos variables con menor dispersión de toda la esfera ideológica jurídica.

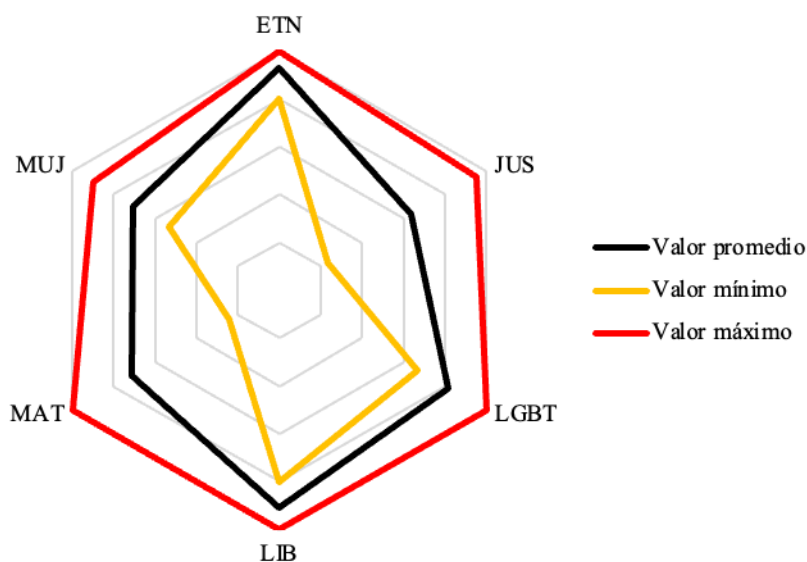


Figura 7: Posicionamiento ideológico del ultranacionalismo en asuntos jurídicos. Fuente: Elaboración propia a partir de Rovny et al. (2025)

Por el contrario, existe una gran disparidad de planteamientos en cuanto a la independencia judicial y la expansión de derechos a matrimonios del mismo género. En el caso de ambas variables los partidos ultranacionalistas de referencia en Dinamarca y *Partij voor de Vrijheid* (Países Bajos) se muestran muy a favor de que el poder judicial sea completamente independiente y están muy a favor del derecho al matrimonio entre personas del mismo género. Por otro lado, los partidos ultranacionalistas localizados en Grecia muestran el planteamiento completamente contrario. Aunque también existen disparidades en políticas de igualdad y equidad de género, éstas no son tan acusadas.

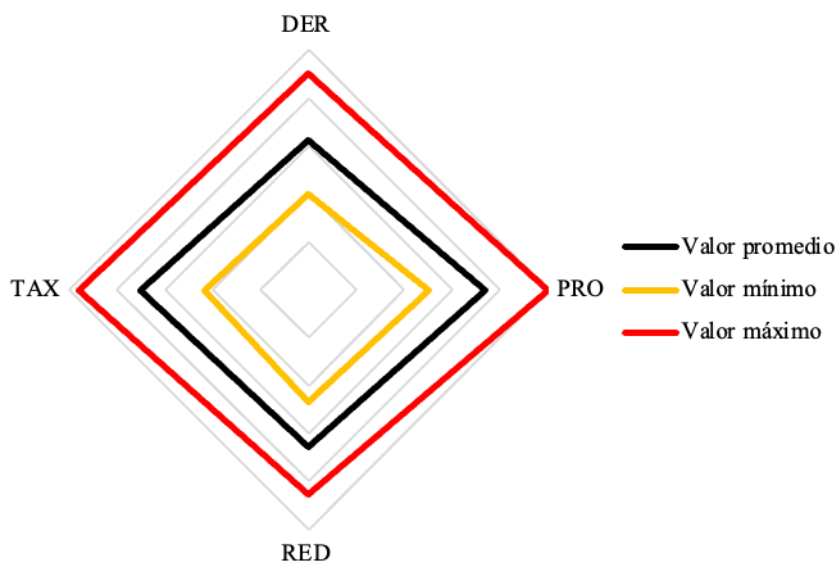


Figura 8: Posicionamiento ideológico del ultranacionalismo en asuntos económicos. Fuente: Elaboración propia a partir de Rovny et al. (2025)

Pasando al ámbito económico, éste es el área en el que se observan valores más moderados. Siguiendo la Figura 8, se puede constatar que el valor promedio más alto enmarca en torno a la variable proteccionismo. Concretamente, a favor de la protección de productores nacionales frente al libre comercio global. En este apartado llama la atención las posiciones ultraliberales de los dos partidos ultranacionalistas de referencia en España.

Pasando a retratar el posicionamiento de estos partidos en la esfera social, se constata a través de la Figura 9 la política restrictiva hacia la inmigración de estos partidos. Se trata de la variable que muestra el valor más radical de todo el modelo, estando el posicionamiento muy cercano a incentivar políticas absolutamente restrictivas hacia la inmigración y, a la par, es la variable que genera mayor homogeneidad de posiciones entre el ultranacionalismo en Europa Occidental.

Igualmente, existe cierta homogeneidad ideológica entre el ultranacionalismo a la hora de priorizar el crecimiento económico frente a la protección medioambiental. Por el lado contrario, los principios religiosos y la descentralización política son los dos asuntos que generan una mayor disparidad de opiniones de todos los analizados. Dentro de esta familia política cohabitan partidos profundamente laicos, como los dos de referencia en Dinamarca y *Rassemblement National*, con partidos ultranacionalistas que están muy a favor de la integración de la religión en la vida política (como son los representantes de esta familia en Grecia y España).

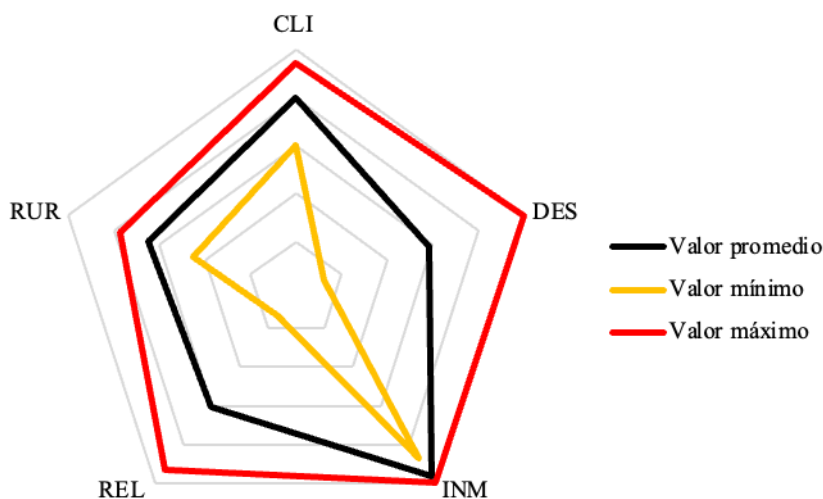


Figura 9: Posicionamiento ideológico del ultranacionalismo en asuntos sociales. Fuente: Elaboración propia a partir de Rovny et al. (2025)

En cuanto a la política descentralizadora, es completamente comprensible la existencia de importantes disparidades ideológicas al reunir en una misma familia partidos como *Vlaams Belang* y *Lega*, que aspiran a mayor autonomía para una parte territorial concreta (Flandes y, la imaginaria, Padania, respectivamente) con un partido como *Vox* que floreció a consecuencia de los deseos de unidad nacional de sus votantes frente al frustrado proceso de independencia en Cataluña. En cuanto a la política rural, los postulados ideológicos de estos partidos son bastantes moderados.

Debido a las especificades de la variable posición ideológica sobre la Unión Europea, categorizada de 1 a 7 (en vez de 0-10, como el resto de las variables), se muestra de forma independiente en la Figura 10. Como se puede apreciar en la referida figura, el valor promedio es bastante bajo ilustrando que el ultranacionalismo en Europa Occidental se muestra en buena medida contrario al proyecto de la Unión Europea y vinculado con la idea del Estado-nación.

No obstante, al igual que sucede en el caso de varias variables, se aprecia una cierta heterogeneidad de posiciones. Así, en esta familia ideológica se encuentran partidos políticos que se muestran algo en contra del proyecto europeo (*Chega*, *Fratelli d'Italia*, *Vox* y *Se acabó la fiesta*) con otros partidos de esta familia que se encuentran profundamente en contra: *Partij voor de Vrijheid*, *Lega*, *Reconquête* y *Alternative für Deutschland*. Especialmente estrambótico es el caso de los dos partidos ultranacionalistas de referencia en Italia por sus posiciones contrapuestas.

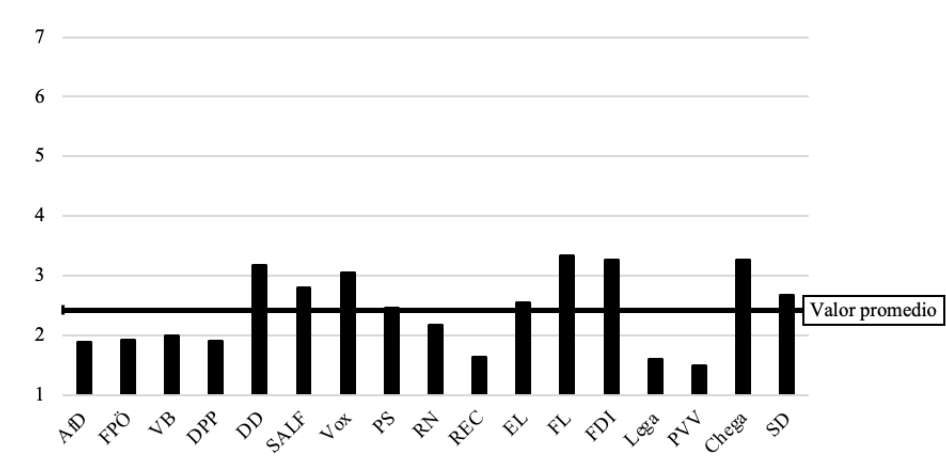


Figura 10: Posicionamiento ideológico del ultranacionalismo sobre la Unión Europea. Fuente: Elaboración propia a partir de Rovny et al. (2025)

5. Un caso concreto del ultranacionalismo: Extremadura

En aras a profundizar en las propuestas ideológicas del ultranacionalismo, se expone en el presente apartado el programa ideológico del partido ultranacionalista Vox en las elecciones autonómicas celebradas el 21 de diciembre del 2025 en Extremadura. Dichos comicios vinieron a representar un fuerte auge del ultranacionalismo, pasando Vox de 5 diputados (respaldo de 8,1%) a 11 en la Asamblea de Extremadura (y un apoyo del 16,9%) (Junta de Extremadura, s.f.).

El programa electoral en estos comicios está constituido por 404 propuestas estructuradas en doce bloques temáticos (VOX, s.f.). A pesar de haber constatado la importancia que tiene el rechazo a la inmigración el conjunto del ultranacionalismo en Europa Occidental, es especialmente llamativo el escaso espacio que ostenta esta materia en el programa. El apartado centrado en la inmigración ocupa el antepenúltimo lugar de todo el documento siendo uno de los más escuetos. En este apartado, se propone repatriar (propuesta 285), remigrar (286) y deportar (287) a toda persona migrante que haya accedido a España a través de cauce no legales, viva a base de ayudas sociales, y delinquen o “impongan” culturas supuestamente ajenas a la española. Así mismo, se propone priorizar la población nativa en el acceso a ayudas y servicios públicos (289) y una fiscalidad diferenciada en la adquisición de viviendas para compradores no comunitarios (328). Adicionalmente, el rechazo a la inmigración aparece de soslayo en diferentes apartados del documento. Así, en el apartado “Protección de los trabajadores” se propone reducir las cotizaciones a las empresas que contraten trabajadores de forma indefinida... siempre que sean nativos.

En cuanto a la multiculturalidad, Vox se opone la construcción de mezquitas (301) y veta la celebración de festividades ajenas a la supuesta identidad nacional y/o extremeña (305). A título de ejemplo, se rechaza la “fiesta del cordero” por, esgrimen, erosionar la identidad nacional (168).

La escasa importancia dada a los aspectos relacionados con la inmigración en la oferta programática del ultranacionalismo en Extremadura tiene bastante lógica tomando en consideración que la región es la que tiene un menor porcentaje de población inmigrante (3,31%) en contraposición con otras regiones como Islas Baleares (18,84%), Cataluña (16,23%), Comunidad Valenciana (15,30%) o el total estatal (11,62%). (INE, s.f.).

El aspecto que, sin duda, atraviesa el conjunto del programa electoral es la crítica al bipartidismo. Es decir, a los dos principales partidos en el ámbito estatal (Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español¹¹) y su posicionamiento conjunto en multitud de materias: política migratoria, energética, disposición autonómica del estado, política climática, política educativa... Tal es la importancia dada a la crítica del bipartidismo que ocupa el primer apartado del programa electoral (llamado “Acabar con la estafa del bipartidismo: lucha decidida contra la corrupción y derogación de todas las leyes ideológicas”). Adicionalmente, en la página cinco del documento -ocupando toda la página- se presenta una imagen de los líderes de los dos principales partidos estatales en una actitud cordial y sonriente delante de uno de los principales monumentos regionales (Puerta Palmas, Badajoz). Así mismo, en forma de corolario, el programa se cierra con las imágenes de las candidaturas a la presidencia autonómica del PP (María Guardiola Martín) y del PSOE (Miguel Ángel Gallardo Miranda) bajo el lema “Que no te estafen”.

Otro aspecto que atraviesa los postulados de este partido político ultranacionalista a lo largo y ancho de su oferta programática es el rechazo a las políticas medioambientales o, en sus propias palabras, “fanatismo climático” (propuesta 39). Este posicionamiento se hace tangible, por ejemplo, en el rechazo a las zonas de bajas emisiones (34) o en el apartado circunscrito al sector primario.

Pasando al apartado económico, se constata los postulados ultraliberales de Vox al proponer una rebaja intensa de tasas e impuestos directos e indirectos (355). No en vano, uno de los doce apartados que componen el programa electoral se denomina “Bajada radical de impuestos”. El carácter aislacionista del ultranacionalismo español es palpable a través de la exigencia de suspender y revistar inmediatamente todos los acuerdos entre la Unión Europea y países extracomunitarios que supongan un perjuicio económico al sector agroalimentario (183) y la propuesta de bonificar e

11. PP y PSOE, en lo sucesivo.

implementar deducciones fiscales a las empresas que adquirieran producto nacional con el fin de priorizar a proveedores nacionales.

En lo referente al apartado de derechos civiles, libertades civiles y religión es destacable la importancia predominante a la revalorización de la familia y el matrimonio (332), así como una llamada a erradicar las políticas de género (17 y 389). No existe una mención explícita a la religión católica en el programa electoral, pero sí un rechazo al resto de religiones, principalmente al islamismo, en defensa de una supuesta identidad patria.

Las referencias al ámbito jurídico son muy escasas en el documento programático y están focalizadas en la persecución de la corrupción y el clientelismo (251) con especial énfasis en el caso de presunto “enchufismo” (presunto delito de prevaricación administrativa y tráfico de influencia) del hermano del presidente del gobierno estatal en la Diputación de Badajoz.

6. Conclusiones

El trabajo expuesto en este artículo ha tratado de plasmar las principales dosis ideológicas del ultranacionalismo en Europa Occidental. Debido al fuerte auge que han tenido estos partidos en los últimos años, un número nada desdeñable de académicos han centrado sus investigaciones en esta creciente familia ideológica y los medios de comunicación les han dado un importante eco mediático. Sin embargo, se ha utilizado una amplia amalgama terminológica para referirse a estos partidos: derecha radical, extrema derecha, populistas e, incluso, algún autor ha acuñado el término ultranacionalistas.

La principal contribución de este artículo es tratar de aportar un poco de luz mostrando el ideario ideológico de esta renovada familia ideológica desde una óptica de sus postulados jurídicos, económicos y sociales. Si bien es cierto que los diecisiete partidos políticos ultranacionalistas existentes en Europa Occidental muestran una gran disparidad de postulados en algunos puntos, como en lo concerniente al papel que debe jugar la religión en la vida política y la descentralización político-administrativa del Estado, en el caso de otros asuntos mantienen unos posicionamientos homogéneos que los permite ser categorizados como una familia política compacta.

Concretamente, estos partidos se posicionan defensores del Estado-nación rechazando a la inmigración, siendo contrarios al proyecto supranacional encarnado por la Unión Europea y defendiendo postulados proteccionistas frente al libre comercio global. De hecho, el rechazo a la inmigración y a la expansión de derechos a minorías étnicas son las dos variables que atestiguan un posicionamiento más radical y con menor disparidad entre el ultranacionalismo en Europa Occidental. Si bien es

cierto que el proteccionismo no es una de las posturas más radicales de esta familia, es el aspecto más radical entre las variables económicas.

La moderación ideológica del ultranacionalismo en materia económica junto a la disparidad de criterios en políticas donde históricamente se había presentado extremadamente tradicionalista (como en lo referente al matrimonio entre parejas del mismo género) diferencian a esta ola ultranacionalista frente a la derecha radical de los 80' caracterizada por una esencia profundamente conservadora en la esfera social y ultraliberal en el ámbito económico (Kitschelt y McGann, 1995).

Este trabajo no se encuentra exento de posibles limitaciones. La investigación plasmada se ha focalizado en Europa Occidental, obviando otros territorios como Estados Unidos, por contar con un sistema electoral muy diferente al existente en Europa Occidental; América Latina, por las características sumamente diferentes de la derecha radical allí radicada con respecto a los partidos analizados; Europa Oriental, debido al extraordinario contexto socioeconómico fruto del legado comunista, y Asia, por ausencia de datos provistos por la base de datos *Chapel Hill Expert Survey* en este continente. Adicionalmente, indicar que se ha obviado la comparación con otras familias ideológicas existentes en Europa Occidental de cara a futuros trabajos más detallados.

Referencias bibliográficas

- Acha Ugarte, Beatriz, *Analizar el auge de la ultraderecha*, Editorial Gedisa, 2021.
- Afonso, Alexandre, “Correlates of aggregate support for the radical right in Portugal”, en *Research and Politics*, 2021, número 8 (3), <https://doi.org/10.1177/20531680211029416>.
- Artelaris, Panagiotis, Mavrommatis, George, “The role of economic and cultural changes in the rise of far-right in Greece: A regional analysis”, en *Regional Science Policy and Practice*, 2021, número 13, volume 2, pp. 353-369, <https://doi.org/10.1111/rsp3.12398>.
- Autor, David H., Dorn, David, Hanson, Gordon H., “The China Shock: Learning from Labor-Market Adjustment to Large Changes in Trade”, en *Annual Review of Economics*, 2016, número 8, volume 1, pp. 205-240, <https://doi.org/10.1146/annurev-economics-080315-015041>.
- Bassets, Marc, Verdú, Daniel, Le Pen y Salvini rompen con la AfD Alemana tras las declaraciones de un candidato sobre las SS, en *El País*, s.f., recuperado 21 mayo 2024 de <https://bit.ly/3y6Zgn2>
- Bolet, Diana, “The janus-faced nature of radical voting: Subjective social decline at the roots of radical right and radical left support”, en *Party Politics*, 2023, número 29, volumen 3, pp. 475-488, <https://doi.org/10.1177/13540688221085444>.

- Bundesministerium für Inneres, *Europawahl 2024*, (s. f.), Recuperado 8 de noviembre de 2024 de https://www.bmi.gv.at/412/Europawahlen/Europawahl_2024/start.aspx.
- Campdepadrós-Cullell, Roger *et al.*, “The Vic Model: From school redistribution to xenophobic voting”, en *Political Geography*, 2020, número 83, <https://doi.org/10.1016/j.polgeo.2020.102254>.
- Cordero, Guillermo, Zagórski, Piotr, Rama, José, “Give Me Your Least Educated: Immigration, Education and Support for Populist Radical Right Parties in Europe”, en *Political Studies Review*, 2022, número 20, volumen 3, pp. 517-524, <https://doi.org/10.1177/14789299211029110>.
- Crespo Martínez, Ismael, Mora Rodríguez, Alberto, “The rise of the far right in Europe: The case of Vox in the Region of Murcia”, *Política y Sociedad*, 2022, *Política y Sociedad*, número 59, volumen 3, <https://doi.org/10.5209/poso.75974>.
- Diehl, Trevor, Vonbun-Feldbauer, Ramona, Barnidge, Matthew, “Tabloid news, anti-immigration attitudes, and support for right-wing populist parties”, en *Communication and the Public*, 2021, número 6, pp. 3-18, <https://doi.org/10.1177/2057047319884122>.
- Dijkstra, Lewis, Poelman, Hugo, Rodríguez-Pose, Andrés, “The geography of EU discontent”, en *Regional Studies*, 2019, número 54, volumen 6, pp. 1-17, <https://doi.org/10.1080/00343404.2019.1654603>.
- Ellinas, Antonis A., “The Rise of Golden Dawn: The New Face of the Far Right in Greece”, en *South European Society and Politics*, 2013, número 18, volumen 4, pp. 543-565, <https://doi.org/10.1080/13608746.2013.782838>.
- Essletzbichler, Jürgen, Disslbacher, Franziska, Moser, Mathias, “The victims of neoliberal globalisation and the rise of the populist vote: A comparative analysis of three recent electoral decisions” en *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 2018, número 11, volumen 1, pp. 73-94, <https://doi.org/10.1093/cjres/rsx025>.
- Essletzbichler, Jürgen, Forcher, Jürgen, ““Red Vienna” and the rise of the populist right”, en *European Urban and Regional Studies*, 2022, número, volumen 1, pp. 126-141, <https://doi.org/10.1177/09697764211031622>.
- European Parliament, *European Parliament 2024-2029*, s. f., Recuperado 17 de julio de 2024 de <https://results.elections.europa.eu/en>.
- Fernández García, Tania *et al.*, (2025). “Liberté, Égalité, Fraternité? The role of spatial inequalities in understanding the determinants of the populist vote in the 2022 French presidential election” en *Spatial Economic Analysis*, <https://doi.org/10.1080/17421772.2025.2517698>.
- Halikiopoulou, Daphne, Vasilopoulou, Sofia, “Breaching the Social Contract: Crises of Democratic Representation and Patterns of Extreme Right Party

- Support” en *Government and Opposition*, 2018, número 53, volume 1, pp. 26-50, <https://doi.org/10.1017/gov.2015.43>.
- Halikiopoulou, Daphne, Vlandas, Tim, “Risks, Costs and Labour Markets: Explaining Cross-National Patterns of Far Right Party Success in European Parliament Elections” en *Journal of Common Market Studies*, 2016, número 54, volume 3, pp. 636-655, <https://doi.org/10.1111/jcms.12310>.
- Iglesias-Pascual, Ricardo, Paloma, Virgina, Benítez, Isabel, The role of contextual factors in the electoral resurgence of extreme right-wing forces in Spain: The case of Andalusia, en *Political Geography*, 2021, número 86, <https://doi.org/10.1016/j.polgeo.2021.102356>.
- INE., *Población residente por nacionalidad*, s.f., Recuperado 3 de julio de 2025 de <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=56936>
- Junta de Extremadura, *Elecciones 2025 Extremadura*, s.f., Recuperado 26 de enero de 2025 de <https://resultados.elecciones2025.juntaex.es/es/inicio>
- Kitschelt, Herbert, McGann, Anthony J., *The Radical Right in Western Europe: A Comparative Analysis*, University of Michigan Press, 1995.
- Matamoros-Becerra, Javier, “Economic Stances of Ultranationalist Parties in Western Europe”, en *methaodos revista de ciencias sociales*, 2024, número 12, volumen 2, <https://doi.org/10.17502/mrcs.v12i2.814>.
- McManus, Ian P, “Socio-economic and socio-cultural foundations of voter support for far-left and far-right parties”, en *Journal of Contemporary European Studies*, 2023, número 31, volumen 1, pp. 214-231, <https://doi.org/10.1080/14782804.2021.1990026>.
- Ministère de L’Intérieur, *Les élections en France*, s.f., Recuperado 8 de noviembre de 2024 de https://www.archives-resultats-elections.interieur.gouv.fr/resultats/europeennes2024/ensemble_geographique/53/index.php.
- Ministério da Administração Interna, *Resultados Eleitorais. Assembleia da República*, 2024.
- Ministerio del Interior, *Mapa electoral*, s. f., Recuperado 16 de junio de 2025 de <https://infoelectoral.interior.gob.es/es/elecciones-celebradas/resultados-electorales/>.
- Ministero dell’Interno, *Referendum e Elezioni amministrativi*, s. f., Recuperado 16 de junio de 2025 de <https://dait.interno.gov.it/elezioni>.
- Mudde, Cas, Kaltwasser, Cristóbal R., *Populismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial, 2019
- Mutascu, Mihai, Strango, Cristina, Turcu, Camelia, “Online social media and populism in Europe”, en *European Journal of Political Economy*, 2025, número 86, <https://doi.org/10.1016/j.ejpoleco.2024.102619>.

- Nicoli, Francesco, Reinl, Ann-Katherin, “A tale of two crises? A regional-level investigation of the joint effect of economic performance and migration on the voting for European disintegration”, en *Comparative European Politics*, 2020, número 18, volumen 3, pp. 384-419, <https://doi.org/10.1057/s41295-019-00190-5>.
- Ortega, Carmen, Trujillo, José Manuel, Oñate, Pablo, “The Raising of a Radical Right Party in Spain: Explaining Vox’s Vote in the 2018 Regional Election in Andalusia”, en *Revista de Estudios Regionales*, 2022, número 124, pp. 127-156.
- Ramírez Dueñas, José María, “The end of a stage in Andalusia. An explanation of the electoral result in the 2018 regional elections”, en *Revista de Estudios Regionales*, 2021, número 121, pp. 165-198.
- Rodríguez-Pose, Andrés, “The revenge of the places that don’t matter (and what to do about it)”, en *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, 2018, número 11, volumen 1, pp. 189-209, <https://doi.org/10.1093/cjres/rsx024>.
- Rodrik, Dani, “Populism and the economics of globalization”, en *Journal of International Business Policy*, 2018, número 1, volumen 1, pp. 12-33. <https://doi.org/10.1057/s42214-018-0001-4>
- Rovny, Jan *et al*, The 2024 Chapel Hill Expert Survey on political party positioning in Europe: Twenty-five years of party positional data, en *Electoral Studies*, 2025, número 97, <https://doi.org/10.1016/j.electstud.2025.102981>.
- Sipma, Take, Berning, Carl C., “Economic conditions and populist radical right voting: The role of issue salience” en *Electoral Studies*, 2021, número 74, <https://doi.org/10.1016/j.electstud.2021.102416>.
- Sipma, Take, Lubbers, Marcel, Spierings, Niels, “Working class economic insecurity and voting for radical right and radical left parties”, en *Social Science Research*, 2023, número 109, <https://doi.org/10.1016/j.ssresearch.2022.102778>.
- Tomberg, Lukas, Stegen, Karen Smith, Vance, Colin, ““The mother of all political problems”? On asylum seekers and elections”, en *European Journal of Political Economy*, 2021, número 67, <https://doi.org/10.1016/j.ejpoleco.2020.101981>.
- VOX. *Programa electoral elecciones Extremadura 21D*, s.f., Recuperado 21 diciembre 2025 de <https://www.voxespana.es/programa/programa-electoral-elecciones-extremadura-21d>
- Zanotti, Lisa, Rama, José, Tanscheit, Talita, “Assessing the fourth wave of the populist radical right: Jair Bolsonaro’s voters in comparative perspective”, en *Opinio Publica*, 2023, número 29, volumen 1, pp. 1-23, <https://doi.org/10.1590/1807-019120232911>.

Anexos

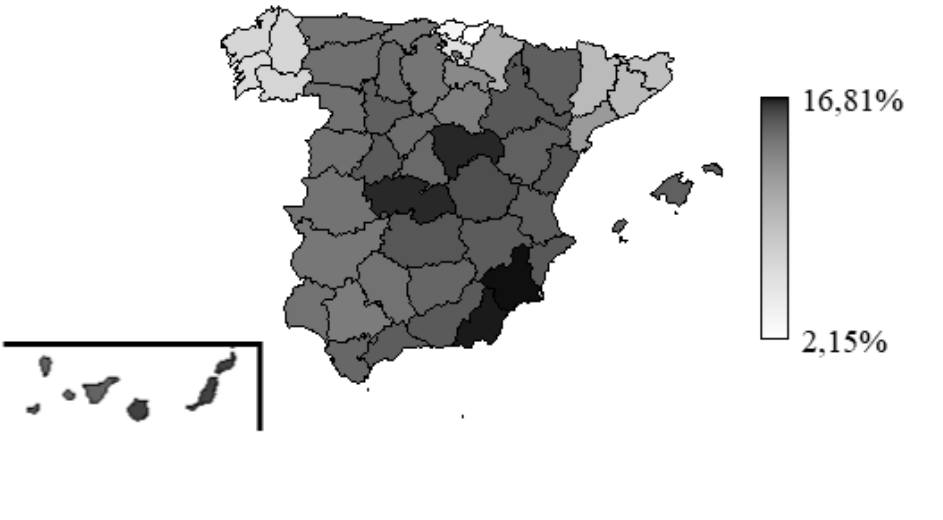


Figura A1: Distribución geográfica del apoyo electoral *Vox*. Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio del Interior (s.f.)

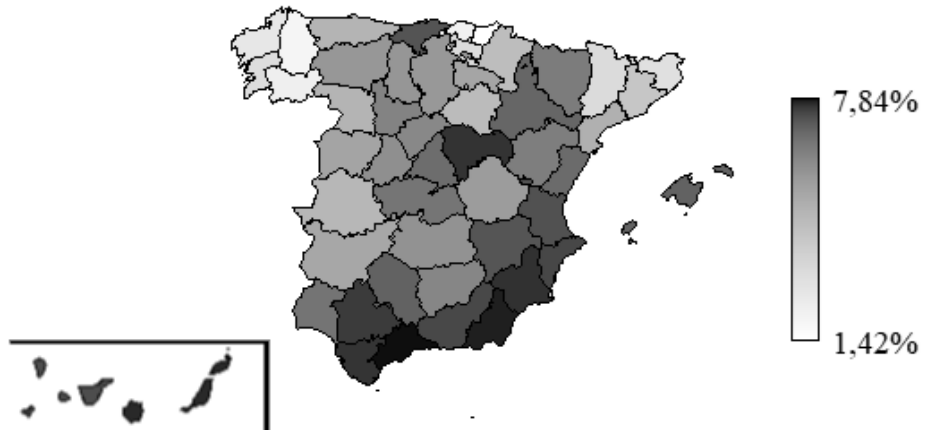


Figura A2: Distribución geográfica del apoyo electoral *Se acabó la fiesta*. Fuente: Elaboración propia a partir de Ministerio del Interior (s.f.)

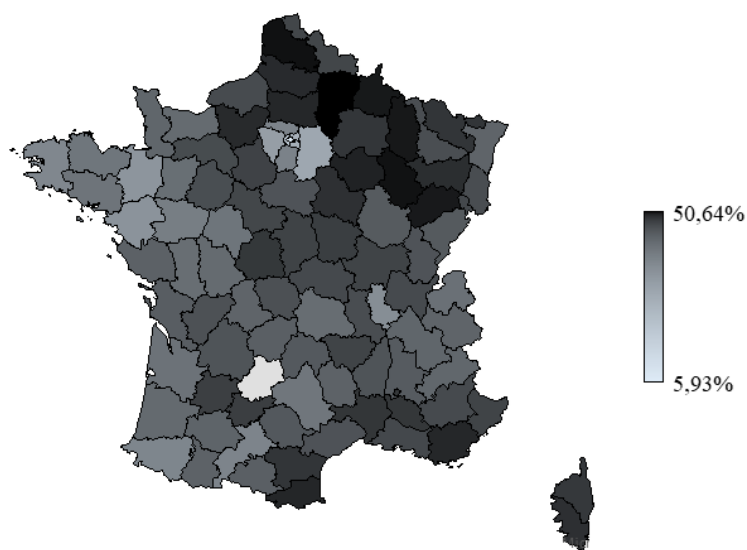


Figura A3: Distribución geográfica del apoyo electoral a *Rassemblement national*. Fuente: Elaboración propia a partir de Ministère de L'Intérieur, (s.f.)

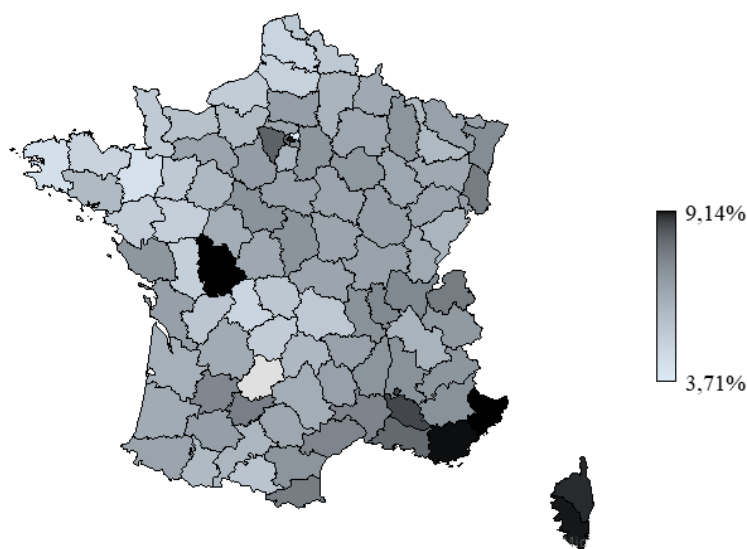


Figura A4: Distribución geográfica del apoyo electoral a *Reconquête*. Fuente: Elaboración propia a partir de Ministère de L'Intérieur, (s.f.)

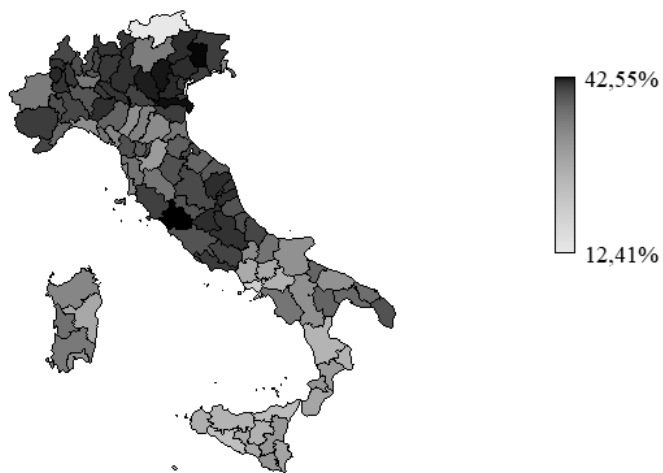


Figura A5: Distribución geográfica del apoyo electoral a Fratelli d'Italia. Fuente: Elaboración propia a partir de Ministero dell'Interno, (s.f.)

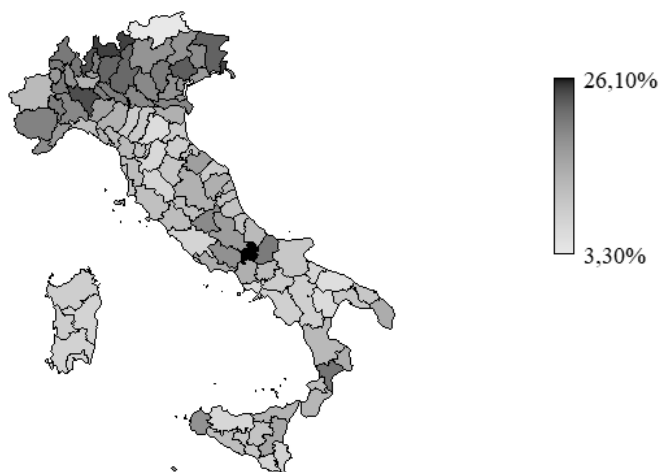


Figura A6: Distribución geográfica del apoyo electoral a Lega. Fuente: Elaboración propia a partir de Ministero dell'Interno, (s.f.)

Tabla A1: Posicionamiento ideológico de los partidos ultranacionalistas

	AfD	FPÖ	VB	DPP	DD	Salf	VOX	PS	RN	REC	EL	FL	FdI	LEGA	PVV	Chega	SD
Variables jurídicas																	
ETN	10	9,2	9,8	9,0	8,7	8,9	9,4	9,3	9,3	9,7	9,8	9,8	9,5	8,0	9,5	9,0	9,4
JUS	9,5	7,6	6,0	2,7	2,3	6,3	5,5	5,8	8,3	8,5	-	-	7,7	7,3	9,0	4,5	4,5
LGBT	8,2	8,4	7,5	7,0	6,8	6,7	7,5	9,0	7,2	9,6	9,0	9,3	9,0	9,4	7,2	10	6,8
LIB	9,1	10	9,3	8,3	8,0	8,6	9,9	8,0	8,8	9,5	9,0	9,5	8,8	8,7	9,8	10	9,3
MAT	6,8	8,7	6,9	3,0	2,4	6,5	8,0	8,7	7,0	9,3	9,8	10	8,8	8,9	2,8	8,8	5,1
MUJ	7,3	7,6	5,6	6,2	5,3	7,8	8,6	6,0	6,5	8,8	8,4	9,0	6,8	6,8	6,6	7,0	5,8
Variables económicas																	
DER	6,6	6,1	5,5	6,0	5,8	9,0	8,7	7,3	4,0	5,8	6,3	7,7	5,4	5,9	5,0	6,8	4,6
PRO	7,0	8,6	7,0	5,0	5,2	7,0	6,9	5,0	8,5	6,8	10	-	10	10	8,0	7,0	6,3
RED	7,1	5,0	5,3	5,6	5,6	8,3	8,6	7,0	4,7	7,9	5,8	8,5	7,1	7,7	5,2	6,6	5,4
TAX	7,1	7,3	6,0	5,2	5,7	9,0	9,6	8,6	4,3	8,5	5,7	7,7	6,0	7,3	8,0	7,8	5,5
Variables sociales																	
CLI	9,4	8,7	7,0	7,2	7,3	8,5	9,0	8,4	7,5	8,3	8,3	9,0	6,0	7,1	8,8	7,8	8,1
DES	4,3	4,0	1,3	4,3	2,8	8,0	10	6,3	5,0	9,5	7,5	8,5	5,4	2,9	6,0	8,0	5,3
INM	9,9	9,8	9,9	9,0	8,7	9,4	9,7	9,4	9,5	9,7	9,8	9,7	9,5	9,9	9,8	9,7	9,9
REL	4,9	6,9	3,4	2,0	1,3	9,3	8,3	7,2	2,9	5,9	9,0	9,0	7,7	7,3	6,9	8,0	3,5
RUR	6,7	7,6	5,0	6,3	7,0	4,5	7,6	6,2	7,3	5,6	-	-	7,0	7,7	5,6	6,0	7,1
UE	1,9	1,9	2,0	1,9	3,2	2,8	3,1	2,5	2,2	1,6	2,6	3,3	3,3	1,6	1,5	3,3	2,7

Fuente: Elaboración propia a partir de Rovny et al. (2025)

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 14/11/2025 || Aceptado: 04/12/2025

La discriminación por enfermedad en el despido

Dismissal based on illness

Julián José Miguel Barrado  0009-0004-7076-3289

Universidad de Extremadura.

jmiguelb@alumnos.unex.es

Resumen

Este trabajo analiza la evolución jurídica de la discriminación por enfermedad o condición de salud en el ámbito laboral, especialmente en el despido. Se destaca la necesidad de una interpretación garantista que armonice el derecho a la igualdad y no discriminación con la situación real de los trabajadores vulnerables. El objetivo es asegurar su acceso libre al empleo y la igualdad de oportunidades, contribuyendo a consolidar un modelo laboral inclusivo y respetuoso con los derechos fundamentales.

Palabras clave: Igualdad, discriminación, enfermedad, condición de salud, discapacidad, ajustes razonables, nulidad, improcedencia, despido.

Abstract

This paper analyses the legal evolution of discrimination based on illness or health condition in the workplace, particularly with regard to dismissal. It highlights the need for an interpretation that guarantees rights and harmonises the right to equality and non-discrimination with the real situation of vulnerable workers. The objective is to guarantee their unimpeded access to employment and equal opportunities, thereby contributing to the establishment of an inclusive labour model that respects fundamental rights.

Keywords: European Equality, discrimination, illness, health condition, disability, reasonable adjustments, nullity, unfair dismissal, termination.

Lista de abreviaturas:

CE: Constitución Española.	RCND: Resolución del Consejo Nacional de la Discapacidad.
CIDPD: Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.	RLT: Representación Legal de los Trabajadores.
DITEO: Directiva relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.	SPRL: Servicio de Prevención de Riesgos Laborales.
ET: Estatuto de los Trabajadores.	STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
GI: Gran Incapacidad.	STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
IPA: Incapacidad Permanente Absoluta.	STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
IPP: Incapacidad Permanente Parcial.	TC: Tribunal Constitucional.
IPT: Incapacidad Permanente Total.	TES: Trabajador Especialmente Sensible.
IP: Incapacidad Permanente.	TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
IT: Incapacidad Temporal.	TRLGDPD: Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.
LIITND: Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación.	TRLGSS: Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.	TS: Tribunal Supremo.
LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.	
LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales.	
OIT: Organización Internacional del Trabajo.	

Sumario

1. Marco jurídico de la discriminación por enfermedad
 - 1.1. La enfermedad como discapacidad
 - 1.2. La enfermedad tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación
2. Conceptos clave
 - 2.1. Enfermedad y condición de salud
 - 2.2. Ajustes razonables y carga excesiva
3. La obligación de adoptar ajustes razonables
 - 3.1. Alcance de la obligación
 - 3.2. ¿La empresa debe intentar adaptar el puesto de trabajo antes de proceder a un despido por ineptitud sobrevenida?
4. El despido discriminatorio
 - 4.1. La difusa frontera entre improcedencia y nulidad
 - 4.2. ¿Qué ocurre ahora cuando se declara la incapacidad permanente del trabajador?

I. Marco jurídico de la discriminación por enfermedad

I.1. La enfermedad como discapacidad

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea realizó una significativa evolución interpretativa en el asunto *Ring*¹, enunciando la primera asimilación de la enfermedad con la discapacidad, al establecer que el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, DITEO), incluye una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta conlleva una limitación —derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas— que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona afectada en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, si dicha limitación es de larga duración².

Esta interpretación extensiva del concepto de discapacidad fue posible debido a la adhesión de la UE a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CIDPD), que incorporó al ordenamiento comunitario una definición amplia y funcional del concepto de discapacidad en su art. 1, párrafo segundo³.

En línea con lo anterior, el TJUE reafirmó su postura en el asunto *FOA*⁴, al establecer que esta condición no se limita a las situaciones en las que es imposible realizar una actividad profesional, sino que también abarca aquellas en las que existe cierta dificultad para su desempeño, siendo irrelevante cuál sea su causa y en qué medida la persona afectada ha podido o no contribuir a la misma. Por ende, existe una discapacidad cuando la obesidad impide la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, ya sea debido a su movilidad reducida o por la concurrencia de otras patologías que dificulten o imposibiliten su ejercicio, lo que implica que deberá examinarse cada caso concreto para valorar los efectos de la obesidad y determinar sus consecuencias limitantes.

Adicionalmente, en el asunto *Daouidi*⁵, consideró que dicho carácter «duradero» debía ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme. Así, el hecho de que

1. STJUE de 11 de abril de 2013, asunto *Ring* (ECLI:EU:C:2013:222).

2. Sin embargo, aclara que «la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva prohíbe toda discriminación».

3. Establece que el concepto de discapacidad «incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

4. STJUE de 18 de diciembre de 2014, asunto *FOA* (ECLI:EU:C:2014:2463).

5. STJUE de 1 de diciembre de 2016, asunto *Daouidi* (ECLI:EU:C:2016:917).

una persona se halle en situación de IT, conforme al ordenamiento jurídico nacional, como consecuencia de un accidente laboral y con una duración incierta, no permite, *per se*, calificar dicha limitación como duradera. No obstante, la naturaleza temporal de la incapacidad no excluye que esta pueda ser considerada duradera si concurren ciertos indicios. Entre ellos, se incluyen la ausencia de una perspectiva clara de finalización a corto plazo de la incapacidad en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, o la posibilidad de que dicha incapacidad se prolongue significativamente antes de la recuperación de la persona⁶. En este sentido, el órgano judicial nacional debe basarse en todos los elementos objetivos disponibles, especialmente en documentos y certificados sobre el estado de la persona, elaborados conforme a los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

Llegados a este punto, resulta especialmente relevante la STS de 3 de mayo de 2016⁷, en la que se declaró la improcedencia, y no la nulidad, del despido de una trabajadora que sufrió un latigazo cervical. De este modo, consideró que la dolencia no podía equipararse a una discapacidad, dado que el despido tuvo lugar diez días después de la baja médica, y la trabajadora recibió el alta apenas veinte días después del inicio de la IT. En consecuencia, la enfermedad no alcanzó el umbral de duración exigido para que pueda reconocerse dicha condición.

Sin embargo, esta interpretación resulta especialmente problemática, ya que pone de manifiesto una clara desconexión con la jurisprudencia comunitaria en la materia. El reconocimiento del carácter de «persona discapacitada» no puede depender ni del momento en que se produce el despido ni del tiempo transcurrido en situación de IT⁸, y mucho menos de hechos posteriores como la fecha del alta médica. Al contrario, debería valorarse si, en el momento del despido, la enfermedad presentaba una naturaleza previsiblemente duradera, lo que, como veremos más adelante, obligaría a la empleadora a implementar «ajustes razonables». De hecho, aunque en este caso concreto la incapacidad fue de corta duración, ello no excluye que su evolución pudiera haber sido distinta, lo que refuerza la exigencia de que este análisis se lleve a cabo con anterioridad al momento del despido y no a posteriori, como se ha venido entendiendo erróneamente⁹.

6. En la STSJ de Andalucía de 5 de abril de 2018 (ECLI:ES:TSJAND:2018:709) se entendió que el carácter duradero de la situación de incapacidad debe analizarse en la fecha del despido, al tratarse de una cuestión fáctica, de modo que la valoración de una posible discapacidad ha de basarse en los datos disponibles en el momento en que se produce el acto presuntamente discriminatorio, ya que ofrece una mayor certeza para determinar su eventual ilicitud. Asimismo, no basta con considerar la duración efectiva de la IT; es preciso acreditar que, debido a posibles secuelas, la limitación funcional podría prolongarse más allá del tiempo medio de recuperación para una dolencia similar, proponiéndose para ello un criterio objetivo y cuantificable basado en la comparación con el tiempo medio de curación de la patología concreta.

7. STS de 3 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2351).

8. Este «criterio temporal» también se mantiene en las SSTs de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1244), de 22 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1736) y de 15 de octubre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3165).

9. Martínez-Gijón Machuca, Miguel Ángel, *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, 1ª ed., edit. Bomarzo, Albacete, 2017, p. 163.

Finalmente, resulta especialmente relevante la STS de 22 de febrero de 2018¹⁰, en la que se supeditó la declaración de nulidad del despido por vulneración del derecho a la no discriminación a la concurrencia de dos requisitos esenciales. En primer lugar, que el trabajador se halle en situación de discapacidad conforme a la jurisprudencia comunitaria. Y, en segundo lugar, que la empresa no haya implementado —o que hayan resultado insuficientes— los ajustes razonables necesarios para garantizar la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo.

Por otro lado, en el asunto *Nobel Plastiques*¹¹, el Alto Tribunal comunitario entendió que la DITEO debía interpretarse en el sentido de que el estado de salud de un trabajador reconocido como «especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo» (TES), regulado en el art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), que no le permite desempeñar determinados puestos al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas, solo se comprende en el concepto de «discapacidad» en caso de que ese estado de salud implique una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo.

Además, interpretó los arts. 2.2.b.ii) y 5 de la DITEO en relación con el despido por «causas objetivas», basado en criterios como la baja productividad, la escasa polivalencia funcional y el alto absentismo. Se analiza si dichos criterios, cuando se aplican a trabajadores con discapacidad cuyo absentismo está vinculado a su condición, pueden constituir una forma de discriminación. Se concluye que no existe discriminación directa, al tratarse de criterios formalmente neutros; sin embargo, se admite la posibilidad de discriminación indirecta, en la medida en que un trabajador con discapacidad está objetivamente más expuesto al riesgo de presentar un mayor índice de absentismo, debido a la probabilidad de sufrir bajas relacionadas con su situación personal. En tales casos, cuando exista un riesgo real de discriminación, el empresario deberá implementar los «ajustes razonables» necesarios para eliminar los obstáculos que puedan afectar al trabajador, salvo que ello suponga una «carga excesiva», lo cual deberá ser valorado por el órgano judicial nacional¹².

10. STS de 22 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:757).

11. STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto *Nobel Plastiques* (ECLI:EU:C:2019:703).

12. El Considerando 17 de la DITEO establece que «la presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad».

1.2. La enfermedad tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

1.2.1. Situación previa

Con anterioridad a la vigencia de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, LIITND), la declaración de nulidad del despido por razón de enfermedad podía producirse en los siguientes supuestos¹³:

En primer lugar, cuando se trataba de trabajadoras en situación de IT derivada del embarazo, parto o lactancia natural, conforme al art. 53.4 y 55.5.a del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), salvo que el despido fuese procedente. En segundo lugar, en casos de enfermedades estigmatizantes, como el VIH o el COVID-19¹⁴, cuando se consideraban como elemento de segregación basado en su mera existencia o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece¹⁵. En tercer lugar, si se vulneraba el derecho fundamental a la integridad física mediante amenazas o coacciones empresariales para forzar la reincorporación al trabajo¹⁶. En cuarto lugar, cuando existían presiones empresariales para evitar el uso de la baja médica o se evidenciaba un clima indiciario de advertencias previas¹⁷. Y, finalmente, como ya hemos analizado, cuando la enfermedad podía equipararse a la discapacidad conforme a la jurisprudencia comunitaria.

En conclusión, antes de la LIITND, la discriminación por razón de enfermedad carecía de una regulación expresa y de carácter general, siendo objeto de una interpretación notablemente restrictiva tanto por parte del TS como del TC. El despido de trabajadores enfermos únicamente se consideraba discriminatorio en supuestos excepcionales, admitiéndose como causa legítima de despido la «carga económica» que la situación de IT pudiera implicar para la empresa. En consecuencia, la racionalidad económica empresarial operaba como criterio legitimador de un trato desfavorable hacia los trabajadores enfermos, sin que dicho trato fuera calificado como discriminatorio¹⁸.

13. Cordero Gordillo, Vanessa: «El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y no discriminación», en *Lex Social. Revista Jurídica de Derechos Sociales*, 2023, n.º 1, vol. 13, p. 16.

14. STSJ de Islas Canarias de 23 diciembre de 2021 (ECLI:ES:TSJICAN:2021:3707).

15. A este respecto, véase la STS de 29 de enero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:502) y la STC de 26 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TC:2008:62).

16. STS de 31 de enero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:828).

17. STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TSJCAT:2017:10998).

18. Cabeza Pereiro, Jaime, «La discriminación por enfermedad en el despido», en *Revista de Derecho Social*, 2023, n.º 102, p. 43.

1.2.2. Situación actual: algunas consideraciones clave

Debemos destacar principalmente los siguientes aspectos respecto a la LIITND: 1) Reconoce de forma legal, amplia, expresa y autónoma nuevas causas de discriminación prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, tales como la enfermedad o condición de salud, el estado serológico y/o la predisposición genética a padecer patologías o trastornos (art. 2.1)¹⁹. 2) No se considerará discriminatoria la diferencia de trato que derive de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica objetivamente justificada, siempre que persiga una finalidad legítima y constituya un medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (art. 4.2). 3) Contempla nuevos supuestos de discriminación, incluyendo la discriminación directa e indirecta, así como por asociación y por error. Esto refuerza la protección antidiscriminatoria, al permitir que se presuma la existencia de discriminación con el mero conocimiento —incluso erróneo— por parte de la empresa sobre una condición de salud del trabajador. Asimismo, se contempla la discriminación múltiple e interseccional, que permite valorar de forma conjunta los distintos tipos de discriminación, evitando su tratamiento como categorías aisladas. También se introducen los conceptos de acoso discriminatorio, la inducción, orden o instrucción de discriminar, y la represalia. 4) Admite diferencias de trato en supuestos de enfermedad: a) cuando se deriven del propio proceso de tratamiento; b) cuando existan limitaciones objetivas que impidan el desempeño de determinadas actividades²⁰, lo que podría justificar, en su caso, un despido objetivo por ineptitud sobrevenida; c) cuando se impongan por razones de salud pública (art. 2.3). 5) Introduce medidas importantes, entre ellas: a) la nulidad de pleno derecho de cualquier disposición, acto o cláusula que implique discriminación por alguno de los motivos previstos en el art. 2.1 (art. 26); b) la obligación de reparar el daño causado, que incluye tanto la indemnización como la restitución de la situación anterior al acto discriminatorio, presumiéndose el daño moral una vez acreditada la discriminación (art. 27)²¹; c) la inversión de la carga de la prueba (art. 30 de la LIITND, en correspondencia con el art. 96.1 de la LRJS).

19. Almendros González, Miguel Ángel, «Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 2024, n.º 12, pp. 41-42.

20. Esta excepción debe ser objeto de una interpretación restrictiva, puesto que «una interpretación extensiva de la misma podría desvirtuar el contenido esencial del derecho de la persona trabajadora a no ser discriminada por razón de enfermedad, vaciándolo de eficacia práctica». Véase Goñi Sein, José Luis, «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad», en *Revista Justicia & Trabajo*, 2022, n.º 1, p. 20.

21. A este respecto, la STS de 20 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1605) señaló que la mera aplicación de los criterios cuantitativos previstos en la LISOS no resulta suficiente, *per se*, para cumplir con precisión la doble finalidad de resarcir el daño causado y disuadir futuras vulneraciones de derechos fundamentales. En consecuencia, su aplicación debe complementarse con una valoración detallada de las circunstancias específicas del caso. Entre los elementos que deben considerarse para una adecuada cuantificación se incluyen, entre otros: la antigüedad del trabajador en la empresa; la duración temporal de la vulneración del derecho fundamental; la intensidad del quebrantamiento; las repercusiones del acto; la eventual reincidencia en conductas lesivas; el carácter pluriofensivo de la lesión; así como el contexto en el que se haya producido la conducta, incluyendo actitudes que dificultan la defensa efectiva del derecho vulnerado.

En definitiva, se reconoce que la enfermedad, entendida en sentido amplio, constituye un motivo autónomo de discriminación. Por tanto, ya no es necesario acudir al concepto de discapacidad, aunque la discriminación por enfermedad asimilable a la discapacidad mantiene su vigencia, dado que esta última continúa siendo una causa prohibida de discriminación. Para determinar la existencia de trato discriminatorio, resulta irrelevante el tipo de enfermedad que afecta al trabajador, ya que la norma no exige que se trate de una dolencia grave, prolongada o que la segregación o estigmatización se derive de su etiología. En todo caso, se garantiza la protección del trabajador frente a conductas discriminatorias motivadas por la mera constatación de su situación de enfermedad, es decir, aquellas que carezcan de una justificación objetiva, razonable y suficientemente probada²².

2. Conceptos clave

2.1. Enfermedad y condición de salud

La doctrina distingue entre «enfermedad» y «condición de salud», siendo la primera una «alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible»²³, mientras que la segunda constituye un concepto más amplio que incluye enfermedades (agudas o crónicas), trastornos, traumatismos, lesiones y otras circunstancias, como el embarazo, el envejecimiento, el estrés, las anomalías congénitas o las predisposiciones genéticas²⁴. En el ámbito laboral, esta distinción adquiere especial relevancia, ya que la condición de salud puede abarcar estados fisiológicos o morfológicos que no necesariamente incapacitan para el trabajo ni se consideran enfermedades en sentido estricto —como la obesidad, las pérdidas sensoriales o las alergias—, aunque puedan facilitar la aparición de otras patologías²⁵. Asimismo, se incluyen situaciones como el tabaquismo, el alcoholismo o la toxicomanía²⁶, así como síntomas sin diagnóstico

22. Así se ha entendido generalmente por la jurisprudencia, como se observa en las SSTSJ de Madrid de 11 de abril de 2025 (ECLI:ES:TSJM:2025:5149) y de Castilla-La Mancha de 4 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:809).

23. Herrero Jaén, Sara, «Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud», *Revista Ene*, 2016, n.º 2, vol. 10, disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X2016000200006 [consultado el 11 de agosto de 2025].

24. Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. Versión abreviada*, trad. Red de Habla Hispana en Discapacidad (RHHD), IMSERSO, Madrid, 2001, p. 206.

25. Gordo González, Luis, «Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo», en *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2023, n.º extraordinario «Tormenta de reformas», vol. 4, p. 113.

26. Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)», en *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, 2023, n.º. 243, p. 31.

definido —como la fatiga persistente o la labilidad emocional— ²⁷ que, sin constituir patologías concretas, podrían evolucionar hacia una enfermedad y derivar en una IT o una IP²⁸. Esta amplitud conceptual permite extender la protección frente a la discriminación no solo a enfermedades actuales, sino también a factores de riesgo futuros, como el estado serológico (por ejemplo, el VIH o la presencia de anticuerpos frente a la COVID-19) o la predisposición genética a padecer determinadas patologías (cáncer, cardiopatías, etc.)²⁹.

2.2. Ajustes razonables y carga excesiva

Habida cuenta de la definición aportada por el TJUE en el asunto *Ca Na Negreta*³⁰, los ajustes razonables son medidas eficaces y prácticas, adaptadas a cada situación individual, que permiten a las personas con discapacidad acceder al empleo, participar en él, progresar profesionalmente o recibir formación, sin que ello suponga una carga excesiva para el empleador. Este concepto incluye la reubicación de trabajadores declarados no aptos para desempeñar las funciones esenciales de su puesto, siempre que reúnan las competencias, capacidades y disponibilidad exigidas para otro puesto.

La Resolución del Consejo Nacional de la Discapacidad de mayo de 2024³¹ (en adelante, RCND), por la que se aprueba el documento guía sobre ajustes razonables, refuerza su consideración como obligación jurídica derivada de la CIDPD (arts. 2 y 27.1.i). Esta obligación también se recoge en los arts. 2.m, 40.2 y 63 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, TRLGDPD), en la LIITND (arts. 4.1 y 6.1) y en la DITEO (art. 5). En este marco, los ajustes razonables se definen como aquellas modificaciones o adaptaciones necesarias del entorno físico, comunicativo, cognitivo, social o actitudinal, que no supongan una carga desproporcionada o indebida y que se requieran en casos concretos para garantizar la accesibilidad y la participación, asegurando a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás³².

27. Villarino Moure, Carlos, «A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación», en *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, 2024, n.º 252, p. 28.

28. Aguilera Izquierdo, Raquel, La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022, 1ª ed., Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023, p. 67.

29. Almendros González, Miguel Ángel, «Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales», ob. cit., p. 45.

30. STJUE de 18 de enero de 2024, asunto *Ca Na Negreta* (ECLI:EU:C:2024:53).

31. Resolución de la Presidencia del Consejo Nacional de Discapacidad por la que se da publicidad al Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de Discapacidad por el que se aprueba el documento guía para la comprensión y buena aplicación de los ajustes razonables como medida de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, de 28 de mayo de 2024.

32. Como indica la RCND, estos ajustes se aplican cuando las medidas de accesibilidad universal y diseño para todas las personas no logran garantizar entornos plenamente accesibles. En tales casos, permiten satisfacer el derecho a la

Además, la obligación de implementarlos, conforme al art. 40.2 de la TRLGDP, se mantiene de forma indefinida. Según la RCND, esta obligación es de carácter reactivo e individualizado, lo que exige a la empresa —como garante de derechos— responder a cada solicitud desde su recepción, mediante un diálogo activo con la persona afectada. No basta con medidas generales: es necesario atender sus necesidades concretas. Además, esta obligación no se limita a solicitudes expresas ni a casos de conocimiento pleno de la discapacidad, sino que también se extiende a situaciones en las que, razonablemente, el garante debería haber advertido la necesidad de los ajustes³³.

Por otro lado, el art. 63 de la TRLGDP considera el incumplimiento de la exigencia de ajustes razonables como una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades. Esta previsión se refuerza en la LIITND (art. 6.1.a) y en la CIDPD (art. 2.4), que califican su denegación como una forma de discriminación directa³⁴. Las consecuencias jurídicas son múltiples: puede implicar una infracción del art. 14 de la CE, constituir una infracción administrativa (art. 80 de la TRLGDP) y dar lugar a sanciones laborales conforme al art. 8.12 de la LISOS, con las consecuencias previstas en su art. 46.1 bis. Además, la negativa a realizarlos puede obstaculizar el ejercicio de otros derechos fundamentales, agravando su impacto³⁵. Esta forma de discriminación conlleva una inversión de la carga de la prueba, correspondiendo al empleador justificar que la negativa fue objetiva, razonable, proporcional y basada en criterios verificables³⁶ (art. 10 de la DITEO).

igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad de forma individualizada.

33. La STC de 15 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:51) señala que cuando la obligación de implementar los ajustes se vea impedida u obstaculizada por la falta de información relevante proporcionada por el trabajador, hasta que la empresa no disponga de los datos necesarios, tan solo estará en manos del empleador informarle de este derecho.

34. Destaca la STJUE de 15 de julio de 2021, asunto *Tartu Vangla* (ECLI:EU:C:2021:606), en la que el TJUE consideró una discriminación directa por razón de discapacidad la negativa a facilitar un ajuste razonable, concretamente un dispositivo auditivo a un funcionario de prisiones, señalando la obligación del empleador de adoptar medidas adecuadas según las circunstancias particulares de la persona discapacitada. Conforme a la DITEO, los ajustes razonables deben entenderse de forma amplia, como la eliminación de barreras que impidan su participación plena y en igualdad de condiciones con el resto de los trabajadores.

En este sentido, la Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo (CRPD/C/GC/8), establece que la denegación de ajustes razonables se produce de forma manifiesta cuando no se efectúan o proporcionan las modificaciones, adaptaciones o apoyos necesarios y adecuados, siempre que no supongan una carga desproporcionada o indebida (apartado 19). En este sentido, cuando el empleador detecte una barrera que impida la plena inclusión de una persona con discapacidad, deberá adoptar las siguientes medidas, ya que, de lo contrario, incurriría en una denegación de ajustes razonables: a) colaborar con la persona para encontrar posibles soluciones que permitan eliminar o evitar dicha barrera, teniendo en cuenta la solución preferida por el interesado; o b) implementar la solución preferida por el interesado, salvo que suponga una carga indebida, en cuyo caso deberá aplicar otra de las soluciones propuestas, siempre que no implique una carga indebida, o bien aplicar la solución preferida en la medida de lo posible, sin que ello represente una carga excesiva (apartado 45).

35. Resolución del Consejo Nacional de la Discapacidad, p. 8.

36. La citada STC de 15 de marzo establece que la denegación de ajustes razonables constituye una forma de discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el art. 14 de la CE. Cualquier medida adoptada por el empleador —incluido el despido y las sanciones— que se base en el rendimiento profesional de una persona con discapacidad, sin haber valorado previamente la necesidad de ajustes razonables resulta ilegítima y discriminatoria, incluso cuando se justifique mediante criterios aparentemente objetivos o neutros. En este contexto, la solicitud de ajustes

En relación con los posibles ajustes razonables, la casuística es amplia: pueden consistir en la flexibilización horaria, el teletrabajo, la reubicación o la reasignación de funciones, la formación en tecnologías de apoyo³⁷ o la reducción de jornada³⁸. Estas medidas pueden incluso implicar un cambio de grupo profesional o la movilidad geográfica, siempre que no supongan una carga excesiva. El teletrabajo, si bien no puede imponerse unilateralmente, constituye una opción válida cuando se acuerda entre las partes, conforme a la jurisprudencia reciente³⁹. Asimismo, se admite que determinados ajustes requieran formación o acreditación futura, siempre que el plazo para obtenerla resulte razonable⁴⁰.

El art. 66.2 de la TRLGDPD y la RCND establecen que, para determinar si un ajuste es razonable, deben considerarse criterios como el coste de la medida, el impacto discriminatorio de su no adopción, las características y capacidad operativa del obligado a aplicarla, y la posibilidad de acceder a financiación pública u otras ayudas. La razonabilidad exige que el ajuste sea pertinente, idóneo y eficaz para la persona afectada, y que su proporcionalidad se valore según la carga que represente, evitando que su denegación genere una discriminación injustificada.

En este sentido, para determinar si las medidas suponen una carga excesiva, deben valorarse conjuntamente el coste de la medida, el tamaño, los recursos disponibles, la situación económica y el volumen de negocios de la empresa. En este punto, la RCND aclara que el concepto de «coste» no debe limitarse al aspecto económico, sino que debe ponderarse en relación con los derechos implicados, exigiéndose una

razonables por parte del trabajador debe ser atendida de forma inmediata, desde el momento en que se formule y se acredite el alcance de la discapacidad. La respuesta del empleador debe ser expresa, motivada y proporcionada. En caso de denegación por considerarse desproporcionados o indebidos, dicha negativa ha de estar debidamente fundamentada. De lo contrario, se incurriría en una denegación tácita carente de justificación, lo que podría suponer una vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

37. Resolución del Consejo Nacional de la Discapacidad, p. 5.

38. La STJUE de 11 de abril 2013, asunto *Ring*, ya señaló lo siguiente: «La enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo Considerando de la Directiva 2000/78, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo», puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo».

39. Destaca especialmente la STSJ de Galicia de 15 de enero de 2025 (ECLI:ES:TSJGAL:2025:159), que estima la solicitud de adaptación del puesto de trabajo en modalidad de teletrabajo, sin contacto con alumnos, formulada por una funcionaria docente discapacitada. El servicio de prevención la declaró «no apta» para su puesto habitual, recomendando evitar lugares concurridos o con riesgo de exposición a infecciones, como aulas o guardias de recreo. Esta trabajadora se encontraba en situación de IT con posibilidad de reincorporación, lo que motivó su petición de adaptación. El tribunal concluyó que la administración no atendió dicha solicitud ni acreditó que el teletrabajo supusiera una carga excesiva. Además, no ofreció alternativas razonables ni verificó la viabilidad de definir tareas compatibles con el teletrabajo.

40. En relación con esta cuestión, aunque el TJUE, en el asunto *Ca Na Negreta*, condiciona el cambio de puesto de trabajo a que el trabajador posea las competencias necesarias, la DITEO admite que ciertos ajustes razonables puedan requerir una capacitación específica o la obtención de un título que el trabajador no tenga, siempre que el tiempo necesario para adquirirlo no sea superior a lo razonable. Además, como recoge el TJUE en el asunto *Ring*, el Considerando 20 de la DITEO establece una enumeración no exhaustiva de medidas de adaptación, que pueden ser de naturaleza física, organizativa o educativa.

justificación reforzada cuando el gasto pueda comprometer o limitar derechos de igual valor. Además, la razonabilidad y proporcionalidad del ajuste deben considerar si beneficia a una o varias personas, su duración, así como la capacidad y consistencia del garante.

3. La obligación de adoptar ajustes razonables

3.1. Alcance de la obligación

En este punto, es preciso señalar que el derecho a la igualdad y a la no discriminación se extiende también a las condiciones laborales, conforme al art. 3 de la LIITND, incidiendo especialmente en la salud y la seguridad en el trabajo. En consecuencia, adquiere especial relevancia la vigilancia de la salud y la prevención de riesgos laborales.

El art. 22 de la LPRL obliga al empleador a vigilar la salud de los trabajadores según los riesgos inherentes al puesto de trabajo, mediante reconocimientos médicos realizados por los servicios de prevención. Esta vigilancia debe respetar ciertas garantías, como la prohibición de usar los datos médicos del trabajador en su perjuicio o con fines discriminatorios. En consonancia, el art. 37 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención⁴¹, atribuye a estos servicios la función de vigilar la salud de los trabajadores en relación con dichos riesgos. Así, ante la pérdida repentina de la aptitud de un trabajador, el empresario debe ser informado de las conclusiones derivadas de los reconocimientos médicos, ya sea sobre dicha pérdida o sobre la necesidad de introducir o reforzar medidas preventivas, a fin de que pueda ejercer sus competencias en la materia. Dichos servicios pueden determinar la no aptitud del trabajador, lo que genera dos efectos: la empresa no puede acceder a información detallada de su estado psicofísico y, además, tiene el deber de adoptar medidas inmediatas, como la separación provisional del puesto. Si no es viable adaptar el puesto de trabajo o la recolocación, puede extinguirse el contrato, sin más información que la que el trabajador decida compartir voluntariamente⁴².

41. Este precepto establece que, en materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá comprender: en primer lugar, una evaluación inicial de la salud de los trabajadores tras su incorporación al puesto de trabajo o al asumir tareas concretas que supongan nuevos riesgos para la salud; en segundo lugar, una evaluación de la salud de aquellos trabajadores que reanuden su actividad laboral tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con el objetivo de identificar posibles causas profesionales y recomendar medidas adecuadas de protección; y, en último lugar, una vigilancia periódica de la salud durante la relación laboral.

42. Gómez Garrido, Luisa María, «El despido objetivo por ineptitud psicofísica sobrevenida y su peculiar paradigma probatorio», en *El Derecho*, 28 de julio de 2023, disponible en <https://elderecho.com/despido-objetivo-por-ineptitud-psicofisica-sobrevenida-y-peculiar-paradigma-probatorio> [consultado el 12 de septiembre de 2025].

En este contexto, la obligación empresarial derivada de dicha evaluación médica puede seguir dos vías, según se trate de una mera limitación funcional o de una pérdida total de aptitud. En el primer caso, si el informe impone restricciones que condicionan la actividad laboral, la empresa debe adaptar el puesto desde una perspectiva amplia, incluyendo la organización del trabajo, el uso de utillaje específico, la modificación de horarios o la realización de medidas concretas de protección. En cambio, si se declara la no aptitud, se compromete la continuidad laboral y se exige el apartamiento inmediato del trabajador, a la espera de la decisión empresarial. No obstante, incluso en estos casos, la extinción del contrato solo procede si la adaptación resulta inviable⁴³.

En consecuencia, ambos escenarios tienen implicaciones prácticas distintas. Ante una aptitud con limitaciones, el servicio de prevención suele emitir recomendaciones para evitar ciertos requerimientos psicofísicos, atendiendo tanto a las funciones del trabajador como al contexto organizativo, lo que facilita la adaptación. En cambio, la falta total de aptitud restringe las opciones, siendo el cambio de puesto o la recolocación la única alternativa viable, siempre que esté prevista en el convenio colectivo y sea factible para el empleador⁴⁴.

Por otra parte, el art. 25 de la LPRL protege a los trabajadores especialmente sensibles (TES)⁴⁵, definidos como aquellos que, por sus características personales o

43. Tradicionalmente, los tribunales consideran que un despido por ineptitud solo se justifica si el puesto de trabajo no puede adaptarse a las limitaciones del trabajador. Por ejemplo, la STSJ de Galicia de 5 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TSJGAL:2021:1011) declara improcedente el despido por ineptitud sobrevenida de un trabajador con trastorno de ansiedad generalizada, basado únicamente en un informe del servicio de prevención, que lo calificó como «apto con restricciones». Aunque el tribunal no equipara dicha dolencia a la discapacidad, consideró que el despido por ineptitud sobrevenida debe considerarse como *última ratio*. Para su procedencia, es imprescindible que la ineptitud del trabajador esté debidamente acreditada, evidenciando de forma indubitada que no puede desempeñar su trabajo habitual. Además, el empresario debe demostrar la imposibilidad de adaptar el puesto a las limitaciones del trabajador, en cumplimiento del deber general de prevención. Este deber implica adaptar el puesto a la persona, y corresponde al empleador probar que dicha adaptación es inviable. En este sentido, el trabajador no está obligado a acreditar la existencia de otro puesto compatible; es la empresa quien debe justificar la imposibilidad de reubicación o adaptación. Asimismo, el empresario debe garantizar la protección específica de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales (art. 25 de la LPRL). En este mismo sentido, las SSTSJ de Galicia de 19 de octubre de 2022 (ECLI:ES:TSJGAL:2022:7336), de Asturias de 28 de julio de 2020 (ECLI:ES:TSJAS:2020:1752) y de Cantabria de 14 de julio de 2020 (ECLI:ES:TSJCANT:2020:610).

44. Gómez Garrido, Luisa María, «El despido objetivo por ineptitud psicofísica sobrevenida y su peculiar paradigma probatorio», ob. cit.

45. Será considerado TES, conforme al art. 25.1 de la LPRL, aquel cuyas características personales —ya sean físicas, psíquicas o sensoriales— lo hagan especialmente vulnerable a los riesgos laborales, ya sea porque dichos riesgos derivan directamente de sus condicionantes personales o porque, siendo comunes a cualquier trabajador, se agravan en su caso por sus particularidades, lo que justifica una tutela reforzada mediante un estándar preventivo más elevado. Esta categoría incluye tanto a quienes presentan una discapacidad, incapacidad o enfermedad que afecte al desempeño total o parcial de sus funciones, como a aquellos con limitaciones no reconocidas formalmente pero que incrementan su exposición a los riesgos. En el caso de los trabajadores discapacitados, solo se considerarán TES si existe una interacción entre su discapacidad y los riesgos laborales específicos que pueda comprometer su salud o seguridad; en caso contrario, si tras la evaluación se concluye que los riesgos les afectan en igual medida que a cualquier otro trabajador sin discapacidad, no se les atribuirá dicha condición. Véase Moreno Solana, Amanda, «Una “vuelta de tuerca” a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en *Monografías de Temas Laborales. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al Profesor Santiago Gon-*

estado biológico conocido —incluida la discapacidad física, psíquica o sensorial reconocida—, son más vulnerables a los riesgos laborales. En estos casos, la empresa debe garantizar su protección mediante una evaluación específica de riesgos y la adopción de medidas preventivas y de protección adecuadas. Asimismo, el art. 15.1.d impone la obligación general de adaptar el puesto de trabajo.

Parte de la doctrina sostiene que esta protección no se limita exclusivamente a los TES y a las personas con discapacidad⁴⁶, conforme a los arts. 2 del TRLGDPD y 6.1.a de la LIITND, sino que se extiende a otros colectivos vulnerables, precisamente por sus características personales o estado biológico conocido. Esta interpretación sistemática evita un enfoque excesivamente restrictivo y permite incluir a trabajadores no discapacitados (o con una enfermedad equiparable o una incapacidad permanente —GI, IPA o IPT—)⁴⁷, pero en situación de especial vulnerabilidad, como quienes tengan reconocida una IPP, hayan sufrido una IT por enfermedad común o profesional, sean de edad avanzada con una capacidad laboral reducida o presenten condiciones de salud específicas, como alergias u obesidad. En estos casos, el empresario debe agotar las posibilidades de adaptación o, si resulta viable, ofrecer un puesto vacante compatible con las limitaciones del trabajador⁴⁸.

Además, en virtud de la STJUE de 11 de septiembre de 2025, asunto *Bervidi*⁴⁹, la obligación de realizar ajustes razonables se extiende no solamente a las personas discapacitadas, sino también a quienes reciben un trato desfavorable por su vínculo con ellas, como ocurre en el caso de una trabajadora que cuida de su hijo con una discapacidad grave. Esta situación constituye una forma de discriminación indirecta por asociación por razón de discapacidad. En consecuencia, los ajustes razonables no deben limitarse exclusivamente a las necesidades de la persona con discapacidad en su entorno laboral, sino que también deben contemplarse para el trabajador que presta asistencia esencial para que dicha persona reciba los cuidados que requiere.

El alcance de esta doctrina es trascendental, en tanto que, al no apreciarse una limitación funcional, se amplían significativamente las opciones de llevar a cabo una adaptación o de acceder a una vacante. En consecuencia, el concepto de ajuste razonable ha de interpretarse con un enfoque amplio, si bien respetando el límite de la

zález Ortega, (Coord. Susana Barcelón Cobedo, Carmen Carrero Domínguez, Sebastián de Soto Rioja y Santiago González Ortega), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2022, pp. 501-505.

46. Tanto la jurisprudencia del TJUE como la de nuestro TS vinculan el concepto de «ajustes razonables» exclusivamente con la discapacidad. Gofí Sein, José Luis, «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad», ob. cit., p. 23.

47. Algunos autores sostienen que la obligación de adaptar el puesto de trabajo en otros supuestos distintos de la discapacidad deberá fundamentarse en la normativa de prevención de riesgos laborales. Véase Gordo González, Luis, «Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo», ob. cit., p. 22.

48. Véase Dormido Abril, Julia, «Preguntas y respuestas sobre la adaptación del puesto de trabajo», en *Revista de derecho laboral*, vLex, 2024, n.º 12, pp. 25-28.

49. STJUE de 11 de septiembre de 2025, asunto *Bervidi* (ECLI:EU:C:2025:690).

carga excesiva. Otro aspecto relevante es que, aunque el supuesto se refiere a descendientes menores con discapacidad, la argumentación del TJUE podría proyectarse sobre cualquier persona con discapacidad que requiera cuidados, incluso en casos de enfermedades equiparables. Por tanto, la doctrina *Bervidi* debería aplicarse con independencia de la edad, incluyendo a cónyuges o «equiparables» y ascendientes directos, lo que convierte la delimitación del concepto de «cuidador» en un elemento absolutamente determinante⁵⁰.

Por otro lado, parte de la doctrina propone extender el deber empresarial de realizar ajustes razonables a los trabajadores que se reincorporen tras una IT, con el objetivo de evitar que dicha reincorporación derive en un despido objetivo por ineptitud sobrevenida⁵¹. No obstante, cabe advertir que la generalización de esta obligación podría superar los límites de la onerosidad admisible en el marco del ordenamiento laboral.

Asimismo, otro sector doctrinal sostiene que la ampliación general de esta obligación representa una evolución normativa previsible, especialmente en relación con los colectivos legalmente reconocidos⁵², tesis que se refuerza ante la diversidad y flexibilidad de los ajustes razonables aplicables en el entorno laboral. En cualquier caso, debe tenerse presente que dicha obligación no puede implicar una carga excesiva para el empleador, por lo que sería aconsejable que su aplicación se valore conforme a las circunstancias específicas de cada caso y que su regulación se articule preferentemente mediante el cauce de la negociación colectiva, evitando así que una imposición normativa general y abstracta genere efectos adversos sobre la organización productiva.

En conclusión, el derecho a la igualdad de trato y no discriminación se extiende a las condiciones de trabajo de quienes, por sus características personales o estado biológico conocido, resultan especialmente sensibles a determinados riesgos laborales. En tales supuestos, la doctrina sostiene que entra en juego la obligación de evaluar los riesgos y adoptar las correspondientes medidas preventivas y de protección, entre las que puede incluirse la adopción de ajustes razonables, cuya denegación u omisión constituirían una conducta discriminatoria⁵³. No obstante,

50. Véase Beltrán de Heredia Ruíz, Ignasi, «Obligación empresarial de adoptar ajustes razonables para permitir la atención a hijos discapacitados de los trabajadores (STJUE 11/9/25, *Bervidi*)», en *Una Mirada Crítica a las Relaciones Laborales*, disponible en <https://ignasibeltran.com/2025/09/14/obligacion-empresarial-de-adoptar-ajustes-razonables-para-permitir-la-atencion-a-hijos-discapacitados-de-los-trabajadores-stjue-11-9-25-bervidi/> [consultado el 16 de septiembre de 2025].

51. Véase Monereo Pérez, José Luis: «Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2019, n.º 1, vol. 9, p. 732.

52. Goñi Sein, José Luis, «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad», ob. cit., p. 23.

53. Es posible sostener jurídicamente la adaptación del puesto de trabajo de los TES cuando concurren circunstancias vinculadas a su enfermedad o condición de salud. Esta tesis se fundamenta, en primer lugar, en que la negativa a implementar tales ajustes podría constituir una forma de discriminación directa o indirecta basada, precisamente,

dicha obligación se vincula principalmente a la discapacidad —y a los supuestos de enfermedades equiparables—, por lo que la jurisprudencia ha optado por extender su aplicación a través de la LPRL⁵⁴.

3.2. ¿La empresa debe intentar adaptar el puesto de trabajo antes de proceder a un despido por ineptitud sobrevenida?

Debemos partir de que el art. 52.a del ET ha sido paradigmáticamente utilizado para extinguir la relación laboral por ineptitud sobrevenida del trabajador⁵⁵, derivada de enfermedad o accidente, independientemente de la contingencia⁵⁶. A este respecto, debemos tener en consideración los siguientes antecedentes:

En el asunto *Ca Na Negreta*, el TJUE declaró contraria al Derecho comunitario una normativa nacional que permitía al empresario extinguir el contrato de trabajo cuando el trabajador se encontraba en situación de IP sobrevenida durante la relación laboral, sin exigir previamente la adopción o el mantenimiento de ajustes razonables. Esta normativa vulneraba la prohibición de discriminación por razón de discapacidad, al omitir la obligación empresarial de adaptar el puesto de trabajo. En consecuencia, la extinción automática del contrato estaría ignorando dicha obligación, siendo, además, contenido esencial del principio de igualdad de trato.

En este sentido, como se estableció en el asunto *HR Rail*⁵⁷, la obligación de ajustes razonables exige que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado «no apto» para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, sea destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, capacidades y disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para la empresa, no siéndolo cuando exista, al menos, un puesto vacante adecuado a su capacidad.

en dicha condición. En segundo lugar, en que el marco normativo aplicable a las personas con enfermedades asimilables a la discapacidad presenta importantes similitudes con el régimen jurídico de los TES. Y, por último, en que no cabe prescindir de estos trabajadores sin más, habida cuenta de que la doctrina de los ajustes razonables se consolida progresivamente como un criterio esencial tanto en la prevención de la discriminación como en la garantía efectiva de los derechos fundamentales en su conjunto. Cfr. Almendros González, Miguel Ángel, «Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales», ob., cit., p. 55.

54. Otros autores consideran que no sería necesario acudir a la normativa de prevención de riesgos laborales porque la LIITND adopta un enfoque integral y transversal que permite considerar la negativa empresarial a adaptar el puesto de trabajo como una discriminación directa, incluso fuera del ámbito de la discapacidad. Véase Cabeza Pereiro, Jaime, «La discriminación por enfermedad en el despido», ob. cit., pp. 47-49.

55. La ineptitud sobrevenida se configura como una situación objetiva, general y permanente que afecta al desempeño de las funciones pactadas en el contrato de trabajo, sin que medie culpa alguna por parte del trabajador. Véase la STS de 23 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1015) y la STSJ de Asturias de 22 de octubre de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:2617).

56. Véase Monereo Pérez, José Luis: «Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel», ob. cit., p. 688.

57. STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto *HR Rail* (ECLI:EU:C:2022:85).

Así, la ya citada STS de 22 de febrero de 2018, en el marco de la doctrina *Daouidi*, a propósito de un despido objetivo por ineptitud sobrevenida injustificado de una trabajadora que padecía una enfermedad psíquica, decidió que no concurría un motivo discriminatorio, especialmente, porque la empresa adoptó con carácter suficiente las medidas tendentes a la readaptación de la concreta situación de la trabajadora a otros puestos de trabajo que pudieran minimizar las consecuencias de la afectación⁵⁸.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la STS de 23 de febrero de 2022⁵⁹, se declaró la improcedencia de un despido por ineptitud al considerar que los informes de los servicios de prevención no constituyen una prueba incuestionable que permita extinguir automáticamente la relación laboral⁶⁰. La obligación de los servicios de prevención de comunicar al empresario las conclusiones derivadas de los reconocimientos médicos efectuados en el marco de la vigilancia de la salud tiene como finalidad principal permitir la adopción de medidas preventivas que protejan al trabajador afectado. El informe emitido por estos servicios no constituye, *per se*, prueba suficiente para justificar automáticamente el cese, sino que, para acreditar la ineptitud, deberá contener una identificación precisa de las limitaciones funcionales detectadas y su incidencia directa sobre las tareas propias del puesto de trabajo⁶¹, sin que baste la mera afirmación de pérdida de aptitud si no está debidamente fundamentada ni respaldada

58. Este planteamiento revela que, cuando el trabajador presenta una discapacidad y el empleador ha implementado los ajustes razonables, el despido no se califica como nulo por discriminatorio, sino como improcedente, al no haberse vulnerado derechos fundamentales. No obstante, la ausencia de justificación suficiente en la decisión extintiva debió ser considerada en la evaluación de una posible conducta discriminatoria. En efecto, si la empresa no logró acreditar una causa legítima para extinguir la relación laboral, las medidas de adaptación podrían percibirse como una actuación meramente formal, orientada a justificar el despido. Tal circunstancia no neutralizaría el eventual sesgo discriminatorio del acto extintivo, lo que habría podido justificar una declaración de nulidad.

59. STS de 23 de febrero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1015).

60. Como señala Gómez Garrido, el debate no gira en torno al valor probatorio de los informes médicos de los servicios de prevención, que nunca ha sido absoluto, sino al papel del trabajador para desvirtuarlos. Algunas resoluciones exigen que la empresa demuestre las limitaciones funcionales y su impacto en el rendimiento laboral, al considerar que aceptar automáticamente el informe genera indefensión para el trabajador. Otras sentencias, en cambio, otorgan efectos jurídicos al informe, salvo prueba en contrario, al declarar la ineptitud. Ambas posturas aplican el art. 105.1 de la LRJS, que impone a la empresa la carga de probar los hechos que motivan el despido, también en los supuestos del artículo 120. Sin embargo, esta exigencia puede derivar en la indefensión del empresario, al requerir pruebas inaccesibles sin la colaboración del trabajador. No se trata de una *probatio diabólica*, sino de una *probatio impossibile*, al exigirse acreditar hechos vedados al conocimiento del empleador. Así, si el trabajador no aporta pruebas ni contradice el informe, este debería considerarse suficiente para justificar la ineptitud, cumpliendo la empresa con la carga probatoria. Más aún, dado que solo el trabajador tiene acceso a sus datos de salud, resulta inexcusable exigirle que los proporcione en juicio si desea cuestionar el valor científico del informe, que constituye la única prueba válida para extinguir la relación laboral. Cfr. Gómez Garrido, Luisa María, «El despido objetivo por ineptitud psicofísica sobrevenida y su peculiar paradigma probatorio», ob. cit.

En este sentido, destaca la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de mayo de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:1383) al señalar que: «Si el informe del servicio de prevención no considera tal posibilidad de adaptación del puesto y califica directamente al trabajador como no apto, es dicho trabajador quien, poniendo de manifiesto las dolencias y limitaciones que, recordemos, solo a él le constan y no a la empresa, podría cuestionar tal conclusión».

61. Además, la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:676) exige identificar las alternativas que la empresa pueda adoptar para adaptar el puesto o reubicar al trabajador, siempre que ello no implique una carga excesiva.

por otros medios probatorios, especialmente cuando el trabajador la contradiga y la entidad gestora haya descartado la invalidez permanente para su profesión habitual.

Así lo entiende también la STS de 4 de febrero de 2025⁶², que reconoce la nulidad de un despido por ineptitud sobrevenida de una trabajadora diagnosticada con adenocarcinoma de endometrio y, posteriormente, con trastorno depresivo recurrente. Este se basó exclusivamente en un informe del servicio de prevención que la calificaba como «no apta» para su puesto, sin que se acreditara la realización previa de ajustes razonables ni la exploración de alternativas de adaptación funcional, lo que constituye una vulneración del principio de no discriminación por razón de discapacidad.

En este contexto, fuera del ámbito específico de la discapacidad, la jurisprudencia ha desarrollado una interpretación sistemática de la normativa de riesgos laborales que impone al empresario la carga de probar la imposibilidad de que el trabajador continúe desempeñando las funciones esenciales de su puesto. Asimismo, debe demostrar la inviabilidad de realizar una adaptación o una reubicación en otro puesto compatible con sus capacidades. En consecuencia, el despido objetivo no puede aplicarse de forma inmediata, sino que únicamente se admite como una medida subsidiaria o de *última ratio*, tras agotar las alternativas de adaptación o recolocación. De no cumplirse estos requisitos, la extinción del contrato será calificada como improcedente, pero en base a los arts. 14.1, 15.1.d y 25.1 de la LPRL, y no en el deber de efectuar ajustes razonables, que continúa estando limitado a las personas con discapacidad en virtud del art. 6.1 de la LIITND, sin que ello implique la nulidad⁶³.

4. El despido discriminatorio

4.1. La difusa frontera entre improcedencia y nulidad

En virtud del art. 55.5 ET, será nulo el despido que tenga por móvil «alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la ley» (en concreto, las referidas en el art. 14 CE y en la LIITND, que desarrolla y amplía legalmente el listado de causas discriminatorias que dejaba abierto el texto constitucional); o bien, se produzca «con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora».

62. STS de 4 de febrero de 2025 ((ECLI:ES:TS:2025:509).

63. Debería declararse la nulidad de estos despidos, dado que la enfermedad constituye un motivo de discriminación y, en consecuencia, la extinción contractual basada en dicha causa será nula si la empresa no ha observado el procedimiento legalmente previsto para la extinción por ineptitud sobrevenida, conforme al art. 52.a del ET. Véase Cordero Gordillo, Vanesa: «El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y no discriminación», ob. cit., pp. 22-23.

Se ha excluido la posibilidad de justificar el despido del trabajador —y eludir así su calificación como nulo— mediante la mera alegación del impacto económico derivado de su situación de IT, desvinculando dicha decisión de su estado de salud. En la práctica, el fundamento real suele residir en el perjuicio económico y organizativo que ocasionan las ausencias laborales prolongadas o recurrentes asociadas a una misma patología. En consecuencia, debe reconocerse que la IT está intrínsecamente ligada a un proceso de enfermedad, y dado que esta constituye una causa autónoma de discriminación, no puede prevalecer el interés empresarial —amparado en el art. 38 de la CE— sobre el derecho del trabajador enfermo a no ser discriminado. Sostener que la nulidad del despido únicamente procede cuando existe una motivación explícita de estigmatización —esto es, basada en la naturaleza de la dolencia o la condición de salud— supondría vaciar de contenido la LIITND, cuya finalidad es precisamente la tutela frente a este tipo de prácticas excluyentes, y equivaldría, en la práctica, a reproducir el régimen jurídico anterior, contrario a los principios constitucionales de igualdad y dignidad⁶⁴.

No obstante, el despido de un trabajador en situación de IT no conlleva de forma automática u objetiva el efecto de la nulidad, sino que debe acreditarse el móvil discriminatorio del empresario, esto es, que el despido se debe a la enfermedad o estado de salud del trabajador. Por tanto, habrá que analizar cada caso concreto para dirimir si ha existido tal móvil discriminatorio o no, en cuyo caso el despido sería nulo; o si no existen indicios que lo demuestren, en cuyo caso el despido será procedente o improcedente⁶⁵. La jurisprudencia, con fundamento en los arts. 96.1, 177.1 y 181.2 de la LRJS, así como en el art. 30.1 de la LIITND, sostiene que, para que un despido sea considerado discriminatorio por enfermedad o condición de salud y, por tanto, nulo, es necesario aplicar un denominado *test* de aplicación⁶⁶, que exige los siguientes requisitos:

En primer lugar, acreditar la existencia de una enfermedad, condición de salud, estado serológico o predisposición genética. Esta prueba resultará sencilla cuando el trabajador se encuentre en situación de IT; en caso contrario, será necesario aportar la prueba correspondiente.

64. Cfr. Cordero Gordillo, Vanessa: «El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y no discriminación», ob. cit., pp. 18-19.

65. La STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCLM:2024:809) precisa que «no se han modificado las causas de nulidad del despido, ex art. 55.5 ET, tampoco la Ley 15/2022, establece supuestos de nulidad objetiva como en el precepto indicado, maternidad, y otros». Por tanto, a la hora de analizar un despido en situación de enfermedad «puede resolverse tanto la nulidad como la improcedencia, de tal forma que la declaración de nulidad exigirá acreditar que el cese laboral sea consecuencia de situación de enfermedad o estado de salud; y si se presenta como ajeno, bien por razones disciplinarias u otras, derivadas del proceso, u objetivas que imposibilitan para el ejercicio de determinadas actividades, o por razón de salud pública, el despido podría ser correcto o improcedente».

66. Entre otras, las SSTSJ de Madrid de 23 de enero de 2025 (ECLI:ES:TSJM:2025:949), de Cantabria de 19 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:291), de Asturias de 20 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:406) y de Castilla y León de 18 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCL:2024:1001).

En segundo lugar, demostrar una conexión causal entre la enfermedad o condición de salud del trabajador y su despido. Se deben aportar indicios suficientes⁶⁷ que permitan valorar que el despido pudiera tener como causa la enfermedad del trabajador, y no otra u otras, es decir, debe presentarse un panorama indiciario favorable de apreciación⁶⁸. Inicialmente, el deber de aportarlos le corresponde al trabajador presuntamente discriminado, y una vez hecho, actuará la inversión de la carga de la prueba a favor del empresario. Por tanto, en cuanto al punto de vista objetivo o probatorio, la empresa será la que deba justificar la decisión extintiva (arts. 96.1 de la LRJS y 30 de la LIITND).

En tercer lugar, que el empleador no logre probar que el despido ha tenido otra causa o causas distintas a la enfermedad, la situación de baja médica o el estado de salud del trabajador⁶⁹.

En este contexto, debemos señalar que el mero hecho de despedir a un trabajador durante una situación de IT ha sido tradicionalmente considerado un indicio débil de discriminación⁷⁰. No obstante, la jurisprudencia ha evolucionado hacia una interpretación matizada, admitiendo que, en ausencia de una justificación objetiva y razonable por parte del empleador, puede constituir un indicio suficiente de discriminación por razón de enfermedad⁷¹.

A tal efecto, es fundamental señalar que la tutela antidiscriminatoria se activa por razón de la enfermedad o condición de salud, independientemente de la existencia de una baja médica o IT. Por tanto, la discriminación puede apreciarse incluso en ausencia de esta⁷².

De este modo, la calificación jurídica del despido —como nulo o improcedente— exige un análisis individualizado del caso, atendiendo a factores como la duración de

67. La STS de 20 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4886) señala que dichos indicios deben ser «entendidos como fenómenos que permiten inferir la existencia de otros no percibidos». Asimismo, se exige que «generen una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación o lesión del derecho fundamental». En este sentido, «es el afectado por la eventual infracción quien debe aportar un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la parte demandada ha actuado guiada por intereses ilícitos contra derechos fundamentales racionalmente reconocidos». Así, «en el correcto entendimiento del artículo 181.2 de la LRJS los indicios son señales o acciones que manifiestan o evidencian —de forma inequívoca— algo oculto, lo que resulta muy diferente de sospechar que es imaginar algo por conjeturas fundadas en las apariencias».

68. Véase la STSJ de Canarias de 18 de enero de 2024 (ECLI:ES:TSJICAN:2024:211).

69. Así, la STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJAS:2024:575), confirma que la ausencia de cualquier tipo de indicio «no obliga al empresario a probar la causa que justifica el despido, pudiendo este admitir su improcedencia ante la imposibilidad de acreditarla».

70. En este sentido, la STSJ de Galicia de 9 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:6502) dispone que «(...) aunque la causa de discriminación no es la situación de incapacidad temporal, sino la enfermedad que la origina, la extinción de la relación laboral durante la incapacidad temporal opera, evidentemente, como indicio de discriminación por enfermedad que, como veremos, en el caso se ve ratificado por otros indicios». Igualmente, la STSJ de Murcia de 30 de abril de 2024 (ECLI:ES:TSJMU:2024:932).

71. En este sentido, la STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TSJCANT:2024:207).

72. Así se entiende en la STSJ de Madrid de 11 de abril de 2025 (ECLI:ES:TSJM:2025:514).

la IT más allá de lo previsto⁷³, la gravedad y persistencia de la enfermedad, sus secuelas previsibles, el conocimiento empresarial de la situación, la coincidencia temporal entre la baja y el despido, y la existencia de antecedentes similares (especialmente cuando el comportamiento discriminatorio es repetido o generalizado). También se valoran la reacción inmediata del empleador tras conocer la baja, comentarios informales de desagrado sobre la misma, el trato desigual respecto a otros trabajadores, la aplicación arbitraria de medidas disciplinarias, la eliminación de previsiones objetivas de continuidad laboral tras conocer la enfermedad y los cambios de actitud empresarial frente a incumplimientos previos. Igualmente, la conducta empresarial manifiestamente fraudulenta o carente de justificación objetiva puede constituir un indicio discriminatorio⁷⁴. Sin embargo, en otros casos, la falta de pruebas suficientes sobre la existencia de la enfermedad o la preexistencia de la decisión extintiva ha llevado a calificar el despido como improcedente, pero no nulo⁷⁵.

4.2. ¿Qué ocurre ahora cuando se declara la incapacidad permanente del trabajador?

Las exigencias derivadas de la DITEO y de la CIDPD, junto con la doctrina *Ca Na Negreta*, han actuado como impulsores de la reciente reforma del ET, el TRLGSS y la LRJS, siendo especialmente relevante la modificación de los arts. 48 y 49 del primero. Conviene recordar que, salvo en aquellos supuestos en los que exista una expectativa razonable de mejoría que permita la reincorporación del trabajador, dichos preceptos permitan que el reconocimiento de una prestación por IPT, IPA o GI, mediante resolución firme —ya sea administrativa o judicial—, conllevara la extinción automática del vínculo laboral, siempre que la incapacidad afectara a una actividad habitual que el trabajador ya no desempeñara en la empresa.

A este respecto, mediante la reciente Ley 2/2025, de 29 de abril, la extinción automática del contrato de trabajo solo se contempla expresamente en caso de fallecimiento del trabajador, regulándose la extinción por reconocimiento de una GI, una IPA o una IPT. No obstante, y sin perjuicio del derecho a la suspensión del contrato durante un período de hasta dos años conforme al art. 48.2 del ET, la extinción contractual únicamente procederá cuando concurren determinadas condiciones:

73. Así se considera en la STSJ de Madrid de 30 de junio de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:7986).

74. En la STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2024 (ECLI:ES:TSJCAT:2024:7927), se consideraron indicios suficientes: la existencia de una enfermedad conocida por la empresa; las presiones ejercidas para que la trabajadora precisara la fecha de reincorporación; la inmediatez del despido tras conocerse la situación de incapacidad temporal y su previsión de duración; la circunstancia de que se trate de un despido sin causa, en la medida en que no se alega ninguna de las legalmente existentes, y luego se reconoce la improcedencia del mismo en el acto del juicio, con opción directa por la no readmisión; y el hecho de que, de manera sucesiva e inmediata a la entrega de la carta de despido, se abone la indemnización correspondiente al despido improcedente. De forma similar, en la STSJ de Cataluña de 26 de julio de 2024 (ECLI:ES:TSJCAT:2024:6539), se apreciaron como indicios relevantes la falta de justificación del despido y el reconocimiento de su improcedencia en la propia carta.

75. Almendros González, Miguel Ángel, «Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales», ob. cit., p. 62.

en primer lugar, que no sea posible realizar ajustes razonables por implicar una carga excesiva para la empresa; en segundo lugar, que no exista un puesto vacante y disponible acorde a su «perfil profesional»⁷⁶ y compatible con las nuevas circunstancias del trabajador; o, por último, cuando existiendo dicha posibilidad, este rechace una propuesta de recolocación adecuadamente propuesta.

La resolución del INSS que reconozca dichas situaciones de incapacidad permanente no implicará, por sí sola, la extinción del contrato de trabajo. Ante tal circunstancia, la persona trabajadora dispondrá de un plazo de diez días naturales desde la notificación de dicha resolución para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de conservar la relación laboral. A su vez, la empresa contará con un plazo máximo de tres meses, computado desde la misma fecha de notificación, para llevar a cabo los ajustes razonables necesarios o, en su caso, proceder al cambio de puesto de trabajo⁷⁷. Si dichos ajustes implicaran una carga desproporcionada o no existiera un puesto vacante adecuado, la empresa podrá acordar la extinción del contrato dentro del mismo plazo, debiendo motivar su decisión y comunicarla por escrito al empleado tras la consulta con el SPRL y la RLT⁷⁸. Durante este período, se entenderá que la relación laboral permanece suspendida, con reserva del puesto de trabajo, mientras se resuelve la viabilidad de los ajustes o del posible traslado a un puesto vacante y disponible⁷⁹.

76. El TJUE, en el asunto *Ca Na Negreta*, establece que el empresario está obligado a adoptar medidas eficaces y prácticas, adaptadas a cada situación individual, para facilitar el acceso, la participación y el progreso profesional de las personas con discapacidad, incluida la formación, siempre que no supongan una carga excesiva. Esta obligación se refleja también en el nuevo art. 49.1.n, que atribuye a los servicios de prevención la determinación de medidas de ajuste —entre ellas, formación, información y vigilancia de la salud— y la identificación de puestos compatibles, lo que permite entender que dichas medidas pueden incluso superar el perfil profesional previo del trabajador.

77. La relación laboral se considerará suspendida, con reserva del puesto de trabajo, mientras se resuelven los ajustes razonables o el traslado a un puesto vacante conforme al art. 49.1.n del ET.

78. La empresa deberá consultar a los SPRL, previa intervención de la RLT, conforme a los arts. 33 y 36 de la LPRL, para que este emita un dictamen técnico que proponga medidas de adaptación, identifique puestos compatibles y contemple acciones de formación, información y vigilancia de la salud. Sin embargo, esta atribución otorga al SPRL un papel decisorio que excede su función legal de asesoramiento técnico (arts. 14.1 y 14.4 de la LPRL). En este sentido, es dudoso el alcance de esta intervención en casos de ineptitud sobrevenida (art. 52.a del ET) o en la obligatoriedad de las evaluaciones médicas (art. 22 de la LPRL), ámbitos donde la legislación apenas les reconoce protagonismo.

79. La STSJ del País Vasco de 10 de junio de 2025 (ECLI:ES:TSJPV:2025:2676) confirma la extinción del contrato de una trabajadora declarada en situación de IPT, al considerar que la empresa actuó con la diligencia exigible en la evaluación de posibles adaptaciones. La empleadora solicitó un informe al servicio de prevención, que no propuso adaptación alguna del puesto, tras revisar los protocolos médicos del mismo. La trabajadora, por su parte, no concretó adaptaciones viables que hubieran sido omitidas por la empresa, limitándose a alegaciones genéricas sobre la adaptación de instalaciones y eliminación de barreras arquitectónicas. Tampoco existió una solicitud expresa de adaptación por parte de la trabajadora, lo que impide valorar la actuación empresarial conforme a lo previsto en el art. 49.1 n) del ET, tras la reforma operada por la Ley 2/2025. En consecuencia, se concluye que la empresa intentó los ajustes razonables y, constatada su inviabilidad, extinguió válidamente el contrato sin vulnerar la normativa antidiscriminatoria por razón de discapacidad, por lo que se desestima la pretensión indemnizatoria de la demandante.

Referencias bibliográficas

- Agustí Maragall, Joan, «El despido por enfermedad o condición de salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (doctrinales y judiciales)», en *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 2023, n.º. 243, pp. 18-36.
- Aguilera Izquierdo, Raquel, *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, 1º ed., Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2023.
- Almendros González, Miguel Ángel, «Discriminación por enfermedad en las relaciones laborales», en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 2024, n.º 12, pp. 41-67.
- Moreno Solana, Amanda, «Una “vuelta de tuerca” a la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en *Monografías de Temas Laborales. Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Homenaje al Profesor Santiago González Ortega*, (Coord. Susana Barcelón Cobedo, Carmen Carrero Domínguez, Sebastián de Soto Rioja y Santiago González Ortega), Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2022.
- Cabeza Pereiro, Jaime, «La discriminación por enfermedad en el despido», en *Revista de Derecho Social*, 2023, n.º 102, pp. 37-56.
- Cordero Gordillo, Vanessa: «El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y no discriminación», en *Lex Social. Revista Jurídica de Derechos Sociales*, 2023, n.º 1, vol. 13, pp. 1-27.
- Dormido Abril, Julia, «Preguntas y respuestas sobre la adaptación del puesto de trabajo», en *Revista de derecho laboral, vLex*, 2024, n.º 12, pp. 23-31.
- Gordo González, Luis, «Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo», en *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2023, n.º extraordinario «Tormenta de reformas», vol. 4, pp. 103-121.
- Góñi Sein, José Luis, «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad», en *Revista Justicia & Trabajo*, n.º 1, 2022, pp. 5-27.
- Martínez-Gijón Machuca, Miguel Ángel, *La extinción del contrato por enfermedad/ discapacidad del trabajador*, 1º ed., edit. Bomarzo, Albacete, 2017.
- Monereo Pérez, José Luis: «Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel», en *Lex social: revista de los derechos sociales*, 2019, n.º 1, vol. 9, pp. 681-746.

Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. Versión abreviada*, trad. Red de Habla Hispana en Discapacidad (RHHD), IMSERSO, Madrid, 2001.

Villarino Moure, Carlos, «A vueltas con la discriminación por razón de enfermedad en la Ley 15/2022: sobre la causa y la posible justificación», en *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 2024, n.º 252, pp. 18-44.

Webgrafía

Gómez Garrido, Luisa María, «El despido objetivo por ineptitud psicofísica sobrevenida y su peculiar paradigma probatorio», en *El Derecho*, 2023, [en línea], <https://elderecho.com/despido-objetivo-por-ineptitud-psicofisica-sobrevenida-y-peculiar-paradigma-probatorio> [consultado el 13 de septiembre de 2025].

Herrero Jaén, Sara, «Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud», *Revista Ene*, 2016, n.º 2, vol. 10, disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X2016000200006 [consultado el 11 de agosto de 2025].

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 11/10/2025 || Aceptado: 04/12/2025

Las dotaciones económicas a los grupos municipales

Financial Allocations to Municipal Groups

Álvaro González-Juliana Muñoz  0000-0001-5048-5710

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Extremadura, España.

agonzalezjuliana@unex.es

Resumen

El artículo analiza el régimen jurídico de las dotaciones económicas a los grupos municipales, poniendo de relieve la insuficiente regulación, en especial, en lo referente al destino que puede darse a los fondos públicos y al control que sobre esta subvención ejerce el Pleno de la Corporación. El trabajo incorpora algunas propuestas para mejorar la rendición de cuentas de estas subvenciones.

Palabras clave: grupos políticos; financiación; subvenciones; transparencia.

Abstract

The article analyzes the legal framework governing financial allocations to municipal political groups, highlighting the insufficient regulation, particularly regarding the permitted use of public funds and the oversight exercised by the Plenary of the Municipal Corporation. The paper includes several proposals aimed at improving the accountability of these subsidies.

Keywords: European olitical groups; funding; grants; transparency.

Sumario

1. Introducción
2. La naturaleza de subvención de la dotación económica a los grupos municipales
3. El régimen jurídico de las subvenciones a los grupos municipales
 - 3.1. El carácter potestativo y las cuantías de la subvención
 - 3.2. El destino de los fondos
 - 3.3. Las aportaciones a los partidos políticos
 - 3.4. El control de la subvención: la contabilidad específica
4. La transparencia de las subvenciones a los grupos municipales
 - 4.1. Publicidad activa
 - 4.2. Derecho de acceso a la información
5. A modo de reflexión final
6. Bibliografía y otras fuentes

I. Introducción

Pese a su relevancia para la democracia local y su importancia económica –superior a los 13 millones de euros para el conjunto de las corporaciones capitales de provincia en 2022–¹, las dotaciones económicas a los grupos municipales adolecen de una regulación insuficiente, en especial, en lo referente al destino que puede darse a los fondos públicos y al control que sobre esta subvención ejerce el Pleno de la Corporación. La regulación principal de estas dotaciones económicas se contiene en el artículo 73.3 de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL) que se complementa con el desarrollo normativo efectuado por los ayuntamientos, generalmente a través del Reglamento Orgánico Municipal (ROM) de cada Corporación –si bien, en la mayoría de los casos, estos se limitan a una mera reproducción del artículo 73.3 LBRL–. Como ha señalado el Tribunal de Cuentas, aunque el ROM constituye el instrumento normativo que se considera más idóneo para regular los aspectos esenciales de las dotaciones económicas a los grupos municipales, la mayoría de los ayuntamientos ha completado este régimen mediante acuerdos singulares del Pleno de la Corporación o a través de las Bases de ejecución de los presupuestos, cuya vigencia se limita al ejercicio presupuestario anual².

La realidad ha puesto de manifiesto que en muchos ayuntamientos no se realiza control alguno sobre estas subvenciones y que los grupos municipales transfieren una parte significativa de la subvención a los partidos políticos de los que proceden. Esta posibilidad, prevista en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica sobre financiación de los partidos políticos (LOFPP)³, ha sido, sin embargo, objeto de crítica tanto por la doctrina como por el Tribunal de Cuentas, que en varios de sus informes de fiscalización ha recomendado que las relaciones entre los grupos políticos y sus formaciones políticas de origen se formalicen mediante acuerdos en los que se detallen los servicios que el partido político se compromete a prestar a cada grupo político, acompañados de una valoración económica de los mismos.

En particular, en el informe de fiscalización de las actuaciones realizadas por los ayuntamientos de municipios capitales de provincia en relación con las dotaciones económicas asignadas a los grupos municipales del ejercicio 2022 –publicado a finales de 2023– el Tribunal de Cuentas recomendó al Gobierno que ejerciese su iniciativa legislativa para promover que, en la normativa básica sobre el régimen local, se estableciese con mayor nivel de detalle la regulación sobre las dotaciones económicas a los grupos políticos, incluyendo, entre otros aspectos, el destino que debe darse a los fondos asignados.

1. Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización de las actuaciones realizadas por los ayuntamientos de municipios capitales de provincia en relación con las dotaciones económicas asignadas a los grupos municipales, ejercicio 2022*.

2. Las referencias a las Bases de ejecución del presupuesto municipal contenidas en este trabajo se refieren, salvo que se indique expresamente lo contrario, al ejercicio 2025.

3. Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos.

Pues bien, lejos de atender las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, el legislador ha reformado el artículo 73.3 LBRL mediante la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. En su nueva redacción, se establece que las aportaciones que los grupos políticos destinen a los partidos políticos no serán objeto de contabilidad específica, salvo las cantidades que, en su caso, pueda reservarse el grupo municipal, que deberán ponerse a disposición del Pleno de la Corporación siempre que este lo solicite. Esta modificación, como se analizará a lo largo de este artículo, restringe tanto el control que corresponde a la propia Corporación como el que puede ejercer la ciudadanía al amparo de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTBG)⁴.

2. La naturaleza de subvención de la dotación económica a los grupos municipales

La LBRL establece que, a los efectos de su actuación corporativa, los miembros de las corporaciones locales se constituirán en grupos políticos, con excepción de aquellos que no se integren en el grupo político que constituya la formación electoral por la que fueron elegidos o que abandonen su grupo de procedencia, que tendrán la consideración de miembros no adscritos.

Así, para el Tribunal Constitucional, la integración de los concejales en los grupos políticos constituye un «derecho-deber» cuya finalidad es la organización grupal del trabajo corporativo⁵. En efecto, los grupos políticos –como ha señalado el Tribunal Supremo– son un elemento organizativo de la estructura de los órganos de gobierno del municipio, y se configuran como una vía esencial para que los representantes populares que forman parte de las respectivas corporaciones participen en su actividad democrática⁶.

A este respecto, para facilitar el funcionamiento de los grupos políticos, el artículo 73.3 LBRL establece que el Pleno de la Corporación, con cargo a sus presupuestos, podrá asignar una dotación económica a los grupos municipales que deberá contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos, y otro variable, en función del número de miembros de cada uno de ellos, dentro de los límites que, en su caso, se establezcan en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

4. Ley 19/2013, de 9 de diciembre, transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

5. STC 30/1993, de 15 de enero (ECLI:ES:TC:1993:30).

6. STS 8 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:12769).

Esta dotación económica se complementa con otras ayudas materiales y personales que, con anterioridad a la LBRL, ya preveía el artículo 27 del ROF⁷. Este precepto establece que, en la medida de lo posible, las corporaciones pondrán a disposición de los grupos políticos un despacho o local donde puedan reunirse de forma independiente y recibir a los ciudadanos, así como una infraestructura mínima de medios materiales y personales.

En efecto, generalmente los Ayuntamientos ponen a disposición de los grupos municipales medios materiales y capital humano de la Corporación, que se concreta en un local generalmente equipado con medios informáticos, telefónicos, reprográficos, servicio de limpieza, en el suministro de materiales no inventariables en igualdad de condiciones que el resto de las oficinas municipales y en la disposición de personal eventual de apoyo a las tareas administrativas de los grupos en número proporcional al de concejales⁸.

Pues bien, la regulación de la dotación económica que realiza el artículo 73.3 LBRL es escasa, especialmente en lo relativo al destino que puede darse a los fondos públicos y a su correspondiente control por parte del Pleno de la Corporación.

Debe decirse, en primer lugar, que el artículo 73.3 LBRL alude a «dotación económica», eludiendo la referencia a la figura de la subvención como sí reflejan los artículos 28 del Reglamento del Congreso de los Diputados y 32 del Reglamento del Senado. La comparación con la regulación de las subvenciones a los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados y del Senado es obligada, en la medida en que la exposición de motivos de la Ley 11/1999, de 21 de abril⁹ –que introdujo el apartado 3 del artículo 73 LBRL– reconocía que este nuevo precepto seguía una «regulación similar» a la que se contempla en el Reglamento del Congreso de los Diputados.

Por otra parte, el artículo 4.d) de la Ley General de Subvenciones (LGS)¹⁰ excluye del ámbito de aplicación de dicha norma a las subvenciones a los grupos políticos de las corporaciones locales, al disponer de una regulación específica. Así, la LGS considera que las dotaciones económicas que reciben los grupos municipales son verdaderas subvenciones y, por ello, no se incluyen entre los supuestos que no tienen carácter de subvenciones, a los que hace referencia el artículo 2.4 LGS, sino entre los casos de determinadas subvenciones que, por disponer de una regulación específicas, permanecen fuera del ámbito de aplicación de la LGS.

7. Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

8. Véase, a título de ejemplo, artículo 10.3 ROM del Ayuntamiento de Burgos; artículo 24 ROM del Ayuntamiento de Cádiz; artículo 52 ROM del Ayuntamiento de Guadalajara; artículo 51 ROM del Ayuntamiento de Huesca; o artículo 37 ROM del Ayuntamiento de Salamanca.

9. Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas.

10. Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

El reconocimiento del carácter de subvención de estas ayudas económicas abre la puerta a una aplicación analógica de la LGS en aquellos aspectos esenciales que no están regulados por el artículo 73.3 LBRL y por las normativas locales, al contener esta norma los principios generales del derecho administrativo comunes a todas las ayudas públicas. De hecho, la disposición adicional segunda de la LOFPP establece que, en lo no regulado por la LOFPP en materia de subvenciones, será de aplicación lo previsto en la LGS.

En definitiva, las dotaciones económicas de los grupos municipales son auténticas subvenciones al concurrir las notas características de la subvención que recoge el artículo 2.1 LGS, como reconoce la doctrina¹¹, el Tribunal de Cuentas¹² y la normativa local de varios ayuntamientos¹³.

Reconocida la naturaleza de subvención de las asignaciones económicas que reciben los grupos municipales lo que procede ahora es analizar el régimen jurídico de estas ayudas a lo que dedicamos el siguiente epígrafe.

3. El régimen jurídico de las subvenciones a los grupos municipales

3.1. El carácter potestativo y las cuantías de la subvención

El artículo 73.3 LBRL establece, en primer lugar, que el Pleno de la Corporación «podrá» asignar a los grupos municipales una dotación económica, de lo que se deduce con claridad que la subvención a los grupos municipales tiene un carácter potestativo, a diferencia de las subvenciones que reciben los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados y del Senado, que tienen un carácter preceptivo¹⁴. De hecho, varios ayuntamientos no conceden subvenciones a los grupos municipales¹⁵.

11. Pascual García, José; Rodríguez Castaño, Antonio Ramón; Valero Escribano, José Ignacio, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2025, p. 58; Bueno Armijo, Antonio, *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 119.

12. Véase la Sentencia 18/2011, de 19 de diciembre, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

13. Véase, a título de ejemplo, el artículo 1.1 del Reglamento regulador de las asignaciones económicas a los grupos políticos municipales del Ayuntamiento de Teruel, o el artículo 40.1 ROM del Ayuntamiento de Zamora.

14. Así lo establece el artículo 28 del Reglamento del Congreso de los Diputados [«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 (...)»], y el artículo 32 del Reglamento del Senado [«El Senado facilitará a los Grupos parlamentarios una subvención (...)»]. Los Reglamentos de los parlamentos autonómicos también establecen el carácter preceptivo de las subvenciones a los grupos parlamentarios. Véase, a título de ejemplo, el artículo 40.1 del Reglamento de la Asamblea de Extremadura.

15. Tal es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Murcia, que entre los años 2019 y 2023 no concedió subvenciones a los grupos políticos, o del Ayuntamiento de León, que tampoco lo hizo en el año 2022. Véase Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización*, op. cit. p. 37.

Por otra parte, el artículo 73.3 LBRL dispone que la subvención a los grupos políticos debe contar con un componente fijo, idéntico para todos los grupos, y otro variable, en función del número de miembros de cada grupo, dentro de los límites que se establezcan, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. El precepto no concreta cómo debe llevarse a cabo la distribución de la subvención entre los dos componentes –el fijo y el variable– lo que da lugar a que en los diferentes ayuntamientos el porcentaje entre uno y otro componente varíe significativamente.

Así, en algunas corporaciones locales el componente variable adquiere un mayor peso respecto del componente fijo¹⁶, llegando incluso a representar prácticamente la totalidad de la subvención¹⁷, mientras que en otros ayuntamientos se opta por asignar una mayor proporción al componente fijo¹⁸. Pese a esta diversidad, y según recoge el Tribunal de Cuentas¹⁹, el componente fijo representa, en media ponderada, el 36 % de la dotación económica global, mientras que el 64 % restante corresponde al componente variable²⁰.

De otra parte, el artículo 73.3 LBRL establece que el Pleno de la corporación debe asignar la subvención a los grupos políticos respetando los límites establecidos por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. No obstante, como señala el Tribunal de Cuentas, hasta la fecha dichos límites no se han concretado en las distintas Leyes anuales de Presupuestos, lo que implica que cada Corporación goza de un amplio margen de discrecionalidad para fijar el importe de las subvenciones que concede a sus grupos municipales²¹.

En cambio, algunas corporaciones sí que han establecido límites cuantitativos a las subvenciones a sus grupos municipales, ya sea fijando un límite máximo a la dotación económica global anual destinada al conjunto de los grupos mediante un porcentaje del presupuesto de cada ejercicio²², o bien determinando que la asignación anual a los grupos municipales no puede exceder las retribuciones brutas de un concejal en régimen de dedicación exclusiva²³.

16. Como es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Badajoz. Véase la base 41 bis de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Badajoz.

17. Como ocurre, destacadamente, en el Ayuntamiento de Granada, en el que el componente fijo es de 1 € mensual por grupo político, frente a los 1.100 € mensuales por cada miembro del grupo municipal. Véase la base 24ª de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Granada.

18. Como es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Cáceres (artículo 36 de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Cáceres del año 2024).

19. Véase Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización*, op. cit. anexo 6.

20. En esta media se encuentra, por ejemplo, el Ayuntamiento de Salamanca, que distribuye un tercio de la dotación económica en el componente fijo y el resto en el componente variable (artículo 37.2 ROM del Ayuntamiento de Salamanca).

21. Véase Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización*, op. cit. p. 25.

22. Artículo 28.2 ROM del Ayuntamiento de Valladolid.

23. Artículo 55 ROM del Ayuntamiento de Palencia.

En todo caso, estos límites no atienden al coste real del funcionamiento del grupo político, que es la actividad a cuya satisfacción está dirigida la subvención. En este sentido, el Tribunal de Cuentas ha constatado que, por lo general, la asignación económica anual no refleja los costes reales del funcionamiento de los grupos municipales. Así, en todos los ayuntamientos de los municipios capitales de provincia –que son los fiscalizados por el Tribunal de Cuentas– dicha asignación se determina de forma global y a tanto alzado, ya sea por grupo y concejal o tomando como referencia el importe de ejercicios anteriores, con la respectiva actualización en su caso. Esto es, las asignaciones no se basan en estudios específicos que consideren los costes reales de las actividades desarrolladas²⁴.

Sin embargo, algunas corporaciones establecen en su normativa que el importe de la asignación global no podrá superar el coste estimado de la actividad de los grupos municipales en el desempeño de sus funciones²⁵.

Esta falta de previsión generalizada resulta relevante, ya que, como se ha señalado, la dotación económica tiene naturaleza de subvención. Y aunque la LGS no sea directamente aplicable, uno de los principios que establece dicha norma es el de la no rentabilidad de la subvención²⁶, en virtud del cual, si la cuantía concedida supera el coste de la actividad subvencionada, procede el reintegro del exceso²⁷. En todo caso, parece claro que la falta de determinación del destino de los fondos públicos y la ausencia de unos gastos subvencionables en la LBRL dificulta la cuantificación del coste del funcionamiento del grupo político.

3.2. El destino de los fondos

La exposición de motivos de la Ley 11/1999, de 21 de abril, a la que ya se ha hecho referencia, señala con claridad que la finalidad de la subvención a los grupos municipales es garantizar su funcionamiento, de forma similar a las subvenciones que para los grupos parlamentarios prevén los Reglamentos del Congreso y del Senado. Con relación a estas subvenciones, el Tribunal Constitucional, sostuvo hace ya algunos años que su finalidad «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 legal, han de integrarse de los recursos económicos necesarios»²⁸. Por su parte, el

24. Véase Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización*, op. cit. p. 26.

25. Véase artículo 41.4 ROM del Ayuntamiento de Zamora.

26. Véase artículo 19.3 LGS.

27. Véase artículo 37.3 LGS.

28. STC 214/1990, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TC:1990:214).

Tribunal de Cuentas –refiriéndose en concreto a los grupos municipales– ha reafirmado esta finalidad²⁹.

Sin embargo, la LBRL no establece qué clases de gastos están relacionados con el funcionamiento de los grupos municipales. Es decir, no existe una definición de gastos subvencionables. No obstante, el artículo 73.3 LBRL establece dos prohibiciones relativas al destino de los fondos: estos no podrán destinarse al pago de remuneraciones de personal de cualquier tipo al servicio de la corporación, ni a la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial.

Junto con estas dos prohibiciones, el artículo 73.3 LBRL, tras su última reforma, reconoce expresamente la posibilidad de que los grupos municipales realicen aportaciones a los partidos políticos. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

3.2.1 Prohibición del pago de remuneraciones de personal al servicio de la Corporación

La LBRL permite que, con cargo a los fondos de la subvención, se contrate a personal externo para la realización de tareas administrativas o de asesoramiento necesarias para que el grupo municipal pueda desarrollar las funciones que tiene atribuidas. Lo que prohíbe el artículo 73.3 LBRL es que la subvención se destine al pago de remuneraciones –en forma de sobresueldo– al personal al servicio de la Corporación. Cabe destacar que el precepto se refiere al personal de cualquier tipo al servicio de la entidad, lo que incluye también a los propios concejales, como ha confirmado el Tribunal Supremo³⁰.

Esta prohibición supone, además, una diferencia significativa respecto de la regulación establecida en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, que no contemplan ningún tipo de gasto no admisible. La ausencia de esta prohibición ha permitido que, en la práctica, parte de la subvención parlamentaria se utilice para complementar la retribución de los diputados y senadores. Así ha ocurrido en algunos casos, especialmente, en el de aquellos parlamentarios que forman parte de las cúpulas directivas de sus formaciones políticas, tal y como lo reflejan las propias declaraciones sobre actividades y bienes que están obligados a presentar ante la Cámara respectiva³¹.

29. Véase la Sentencia 18/2011, de 19 de diciembre, de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, FD 10.

30. STS de 3 de julio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5493).

31. Véase González-Juliana Muñoz, Álvaro, «Subvenciones a grupos parlamentarios y rendición de cuentas. Reflexiones en torno al alcance de la Ley de Transparencia», *Estudios en derecho a la información*, n.º 18, 2024, p. 218.

Por otra parte, cabe reseñar que alguna normativa local ha ido más allá, al extender la prohibición de destinar los fondos a gastos de personal, incluyendo expresamente la remuneración de aquellas personas que hayan prestado servicios en la Corporación durante los últimos cuatro años³².

3.2.2. 3.2.2 Prohibición de la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial

La LBRL establece como segunda prohibición la de que los grupos municipales puedan adquirir con los fondos de la subvención la adquisición de bienes que puedan constituir activos fijos de carácter patrimonial. La justificación de esta prohibición se encuentra en la naturaleza temporal de los grupos municipales, cuya constitución y disolución se produce con cada mandato. Seguramente, la LBRL debería reconocer una excepción a esta prohibición que permitiese la adquisición de bienes inventariables de escaso valor, cuya cuantía se concrete en la normativa interna de la entidad local, con la finalidad de facilitar la gestión y el funcionamiento ordinario de los grupos políticos³³. Y, de hecho, así lo contemplan la normativa de algunas corporaciones³⁴.

3.2.3. 3.2.3 Otros límites previstos por la normativa local: los bienes y servicios proporcionados directamente por la Corporación

Como se ha expuesto, las ayudas que las corporaciones locales ponen a disposición de los grupos municipales no se limitan únicamente a la concesión de subvenciones para garantizar su funcionamiento, sino que incluyen también medios materiales y personales a cargo de la propia Corporación. Por ello, la normativa de algunos ayuntamientos establece que los grupos municipales no pueden satisfacer con cargo a la subvención gastos o bienes suministrados directamente por la Corporación³⁵, y que consideramos debería incluirse en la LBRL.

Este límite impide, por ejemplo, que los grupos municipales dediquen parte de la subvención a alquilar locales privados cuando la Corporación pone a su disposición despachos y salas donde sus miembros pueden reunirse de forma independiente y recibir a los ciudadanos. En tal caso, carecería de sentido que el grupo municipal

32. Artículo 5.1.k) del Reglamento regulador de las asignaciones económicas a los grupos municipales de Alhama de Murcia.

33. Tribunal de Cuentas, *Moción relativa a la modificación del régimen jurídico de las dotaciones económicas asignadas por las entidades locales a los grupos políticos*, p. 14.

34. Véase, por ejemplo, el artículo 3.2 del Reglamento regulador de las asignaciones económicas a los grupos políticos municipales del Ayuntamiento de Teruel o el artículo 7.2 de la Instrucción 2/2021, de 13 de abril, de intervención general, sobre el destino y justificación de las asignaciones de los grupos políticos municipales del Ayuntamiento de Valladolid.

35. Véase, por ejemplo, el artículo 3.1 del Acuerdo relativo a las aportaciones económicas a los grupos municipales del Ayuntamiento de Barcelona, o el artículo 52.1 ROM del Ayuntamiento de Huesca.

alquile otros espacios. En la práctica, lo que ocurre con frecuencia es que dichos locales no se utilizan por los grupos municipales para el ejercicio de sus funciones institucionales, sino por los partidos políticos, lo que resulta contrario a la finalidad de la subvención.

3.2.4. 3.2.4 Los gastos admisibles

A diferencia de la LBRL, que se limita a efectuar una delimitación negativa de los gastos que no pueden sufragarse con cargo a la subvención, la normativa propia de algunos ayuntamientos establece de forma expresa qué gastos se consideran admisibles, así como las condiciones para su ejecución³⁶. Entre otros gastos, la normativa local suele considerar como gastos derivados del funcionamiento del grupo municipal los referidos a materiales de oficina y telefonía, gastos bancarios, publicidad y difusión de la actividad del grupo municipal en los medios de comunicación, incluyendo folletos y buzoneo, suscripción de prensa, revistas y bases de datos, formación de los miembros del grupo municipal, remuneraciones de personal asesor externo al grupo municipal, o gastos de desplazamiento y manutención de los miembros del grupo municipal.

Igualmente, la normativa de algunos ayuntamientos admite como gasto admisible la aportación de fondos a los partidos políticos. A esta cuestión dedicamos el siguiente epígrafe.

3.3. Las aportaciones a los partidos políticos

Con anterioridad a la reforma del artículo 73.3 LBRL de 2025, la falta de una delimitación legal de los gastos susceptibles de ser sufragados con cargo a la subvención ha permitido que los grupos municipales realicen aportaciones a los partidos políticos de origen, posibilidad reconocida en el artículo 2.1 LOFPP, que incluye expresamente dichas aportaciones entre los recursos económicos de los partidos procedentes de financiación pública. De hecho, esta fuente de financiación representó –junto con la proveniente de los grupos parlamentarios– aproximadamente el 58 % del total de los recursos públicos percibidos por los partidos políticos en 2020, último ejercicio en el que las cuentas anuales fueron fiscalizadas por el Tribunal de Cuentas, cuyo informe se publicó en 2024³⁷.

36. Véase, por ejemplo, el artículo 3 del Acuerdo sobre el régimen de justificación y transparencia de las asignaciones a los grupos políticos municipales del Ayuntamiento de Mérida; el artículo 48 de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Cuenca; la base 24ª de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Córdoba, o el artículo 3.3 del Reglamento regulador de las asignaciones económicas a los grupos políticos municipales del Ayuntamiento de Teruel.

37. Véase, Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización de las cuentas anuales de los partidos políticos correspondientes al ejercicio 2020*, p. 418.

Esta práctica de los grupos municipales de transferir parte de la subvención a los partidos políticos resulta criticable, ya que dado el carácter finalista de la ayuda³⁸, no se destinan íntegramente los fondos públicos al cumplimiento de la finalidad perseguida por la subvención. Por ello, el Tribunal de Cuentas –en los distintos informes de fiscalización de las cuentas anuales de los partidos– ha venido recomendando que las transferencias a los partidos políticos 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. Se trata, en definitiva, de garantizar que la transferencia al partido político obedezca a una colaboración efectiva entre este y el grupo municipal –por ejemplo, mediante la prestación de servicios de asesoramiento o la realización de trabajos auxiliares–, evitando que dicha aportación se convierta en una mera vía de financiación de la formación política.

Sin embargo, con la reforma de la LBRL de 2025, el artículo 73.3 LBRL ha introducido un nuevo párrafo³⁹ que establece que las aportaciones que los grupos políticos destinen a los partidos políticos no serán objeto de contabilidad específica excepto de aquellas cantidades que, en su caso, se pudiera reservar el grupo municipal que pondrá a disposición del pleno de la Corporación siempre que este lo pida.

Este nuevo párrafo del artículo 73.3 LBRL tiene varias consecuencias. Además de las relativas al control de estos fondos –tanto por la Corporación como por los propios ciudadanos–, que veremos en los siguientes epígrafes, la modificación de este precepto tiene otras dos consecuencias.

En primer lugar, el precepto reconoce la admisibilidad de las transferencias a los partidos políticos, a las que, además, no impone límite alguno. Cabe destacar que el nuevo artículo 73.3 LBRL establece que la subvención no estará sujeta a contabilidad específica, salvo en relación con aquellas cantidades que, en su caso, el grupo municipal decida reservar, lo que permite inferir que puede no reservarse cantidad alguna.

En segundo lugar, el precepto hace referencia expresa a las aportaciones que los grupos políticos destinen a los partidos políticos, lo que podría interpretarse en el sentido de que tales transferencias no responden a una colaboración material del partido político con el grupo político –a modo de prestación de algún tipo de servicio– entre ambos sujetos, sino que constituyen un mecanismo directo de

38. STC 15/1992, de 10 de febrero (ECLI:ES:TC:1992:15).

39. Antes de la citada reforma, el último párrafo del artículo 73.3 LBRL establecía que «(l)os grupos políticos deberán llevar con una contabilidad específica de la dotación a que se refiere el párrafo segundo de este apartado 3, que pondrán a disposición del Pleno de la Corporación, siempre que éste lo pida». Con la reforma de 2025, el párrafo que se acaba de transcribir ha sido sustituido por el siguiente: «(r)especto a la dotación a que se refiere el párrafo segundo de este apartado 3, las aportaciones que los grupos políticos destinen a los partidos políticos, de conformidad con lo dispuesto en la normativa de financiación de estos últimos, no serán objeto de contabilidad específica excepto de aquellas cantidades que, en su caso, se pudiera reservar el grupo municipal que pondrá a disposición del pleno de la corporación siempre que este lo pida».

financiación del partido político, en abierta contradicción con las recomendaciones del Tribunal de Cuentas⁴⁰.

No obstante, algunos ayuntamientos han incorporado en su normativa interna disposiciones específicas sobre las aportaciones de los grupos municipales a los partidos políticos, estableciendo tanto los importes máximos que pueden transferirse como la exigencia –o no– de que dichas aportaciones respondan a una contraprestación por parte de la formación política.

Así, mientras algunas corporaciones permiten que la totalidad de los fondos de la subvención sea transferida a los partidos políticos⁴¹, otras establecen límites porcentuales a dichas aportaciones, que en algunos casos se fijan, por ejemplo, en el 35 %⁴², el 50 %⁴³ o el 70 %⁴⁴ del importe total de la subvención. Además de los límites porcentuales, algunas corporaciones exigen que las aportaciones a los partidos políticos se formalicen mediante un convenio en el que se especifiquen los servicios que la formación política presta al grupo municipal, así como la correspondiente valoración económica de los mismos⁴⁵.

Por el contrario, otras corporaciones locales prohíben las aportaciones de los grupos políticos a sus partidos políticos de origen⁴⁶.

3.4. El control de la subvención: la contabilidad específica

El artículo 73.3 LBRL obliga a los grupos municipales a llevar una contabilidad específica de la subvención que pondrán a disposición del Pleno de la Corporación siempre que éste lo pida.

40. Véase Fernández Ramos, Severiano, «Un regalo navideño para los partidos políticos: las dotaciones económicas de los grupos políticos de las corporaciones locales», disponible en www.hayderecho.com/2025/02/06/dotaciones-economicas-grupos-politicos-locales/.

[Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2025].

41. Como es el caso del Ayuntamiento de Barcelona (artículo 4 del Acuerdo relativo a las aportaciones económicas a los grupos municipales del Ayuntamiento de Barcelona).

42. Tal es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Salamanca (disposición adicional tercera de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Salamanca).

43. Por ejemplo, los Ayuntamientos de Palencia o Teruel. Véase, respectivamente, la disposición adicional segunda de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Palencia y el artículo 3.3.m) del Reglamento regulador de las asignaciones económicas a los grupos políticos municipales del Ayuntamiento de Teruel.

44. Base 36ª de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Málaga.

45. Por ejemplo, los Ayuntamientos de Córdoba, Málaga, Pamplona o Salamanca. Véase, respectivamente, la base 24.4.6 (Córdoba), la base 36ª (Málaga), la base 40.4 (Pamplona) y la disposición adicional tercera (Salamanca), de las Bases de ejecución de los presupuestos de los citados ayuntamientos.

46. Como es el caso de los Ayuntamientos de Almería, Cuenca, Valladolid o Zamora. Véase, respectivamente, la base 51ª y la base 32ª de las Bases de ejecución de los presupuestos de los Ayuntamientos de Almería y de Cuenca, el artículo 9 de la Instrucción 2/2021, de 13 de abril, de Intervención General, sobre el destino y justificación de las asignaciones de los grupos políticos municipales del Ayuntamiento de Valladolid y el artículo 41.4 ROM del Ayuntamiento de Zamora.

La LBRL no establece con detalle las características que debe reunir la contabilidad de los grupos municipales, más allá de exigir que sea «específica de la subvención». En cualquier caso, como señalo el Consejo de Estado hace ya varios años respecto de los grupos parlamentarios, dicha contabilidad debe reflejar la «imagen fiel de la aplicación dada a las subvenciones por los grupos en las actividades que les son propias», de modo que «todo asiento contable se encuentre documentalmente respaldado de modo suficiente y adecuado a la naturaleza del gasto y al carácter de fondos públicos que las subvenciones revisten»⁴⁷.

En cambio, algunas corporaciones sí que han regulado la contabilidad específica de los grupos municipales, aunque con soluciones diversas. Así, mientras que en algunos ayuntamientos se prevé la llevanza de determinados libros de contabilidad –como, por ejemplo, el libro diario–⁴⁸, en otros se exige la aplicación del Plan de Contabilidad adaptado a las Formaciones Políticas (PCAFP), aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 20 de diciembre de 2018⁴⁹.

El control y la rendición de cuentas de la subvención exigen que los grupos municipales justifiquen la utilización de los recursos recibidos, lo cual puede llevarse a cabo mediante la correspondiente cuenta justificativa, que incluya una memoria o relación de los gastos realizados con cargo a la dotación, los justificantes o facturas correspondientes a cada uno de dichos gastos, así como la documentación acreditativa de los pagos efectuados. Y, en el caso de que existan aportaciones a partidos políticos, debería incorporar también el convenio o contrato que regule las relaciones económicas entre el grupo municipal y la formación política, junto con su correspondiente justificación⁵⁰. De hecho, algunos ayuntamientos regulan un modelo estandarizado de cuenta justificativa⁵¹.

No obstante, se observa que en varias corporaciones la justificación se limita a una mera declaración responsable del portavoz del grupo municipal, en la que se afirma, poco más, que la subvención se ha destinado al funcionamiento del grupo, que

47. Cfr. Dictamen del Consejo de estado, expediente 1768/1992, de 21 de enero de 1993. Véase también Olea Romacho, Antonio Ramón; Redondo del Pozo, María Teresa, «Régimen jurídico-económico y contable de las dotaciones económicas a los grupos políticos locales», en Fernández-Figueroa Guerrero, Fernando (Coord.), *Diagnóstico de mejoras normativas en la legislación básica de régimen local*, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022, p. 126.

48. Por ejemplo, los Ayuntamientos de Málaga o de Santa Cruz de Tenerife. Véase, respectivamente, la base 36ª (Málaga) y la base 19.6 de las Bases de ejecución de los presupuestos de los citados ayuntamientos. Al margen de las capitales de provincia puede citarse, a título de ejemplo, la base 48ª de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Medina del Campo (Valladolid).

49. Véase, por ejemplo, artículo 41.4 ROM del Ayuntamiento de Zamora. Fuera del ámbito de las capitales de provincia, puede citarse el artículo 25 bis de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga).

50. Véase Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización*, op. cit. p. 19.

51. Véase, por ejemplo, artículo 10.2 del Acuerdo del Pleno por el que se regula el destino y procedimiento de justificación, control, rendición de cuentas y transparencia de las dotaciones económicas concedidas a los grupos políticos municipales, previstas en el artículo 29 del Reglamento Orgánico del Pleno y sus Comisiones del Ayuntamiento de Castellón de la Plana, o la base 24.4.6 de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Córdoba.

el destino de los fondos no incluye ningún gasto prohibido por el artículo 73.3 LRRL y que se lleva una contabilidad específica puesta a disposición del Pleno, sin que se acompañen justificantes acreditativos de los gastos y pagos realizados⁵².

En todo caso, el artículo 73.3 LRRL establece que los grupos municipales deben poner a disposición del Pleno de la Corporación la contabilidad siempre que éste lo solicite. De este modo, la LRRL atribuye expresamente al Pleno –y no a la Intervención⁵³, a quien corresponde como norma general la fiscalización del gasto– la competencia de control de la subvención, con las implicaciones políticas y técnicas que ello comporta. Por una parte, no parece que el Pleno sea el órgano más idóneo para ejercer la actividad de control, al tratarse de una tarea eminentemente técnica que exige conocimientos jurídicos y contables especializados. Por otra parte, la efectividad de la puesta a disposición de la contabilidad requiere la adopción del correspondiente acuerdo por la mayoría del Pleno, lo que, en la práctica y por razones evidentes, ha conducido a una ausencia generalizada de control efectivo⁵⁴.

Junto con el Pleno, algunos ayuntamientos también prevén la participación de la Intervención municipal en el control de estas subvenciones, estableciendo, por lo general, la obligación de que los grupos políticos remitan previamente a dicho órgano la cuenta justificativa de la subvención. Los plazos para esta remisión varían según la Corporación, pudiendo ser de forma anual⁵⁵, trimestral⁵⁶ o en distintos periodos, como, por ejemplo, dentro del mes siguiente a la finalización del ejercicio económico⁵⁷.

Por otro lado, el contenido y alcance de las actuaciones de fiscalización que lleva a cabo la Intervención municipal difiere entre las distintas corporaciones. El Tribunal de Cuentas ha señalado que, en la mayoría de los ayuntamientos, dicho control es de carácter moderado o débil atendiendo a los parámetros de oportunidad, adecuación y efectividad del control⁵⁸. Únicamente en algunos supuestos –en los

52. Véase Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización*, op. cit. p. 19.

53. Véase artículo 214 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Véase también Blanquer Criado, David, «Artículo 73», en Rebollo Puig, Manuel; Izquierdo Carrasco, Manuel (Coords.), *Comentarios a la Ley reguladora de las bases de régimen local*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 1912.

54. Véase 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. 127; Quirós Roldán, Antonio, «Grupos políticos y retribuciones de los miembros de las corporaciones locales», en Castillo Blanco, Federico A (Coord.), *Modificaciones y panorama actual del régimen local español*, Granada: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2000, p. 291.

55. Por ejemplo, artículo 41.2 ROM del Ayuntamiento de Ávila.

56. Artículo 48 de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Cuenca.

57. Por ejemplo, artículo 12.1 de la Instrucción 2/2021, de 13 de abril, de Intervención General, sobre el destino y justificación de las asignaciones de los grupos políticos municipales del Ayuntamiento de Valladolid.

58. García de Castillo Pérez de Madrid, Alicia, «Dotaciones económicas de las Corporaciones Locales a los grupos políticos: problemática, fiscalización por el Tribunal de Cuentas y su reciente reforma legislativa», *Revista Española de Control Externo*, n.º 79, 2025, p. 60. Véase también Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización*, op. cit. p. 34.

que el propio Tribunal ha constatado la existencia de un control más riguroso— la fiscalización alcanza una mayor intensidad⁵⁹. En cambio, con carácter general, la actuación de la Intervención se limita a comprobar que las cuentas bancarias figuren a nombre del grupo municipal, que no se hayan infringido las prohibiciones previstas en el artículo 73.3 LBRL, y en algunos casos, que se ha presentado una la relación detallada de facturas o recibos satisfechos⁶⁰.

En definitiva, en un número significativo de corporaciones no se analiza el destino efectivo de la subvención. Es más, la normativa de algunos ayuntamientos excluye de forma expresa la posibilidad de que la Intervención ejerza dicho control. Así, por ejemplo, se establece que la fiscalización de la Intervención tiene «como único objetivo verificar el cumplimiento de las limitaciones al destino» previstas en el artículo 73.3 LBRL⁶¹; que la Intervención debe comprobar que la relación de facturas y conceptos incluidos en la cuenta justificativa se corresponde con gastos admisibles, «pero sin entrar en criterios subjetivos o de oportunidad»⁶²; o que «no se pronunciará ni sobre el importe ni sobre el concepto de los gastos efectuados por los grupos políticos»⁶³.

4. La transparencia de las subvenciones a los grupos municipales

La transparencia en el uso de las subvenciones otorgadas a los grupos municipales reviste un indudable interés público, en la medida en que permite, por un lado, que la ciudadanía disponga de la información necesaria para ejercer un control de legalidad sobre el destino dado a estos fondos —cuestión especialmente relevante si tiene en cuenta que, en la mayoría de los casos, las corporaciones locales no realizan un control efectivo sobre estas subvenciones—, y por otro lado, posibilita un control ciudadano sobre la oportunidad y pertinencia de los gastos realizados con cargo a estos recursos, lo que contribuye a la formación de una opinión crítica respecto de la actuación de sus representantes políticos en el ámbito municipal, opinión que incluso puede incidir en la orientación del voto en futuras elecciones. Así lo han entendido, de hecho, los órganos de garantía de la transparencia, y en particular, la Comisión de Garantía del Derecho de Acceso a la Información Pública de Cataluña (GAIP)⁶⁴.

59. Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización*, op. cit. p. 34.

60. Véase Fernández Ramos, Severiano, «La transparencia», op. cit. p. 127, quien señala que a la falta de control político de las subvenciones a los grupos políticos «se ha unido (aunque no debería) una deficiente fiscalización económico-financiera a cargo de la Intervención (...)».

61. Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Girona de 26 de agosto de 2020.

62. Base 36ª de las Bases de ejecución del presupuesto del Ayuntamiento de Málaga.

63. Apartado 6.1 del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid de 26 de junio de 2013.

64. Véase la Resolución GAIP 6/2018, de 22 de enero, entre otras. En el mismo sentido, y con relación a otros órganos garantes de la transparencia, puede citarse, por ejemplo, la Resolución 121/2021, de 25 de junio, de la Comisión

4.1. Publicidad activa

Dentro de las obligaciones de publicidad activa, el artículo 8.1.c) LTBG referido a la información económica, presupuestaria y estadística, obliga a las Administraciones públicas, y entre ellas a las entidades locales, a publicar «las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios».

Puede surgir la duda de si este artículo 8.1.c) LTBG afecta a las dotaciones económicas a los grupos municipales, en la medida en que estas ayudas, como ya hemos visto, están excluidas del ámbito de aplicación de la LGS. La respuesta es claramente afirmativa, por dos razones.

En primer lugar, porque las ayudas que reciben los grupos municipales son auténticas subvenciones al estar presentes las notas características del concepto legal de subvención que recoge el artículo 2.1 LGS, pese a que el artículo 4.d) LGS las excluya del ámbito de aplicación de la norma.

En segundo lugar, porque la noción de subvenciones y ayudas públicas del artículo 8.c) LTBG no tiene necesariamente que coincidir con el concepto legal de subvención previsto en la LGS. De hecho, en el anteproyecto de la LTBG, el artículo 7.c) –equivalente al artículo 8.1.c) LTBG– establecía que se entendían incluidas en el precepto las subvenciones y ayudas reguladas en la LGS, referencia que finalmente desapareció tras la aprobación de una enmienda propuesta por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia que, precisamente, justificaba su supresión para evitar los problemas de interpretación acerca de si las subvenciones a las que se refería el precepto eran únicamente las reguladas en la LGS o, por el contrario, cualesquiera otras ayudas públicas, incluidas las subvenciones a los grupos parlamentarios, partidos políticos y fundaciones vinculadas⁶⁵.

Debe entenderse, por tanto, que el artículo 8.c) LTBG impone a las entidades locales la obligación de publicar las subvenciones percibidas por los grupos municipales –con indicación de su importe, objetivo o finalidad–, como así lo ha considerado el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG)⁶⁶ y ha confirmado la jurisprudencia⁶⁷.

Algunos ayuntamientos especifican en su normativa interna la obligación de las entidades locales de publicar la información sobre las asignaciones económicas que

de Transparencia de Castilla y León.

65. Enmienda n.º 324, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 19-3, de 2 de julio de 2013, p. 170.

66. Véase, por ejemplo, la Resolución CTBG RT 273/2019, de 18 de julio.

67. STSJ de Andalucía de 27 de enero de 2021 (ECLI:ES:TSJAND:2021:1591).

conceden a sus grupos políticos⁶⁸, incluyendo, en algunos casos, la publicación de la contabilidad específica en el Portal de Transparencia del Ayuntamiento⁶⁹. En otros casos, la ordenanza de transparencia incluye a los grupos municipales dentro de su ámbito subjetivo de aplicación, lo que conlleva, entre otras informaciones, la publicación de sus cuentas anuales⁷⁰.

Por otra parte, en el ámbito autonómico, el artículo 45.4 del Decreto 8/2021, del 9 de febrero, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno de Cataluña, establece que las Administraciones locales deben publicar *(i)* el acuerdo que fija la cuantía los elementos relativos a la toma de esta decisión; *(ii)* el importe anual y los grupos políticos beneficiarios; *(iii)* el objeto de la subvención y las prohibiciones legales de destino previstas en la normativa vigente; *(iv)* la información relativa al procedimiento de justificación o rendición de cuentas y/o de control financiero, o la constancia de su inexistencia; y *(v)* la declaración de cada grupo beneficiario de la relación detallada de gastos anuales financiados con cargo a estos fondos, agrupados por conceptos específicos.

Asimismo, el artículo 52.1.g) de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, impone la obligación de publicar –en el marco de la información institucional y organizativa– la relativa a «los grupos políticos municipales», si bien no contiene una referencia expresa a las subvenciones que reciben.

Al margen de las normas de transparencia, el artículo 2.1.e) del Real Decreto 130/2019, de 8 de marzo, que regula la Base de Datos Nacional de Subvenciones y la publicidad de las subvenciones y demás ayudas públicas, establece que la Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS) debe contener información sobre «las subvenciones y demás ayudas a partidos políticos». Aunque el precepto no hace referencia expresa a las dotaciones económicas a los grupos municipales, el Tribunal de Cuentas ha interpretado que dichas asignaciones deben publicarse en la BDNS, en virtud de que la disposición final segunda de la LOFPP reconoce el carácter supletorio de la LGS respecto de lo no regulado por la LOFPP en materia de subvenciones a las formaciones políticas, extensión que alcanzaría a los grupos municipales⁷¹.

Ahora bien, la mera publicación de los importes de la dotación económica a los grupos municipales –que es lo que exige el artículo 8.1.c) LTBG– no constituye,

68. En algunas corporaciones, esta obligación está recogida en el Reglamento Orgánico Municipal, como es el caso del Ayuntamiento de Zamora (artículo 43 ROM). En otros ayuntamientos, esta obligación de publicidad activa se regula en las ordenanzas de transparencia. Es el caso, por ejemplo, de los Ayuntamientos de Almería –artículo 10.1) Ordenanza de Transparencia, Buen Gobierno y Calidad Democrática del Ayuntamiento de Almería– o de Santander –Artículo 13.n) Ordenanza de Transparencia, Acceso y Reutilización de la información y Buen Gobierno del Ayuntamiento de Santander–, por citar solo algunos.

69. Véase, por ejemplo, el artículo 41.3 ROM del Ayuntamiento de Ávila.

70. Como es el caso, por ejemplo, del Ayuntamiento de Oviedo. Véase los artículos 2.1 y 17.e) de su Ordenanza municipal de transparencia, acceso a la información y reutilización.

71. Tribunal de Cuentas, *Informe de fiscalización*, op. cit. p. 38.

en absoluto, un estándar adecuado de transparencia⁷², en tanto que no alcanza la finalidad que persigue la propia LTBG: garantizar el control sobre la gestión de los recursos públicos y la rendición de cuentas a la ciudadanía.

4.2. Derecho de acceso a la información

Como se ha señalado, la mera publicación de los importes de las subvenciones a los grupos municipales no permite a la ciudadanía ejercer un control efectivo, ni desde la perspectiva de la legalidad del destino dado a los fondos públicos ni desde la de su oportunidad. De ahí que resulte pertinente plantearse si, a través del ejercicio del derecho de acceso a la información, puede llegarse a conocer el detalle de los gastos financiados con dichas subvenciones, en términos que hagan posible una verdadera rendición de cuentas.

La LTBG no incluye a los grupos políticos en su ámbito subjetivo de aplicación, por lo que las solicitudes de información que interesen el destino y justificación de la subvención deberán dirigirse a la Corporación local. El problema que se ha planteado en la práctica radica en que las corporaciones locales han denegado en varias ocasiones el acceso a esta información alegando que no disponen de ella, al no haber ejercido la potestad de control que confiere el artículo 73.3 LBRL, por lo que la información únicamente está en manos de los grupos municipales.

En efecto, el derecho de acceso exige que la información que se solicita esté en poder del sujeto obligado. Así lo establece el artículo 13 LTBG que define 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. La existencia previa de la información solicitada constituye, por tanto, un elemento esencial para la efectividad del derecho de acceso, de tal modo que, en principio, la LTBG no ampara el derecho a obtener un documento expresamente elaborado para responder a la solicitud.

Ahora bien, conviene precisar que el artículo 13 LTBG no se refiere a la posesión de la información por el sujeto obligado, sino a aquella que «obre en su poder». El matiz es relevante, pues poseer y obrar en poder no son términos equivalentes. La posesión alude a la disponibilidad material de la información –esto es, aquella que efectivamente se encuentra en manos de la Corporación–, mientras que el «obrar en poder» tiene un alcance más amplio, que comprende también aquella información que, aunque no se posea materialmente, la Corporación tienen la potestad o el poder jurídico para exigir que su entrega. Así lo ha interpretado, la GAIP que, en varias de sus resoluciones, ha sostenido que la información en poder de la Adminis-

72. Fernández Ramos, Severiano, «La transparencia, *op. cit.* p. 130.

tración «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»⁷³, interpretación que, además, ha sido confirmada por la jurisprudencia⁷⁴.

De este modo, debe entenderse que la información relativa al destino y justificación de la dotación económica de los grupos municipales obra en poder de la Corporación, con independencia de que esta haya ejercido o no la potestad de control sobre la subvención, en la medida en que dispone del poder jurídico para requerir dicha información a los grupos, de conformidad con lo previsto en el artículo 73.3 LBRL.

En consecuencia, la ciudadanía, en ejercicio del derecho de acceso a la información pública, puede ejercer control tanto de legalidad como de oportunidad sobre la gestión y utilización de los fondos públicos asignados a los grupos municipales, con independencia de que la Corporación haya procedido o no a la oportuna fiscalización de la subvención, conforme han establecido el CTBG y sus órganos homólogos de ámbito autonómico⁷⁵.

No obstante, tras la reforma del artículo 73.3 LBRL, el control ciudadano sobre la utilización de las subvenciones por parte de los grupos municipales se ha visto notablemente debilitado, en la medida en que el último párrafo de dicho precepto dispone que los grupos ya no están obligados a llevar la contabilidad de la parte de la subvención que transfieran a los partidos políticos –que, como se ha señalado, puede llegar a ser incluso la totalidad–, por lo que el Pleno no puede requerir dicha contabilidad respecto de las cantidades transferidas. Dado que los partidos políticos no son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información, y que únicamente les resultan aplicables algunas obligaciones de publicidad activa, el resultado es que la parte de la subvención transferida por los grupos municipales a los partidos políticos queda sustraída al control tanto de la Corporación como de la ciudadanía.

5. A modo de reflexión final

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, el artículo 73.3 LBRL establece una regulación muy limitada de las subvenciones a los grupos municipales, especialmente en lo relativo al control que ejerce el Pleno de la Corporación –que,

73. Resolución GAIP 51/2018, de 23 de marzo, entre otras. Este mismo criterio ha sido reiterado por otros órganos de garantía de la transparencia; véase, por ejemplo, la Resolución 20/2020, de 15 de junio, del Consejo de Transparencia de Aragón, o la Resolución 52/2021, de 16 de abril, de la Comisión de Transparencia de Castilla y León.

74. SSTSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TSJCAT:2020:2045) y de 23 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TSJCAT:2021:4723).

75. Además de las citadas, puede verse, entre otras, la Resolución CTBG RA 209/2025, de 8 de mayo, por citar la más reciente.

en muchos municipios, es prácticamente inexistente– y al destino que puede darse a los fondos públicos, incluidas las aportaciones a los partidos políticos.

La reforma del artículo 73.3 LBRL llevada a cabo a comienzos de este año no solo no ha subsanado las deficiencias normativas que presenta la regulación de estas dotaciones –ya señaladas por el Tribunal de Cuentas–, sino que ha optado por una dirección contraria: al establecer que las aportaciones que los grupos políticos destinen a los partidos políticos no serán objeto de contabilidad específica, reduce aún más la transparencia, el control y la rendición de cuentas sobre el uso de estas subvenciones.

En definitiva, la transparencia y el control de las dotaciones económicas a los grupos municipales constituyen una pieza esencial para la calidad democrática local. Consideramos necesario acometer una nueva reforma del artículo 73.3 LBRL que, siguiendo las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, establezca un marco normativo más claro y exigente, que detalle con precisión qué gastos se consideran admisibles, que incluya las condiciones que deben reunir las transferencias a los partidos políticos y que regule los procedimientos de rendición de cuentas sin necesidad de requerimiento expreso por parte del Pleno. Solo así podrá garantizarse un uso responsable de los fondos públicos y una auténtica rendición de cuentas ante la ciudadanía.

6. Bibliografía y otras fuentes

Blanquer Criado, David, «Artículo 73», en Rebollo Puig, Manuel; Izquierdo Carrasco, Manuel (Coords.), *Comentarios a la Ley reguladora de las bases de régimen local*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

Bueno Armijo, Antonio, *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

Fernández Ramos, Severiano, «La transparencia de las aportaciones financieras a los grupos políticos locales», en *Revista española de la transparencia*, n.º 16, 2023, 121-143.

Fernández Ramos, Severiano, «Un regalo navideño para los partidos políticos: las dotaciones económicas de los grupos políticos de las corporaciones locales», disponible en www.hayderecho.com/2025/02/06/dotaciones-economicas-grupos-politicos-locales/. Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2025.

García de Castillo Pérez de Madrid, Alicia, «Dotaciones económicas de las Corporaciones Locales a los grupos políticos: problemática, fiscalización por el Tribunal de Cuentas y su reciente reforma legislativa», *Revista Española de Control Externo*, n.º 79, 2025, 48-67.

- González-Juliana Muñoz, Álvaro, «Subvenciones a grupos parlamentarios y rendición de cuentas. Reflexiones en torno al alcance de la Ley de Transparencia», *Estudios en derecho a la información*, n.º 18, 2024, 209-234.
- Olea Romacho, Antonio Ramón; Redondo del Pozo, María Teresa, «Régimen jurídico-económico y contable de las dotaciones económicas a los grupos políticos locales», en Fernández-Figueroa Guerrero, Fernando (Coord.), *Diagnóstico de mejoras normativas en la legislación básica de régimen local*, Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2022.
- Pascual García, José; Rodríguez Castaño, Antonio Ramón; Valero Escribano, José Ignacio, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2025.
- Quirós Roldán, Antonio, «Grupos políticos y retribuciones de los miembros de las corporaciones locales», en Castillo Blanco, Federico A (Coord.), *Modificaciones y panorama actual del régimen local español*, Granada: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional, 2000.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 12/10/2025 || Aceptado: 05/12/2025

Reflexiones sobre el principio de proporcionalidad en la retribución de los administradores a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Supremo

Reflections on the principle of proportionality in directors' remuneration in the light of recent Supreme Court jurisprudence

Mati de los Ángeles Hernández Alfaro  0000-0002-1924-6647

Universidad Pontificia Comillas, España.

mlahernandez@comillas.edu

Resumen

El presente estudio aborda el problema de la determinación de la proporcionalidad de la retribución de los administradores sociales, regulado por el artículo 217.4 LSC. El trabajo examina la evolución normativa y jurisprudencial en torno a esta materia, con especial énfasis en la Sentencia del Tribunal Supremo 194/2025, de 7 de febrero, que constituye un hito interpretativo en la aplicación del citado precepto. A partir de este pronunciamiento, se analiza el alcance del control judicial sobre las decisiones de la Junta General en materia retributiva, delimitando su naturaleza como un control de mínimos orientado a evitar abusos manifiestos sin invadir la esfera de discrecionalidad empresarial. Asimismo, se estudia el denominado «triple test de proporcionalidad», que exige valorar la dimensión de la sociedad, su situación económica y los estándares retributivos del mercado.

Palabras clave: remuneración de los administradores; control judicial; proporcionalidad; gobierno corporativo; derecho de sociedades.

Abstract

The present study addresses the issue of determining the proportionality of directors' remuneration, as regulated by Article 217.4 of the Spanish Companies Act (Ley de Sociedades de Capital, LSC). The paper examines the legislative and case-law developments surrounding this matter, with particular emphasis on Supreme Court Judgment No. 194/2025 of 7 February, which represents a landmark interpretation in the application of the provision. Based on this ruling, the analysis explores the scope of judicial review over the decisions of the General Meeting regarding remuneration, defining its nature as a minimal control aimed at preventing manifest abuses without encroaching upon the sphere of managerial discretion. Furthermore, the study considers the so-called «triple test of proportionality», which requires an assessment of the company's size, its economic situation, and prevailing market remuneration standards.

Keywords: directors' remuneration; judicial review; proportionality; corporate governance; company law

Sumario

1. Introducción
2. El control judicial de la retribución de los administradores y su proporcionalidad
 - 2.1. Justificación de la regulación de la retribución de administradores
 - 2.2. Alcance del control judicial de la retribución de los administradores
3. El canon de proporcionalidad del artículo 217.4 LSC: límites materiales y teleológicos
 - 3.1. Criterios materiales de proporcionalidad (triple test)
 - 3.2. La valoración de la labor del administrador como elemento del juicio de proporcionalidad
4. La insuficiencia del beneficio contable como único parámetro de valoración
5. La inaplicación del artículo 249.3 LSC en la STS 194/2025, de 7 de febrero
6. Conclusiones

I. Introducción

La regulación de la remuneración de los administradores sociales constituye uno de los temas más debatidos del Derecho de sociedades, en la medida en que refleja la tensión entre la libertad empresarial, la equidad corporativa y la protección del interés social. Asimismo, se encuentra intrínsecamente ligada a la potencial contraposición de intereses entre los gestores y la propia sociedad, así como los socios minoritarios.

La remuneración puede convertirse en un instrumento poderoso y opaco al servicio de los administradores, en vista de que son ellos mismos —directa o indirectamente— quienes intervienen en su fijación, aplicación y control. Esta circunstancia los coloca en una posición de conflicto de interés estructural, especialmente en sociedades cerradas o con concentración de poder, donde en muchas ocasiones el administrador es, a la vez, socio mayoritario o tiene capacidad decisoria dominante. De modo que, lejos de ser un instrumento neutro de compensación o incentivo, la retribución puede desempeñar un papel disfuncional cuando se utiliza como mecanismo de extracción de rentas privadas.

Las retribuciones excesivas o desproporcionadas se han identificado como un «instrumento formal para la ejecución de actos de deslealtad»¹, utilizados para la «desviación de beneficios»² hacia el socio mayoritario/administrador, lesionando el patrimonio social y el principio de distribución equitativa. Por ello, el legislador español, consciente de la necesidad de compatibilizar la autonomía de la sociedad con el control de los posibles abusos, ha establecido un marco normativo que pretende garantizar la proporcionalidad y razonabilidad de la retribución de los administradores, plasmado en el artículo 217.4 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC)³.

El punto de partida del régimen legal, establecido en el 217.1 LSC, es la presunción de gratuidad del cargo de administrador en sociedades no cotizadas⁴. Esta

1. En estos términos lo ha calificado el Tribunal Supremo en sentencia núm. 700/2016, Sala Segunda, de lo Penal, de 16 de septiembre de 2016, Caso «Novacaixagalicia», (ECLI:ES:TS:2016:3975). Al respecto, puede verse Javato Martín, Antonio María, «Responsabilidad penal en materia de retribuciones abusivas de directivos de entidades financieras», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2019, núm. 56, p. 91 y ss.

2. Paz-Ares Rodríguez, José Cándido, «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015, p. 44, disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?i-d=5766&forceDownload=true> [fecha de la consulta: 13 de septiembre de 2025]. Fernández del Pozo, Luis, «El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma», *Revista de Derecho Mercantil*, 2015, núm. 297, p. 205.

3. BOE, núm. 161, de 3 de julio de 2010.

4. El régimen general artículo 217.1 LSC regula la retribución correspondiente a los administradores o consejeros no ejecutivos de sociedades no cotizadas. En cambio, en el caso de consejeros ejecutivos —esto es, aquellos que desempeñan funciones de dirección o gestión dentro de la sociedad o su grupo— tiene un régimen distinto y complementario, regulado por el artículo 249 LSC. En el caso de las sociedades cotizadas, el régimen se completa

presunción sólo puede ser desvirtuada si los estatutos sociales prevén expresamente el carácter retribuido del cargo y determinan el sistema de retribución aplicable. Esta exigencia formal tiene como finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas para facilitar el control de la actuación en una materia tan susceptible de conflicto.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo (en adelante, Ley 31/2014)⁵, introdujo una exigencia legal de proporcionalidad o razonabilidad, incluida en el apartado 4 del artículo 217 LSC, lo que implicó el tránsito de un sistema basado primordialmente en garantías formales de transparencia y previsión estatutaria, a uno que incorpora criterios de ámbito material. El artículo 217.4 LSC se configura como una cláusula general de equidad retributiva, aplicable con independencia del sistema elegido, complementando los controles específicos de los artículos 218 y 219 LSC.

Asimismo, cabe señalar que, tras la reforma operada por la Ley 31/2014, se introdujo la exigencia de que la Junta General apruebe el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales (artículo 217.3 LSC), se trata de una exigencia aplicable tanto a las sociedades anónimas como a las sociedades de responsabilidad limitada. Esta previsión supone la introducción de un control *ex ante* por parte de la Junta General, que actúa como un límite máximo global al poder de auto atribución retributiva del órgano de administración. De este modo, se refuerza la tutela del interés social y de los socios minoritarios, evitando que los administradores puedan fijar libremente sus emolumentos sin supervisión.

En definitiva, el artículo 217.4 LSC introduce, junto al principio clásico de determinación estatutaria de la retribución (art. 217.1 LSC), un criterio sustantivo de equilibrio y prudencia económica, que obliga a ponderar no sólo la voluntad de la Junta General, sino también la razonabilidad objetiva del importe y su adecuación al interés social. Dicho principio de proporcionalidad responde a una tendencia europea consolidada, reforzada por la Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento

con las disposiciones específicas de los artículos 529 *sexdecies* a 529 *novodecies* LSC, que establecen: la necesaria retribución del cargo de consejero (art. 529 *sexdecies*), salvo disposición estatutaria en contrario; la obligación de elaborar una política de remuneraciones aprobada por la Junta General, vinculante y sujeta a votación anual consultiva («informe anual sobre remuneraciones de los consejeros»); y la exigencia de alinear la política retributiva con la sostenibilidad y creación de valor a largo plazo. Pueden verse al respecto, Alfaro Águila-Real, Jesús, «La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales», 2018, *Almacén de Derecho*, disponible en: <https://almacendederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales> (fecha de la consulta: 14 de julio de 2025). García-Villarrubia, Manuel, «El control por los socios de la retribución de los consejeros ejecutivos», 2016, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 39, disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/4913-el-control-por-los-socios-de-la-retribucion-de-los-consejeros-ejecutivos> (fecha de la consulta: 14 de julio de 2025). Dionis Trenor, Guillermo, «El contrato del consejero delegado cuando el cargo de administrador es gratuito», *Diario La Ley*, 2019, núm. 9394. León Sanz, Francisco José, «La política de remuneraciones de los administradores en las sociedades de capital», *Revista de Derecho Mercantil*, 2022, núm. 324.

5. BOE, núm. 293, de 4 de diciembre de 2014.

Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas⁶ (en adelante, Directiva (UE) 2017/828), que persigue una mayor vinculación entre las políticas de remuneración y la sostenibilidad empresarial a largo plazo, en el marco del llamado «gobierno corporativo responsable»⁷.

La aplicación práctica de este precepto, sin embargo, no está exenta de dificultades. La determinación de qué constituye una «proporción razonable» depende de circunstancias cambiantes: la dimensión de la empresa, su rentabilidad, el contexto sectorial y la comparación con entidades análogas. Además, el control judicial sobre los acuerdos retributivos plantea interrogantes sobre los límites de la discrecionalidad de la Junta General y la posibilidad de impugnar tales acuerdos por lesión del interés social conforme al artículo 204 LSC.

Los tribunales con competencia en materia mercantil han venido dictando de manera reiterada resoluciones relativas a la determinación y percepción de la retribución de los administradores⁸. Los casos hasta ahora planteados suelen referirse a situaciones muy específicas, en las que se solicita un pronunciamiento sobre cuestiones ya analizadas previamente, lo que ha motivado resoluciones cuidadosas y precisas que reiteran criterios doctrinales y jurisprudenciales y, en algunas de ellas se ha invocado el contenido del artículo 217.4 LSC, respondiendo a la necesidad de establecer una interrelación entre los criterios de legalidad y las circunstancias fácticas propias de cada sociedad y del mercado en el que opera.

En este contexto, el 7 de febrero de 2025, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la sentencia núm. 194/2025⁹ (en adelante, STS 194/2025, de 7 de febrero), que constituye un hito en la consolidación jurisprudencial del régimen de retribución de los administradores en las sociedades de capital, pues se trata del primer pronunciamiento del alto tribunal en el que se aborda con notable extensión y profundidad la interpretación del contenido del artículo 217.4 LSC.

6. *DOUE*, núm. 132, de 20 de mayo de 2017.

7. Sobre el marco normativo de la UE en materia de derecho societario y gobierno corporativo, puede verse Comisión Europea, «Derecho de sociedades y buen gobierno de las empresas», disponible en: https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/company-law-and-corporate-governance_es (fecha de la consulta: 10 de septiembre de 2025).

8. Entre otras, SAP de Les Illes Balears, núm. 134/2017, de 2 de mayo de 2017 (ECLI: ES:APIB:2017:974); SAP de Barcelona, núm. 357/2017, de 12 de septiembre de 2017 (ECLI: ES:APB:2017:6243); SAP de Barcelona, núm. 1371/2019, de 11 de julio de 2019 (ECLI: ES:APB:2019:9167); SAP de Barcelona, núm. 1387/2022, de 28 de septiembre de 2022 (ECLI: ES:APB:2022:10055); SAP de Les Illes Balears, núm. 12/2023, de 11 de enero de 2023 (ECLI: ES:APIB:2023:57); SAP de Las Palmas, núm. 537/2024, de 23 de septiembre de 2024 (ECLI: ES:APGC:2024:2014).

9. ECLI: ES:TS:2025:505.

El interés de la sentencia reside en la forma en que el Tribunal Supremo imbrica el principio de proporcionalidad con la doctrina jurisprudencial previa¹⁰, que sentó una línea interpretativa estable, caracterizada por tres ideas fundamentales: el amplio margen de discrecionalidad de la Junta General para determinar la retribución de los administradores, dentro de los límites estatutarios y del interés social; la revisión judicial, limitada a evitar supuestos de abuso de mayoría o desvío manifiesto del interés común; y el principio de proporcionalidad que opera como criterio de equilibrio, impidiendo que la retribución se convierta en un instrumento encubierto de apropiación de beneficios por parte de los administradores o de los socios mayoritarios.

La STS 194/2025, de 7 de febrero, retoma estos postulados y los proyecta sobre un supuesto actual, en el que se cuestionaba la razonabilidad de una retribución aprobada por la Junta General en el contexto de una sociedad de responsabilidad limitada. El Tribunal Supremo aprovecha la ocasión para precisar los parámetros de control judicial de las remuneraciones, en especial, su adecuación a la situación económica de la sociedad y a las funciones efectivamente desempeñadas por el administrador, y para reforzar la necesidad de una motivación económica verificable que legitime el acuerdo adoptado.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto analizar el fundamento y alcance del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 217.4 LSC. Este análisis se lleva a cabo a la luz de la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 194/2025, de 7 de febrero. Dicha sentencia constituye un hito en la consolidación jurisprudencial del régimen de retribución de los administradores en las sociedades de capital, siendo el primer pronunciamiento del alto tribunal que aborda con notable extensión y profundidad la interpretación del contenido del artículo 217.4 LSC.

El interés de la STS 194/2025 reside en cómo proyecta los postulados previos de la jurisprudencia —que reconocen un amplio margen de discrecionalidad de la Junta General y limitan la revisión judicial a evitar abusos manifiestos— sobre un caso actual en el que se cuestionaba la razonabilidad de una retribución en una sociedad de responsabilidad limitada. La sentencia precisa los parámetros de control judicial, enfocándose en la adecuación de la remuneración a la situación económica de la sociedad y a las funciones efectivamente desempeñadas por el administrador.

El propósito final del estudio es ofrecer una interpretación sistemática y razonada del artículo 217.4 LSC, enfatizando su función como instrumento de equilibrio entre la discrecionalidad empresarial y la protección del interés social. Para ello, se

10. Doctrina construida en torno a resoluciones como la STS 98/2018, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:494), STS 708/2015, de 17 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5225), y la STS 646/2018, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3949).

analiza el alcance del control judicial de las remuneraciones sociales, el fundamento jurídico del principio de proporcionalidad y los criterios que la jurisprudencia y la doctrina han establecido para determinar cuándo una remuneración puede considerarse razonable. En definitiva, este estudio busca valorar la contribución de la jurisprudencia reciente al fortalecimiento de un modelo de gobierno corporativo basado en la transparencia, la proporcionalidad y la sostenibilidad.

2. El control judicial de la retribución de los administradores y su proporcionalidad

2.1. Justificación de la regulación de la retribución de administradores

Antes de ahondar en el análisis de los criterios de proporcionalidad que deben orientar la determinación de la retribución del órgano de administración, consideramos pertinente reflexionar sobre las razones que justifican la intervención del legislador¹¹ y, en última instancia, de los tribunales en un ámbito que, *prima facie*, se encuentra amparado por la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española¹².

La determinación de la retribución de los administradores forma parte, en principio, de la autonomía de la voluntad societaria y de la libertad de gestión empresarial, sin embargo, esta autonomía no se concibe como una facultad ilimitada, debido a que entran en juego otros intereses dignos de tutela jurídica, como la protección del socio minoritario, la transparencia en la gestión y la preservación del equilibrio entre los intereses de los administradores y los de la propia sociedad.

Esta justificación se estructura principalmente en torno a la protección del interés social, incluidos los socios y acreedores, la prevención de abusos de poder y conflictos de interés, y la necesidad de promover la estabilidad sistémica. Las remuneraciones que se consideran abusivas o «tóxicas» son definidas por el Tribunal Supremo como aquellas «contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone

11. Paz-Ares Rodríguez, José Cándido, «Anatomía ...», ob. cit., pp. 44-45, [fecha de la consulta: 18 de septiembre de 2025], defiende en relación con la intervención pública y el cumplimiento del deber de lealtad de los administradores que: «La legislación no puede hacer ciertamente todo el trabajo, pero es mucho lo que puede contribuir para que a medio o largo plazo el sistema jurídico —doctrina y jurisprudencia incluidas— avancen en la dirección adecuada sin interferir con la necesaria libertad de organización y gestión de la empresa. Para ello hay que incorporar previsiones adecuadas a la naturaleza del problema, previsiones que efectivamente puedan ayudar a remover las causas de la trivialidad o inoperatividad del deber de lealtad en nuestro entorno, que —en el plano legislativo, el único sobre el que se puede actuar inmediatamente— están asociadas a ciertas insuficiencias de diseño y configuración»

12. BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

la conjunción del deber de lealtad societaria y la ética social»¹³. Estas retribuciones causan una lesión directa en el patrimonio social y, por ende, un perjuicio indirecto en el patrimonio de los socios.

Asimismo, la fijación de retribuciones abusivas ha demostrado ser un medio apto para extraer los denominados «beneficios privados del control»¹⁴, convirtiéndose en un instrumento formal para la ejecución de actos de deslealtad que se traducen en decisiones lucrativas de carácter expropiatorio¹⁵. En tales supuestos, la retribución deja de cumplir su función natural —compensar el desempeño del cargo y alinear los intereses del administrador con los de la sociedad— para convertirse en un mecanismo artificioso de apropiación o disposición indebida de bienes sociales, desvirtuando la finalidad del acuerdo societario que la ampara. Se produce así una apariencia de legalidad formal, derivada de la aprobación estatutaria o de la Junta General, que encubre un contenido material ilícito, orientado al beneficio particular del administrador o de quienes controlan la sociedad¹⁶.

Por otro lado, cabe tener en cuenta que, en sociedades con capital concentrado existe una mayor propensión a que se produzcan los riesgos que hemos anotado. En estas sociedades la regulación es esencial para contrarrestar los posibles abusos de la mayoría en perjuicio de los socios minoritarios. Una retribución excesiva impuesta por la mayoría puede constituir, tal y como ha señalado la SAP de Barcelona, núm. 1723/2022, de 7 de diciembre de 2022¹⁷ (en adelante, SAP Barcelona núm. 1723/2022), «una desviación (o prededucción) de los beneficios que obtiene la sociedad, de forma que se rompe el principio de que la distribución debe ser equitativa y corresponder a la participación efectiva en el capital».

La mayoría social no puede ampararse en el principio de libertad de empresa para adoptar acuerdos que, aunque respondan a sus propios intereses, resulten grave-

13. STS 391/2012, de 25 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5815). En el mismo sentido, SAP de Granada, núm. 523/2023, de 15 de diciembre 2023 (ECLI:ES:APGR:2023:1642).

14. Sobre los beneficios privados del control, Paz-Ares Rodríguez, José Cándido, «Anatomía ...», ob. cit., pp. 47-48, [fecha de la consulta: 18 de septiembre de 2025], Fernández del Pozo, Luis, «El misterio de la remuneración ...», ob. cit., p. 215. «En una sociedad cerrada, tanto el socio minoritario como el mayoritario tienen expectativas distintas de las existentes en las cotizadas en relación con la remuneración de los administradores. El socio mayoritario espera controlar la gestión de la sociedad y percibir por ello una remuneración adecuada a su esfuerzo y tiene todos los incentivos del mundo para apropiarse los «beneficios privados» (*“rent extractions”; “private beneficts”*), legítimos e ilegítimos, que derivan del ejercicio de su cargo.»

15. En estos términos lo califica la STS, núm. 700/2016, de 16 de septiembre de 2016, Caso «Novacaixagalicia», (ECLI:ES:TS:2016:3975), señala que: «El carácter delictivo de la utilización de las retribuciones como instrumento formal para la ejecución de actos de deslealtad que se traducen en decisiones lucrativas de carácter expropiatorio».

16. La utilización de las retribuciones de los administradores como instrumento formal para la ejecución de actos de deslealtad constituye una manifestación particularmente grave de desviación del interés social, que puede trascender el ámbito estrictamente societario para adquirir relevancia penal. En efecto, cuando la fijación o percepción de remuneraciones se convierte en un medio para obtener beneficios privados a costa del patrimonio social, nos encontramos ante conductas que, además de infringir los deberes fiduciarios propios del cargo, pueden integrar el tipo penal de la administración desleal previsto en el artículo 252 del Código Penal.

17. ECLI:ES:APB:2022:14371.

mente perjudiciales o lesivos para la minoría. En consecuencia, el derecho de sociedades somete su actuación a límites derivados del respeto al interés social y de la prohibición del abuso de derecho en el ejercicio de la facultad de decisión societaria¹⁸.

Por otro lado, aunque el principal enfoque es la protección de los socios, los intereses de los acreedores sociales también justifican la regulación, especialmente en situaciones de dificultad económica. El patrimonio de la sociedad es la garantía del cumplimiento de sus obligaciones (artículo 1911 del Código Civil¹⁹) y su disminución a través de remuneraciones desproporcionadas minora esta garantía. En este sentido, la lesión a los acreedores se hace relevante cuando el establecimiento de la remuneración abusiva ocurre en situaciones de insolvencia o pre-insolvencia, agravando la situación económica de la empresa y generando riesgo de impago²⁰.

Por último, la regulación en materia de retribución de los administradores encuentra también su fundamento en la existencia de un interés general en la correcta gobernanza corporativa, cuya relevancia se puso especialmente de manifiesto a raíz de las crisis financieras globales²¹. Dichas crisis revelaron cómo determinadas políticas retributivas, caracterizadas por la falta de prudencia y la orientación a resultados a corto plazo, pueden generar incentivos perversos propiciando la asunción de riesgos excesivos y comprometiendo la estabilidad no sólo de las sociedades individuales, sino del sistema económico en su conjunto.

18. SAP de Barcelona, núm. 1723/2022, de 7 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:14371), «La mayoría no puede, con fundamento en el principio de libertad de empresa, adoptar los acuerdos que considere más adecuados a sus propios intereses, aunque los mismos puedan resultar gravemente perjudiciales o lesivos para la minoría. El derecho societario no tolera la tiranía de la mayoría y por eso confía en un tercero, el juez, el control de los excesos en los que hubiera podido incurrir. El instrumento a través del cual se confía al juez la tutela de los derechos de la minoría consiste en la protección del interés social».
19. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889.
20. León Sanz, Francisco José, «La política de remuneraciones...», ob. cit., recuerda que, en casos de insolvencia: «La Política de Remuneraciones deberá contener cláusulas que permitan a la sociedad exigir la devolución de la retribución variable. La devolución se considera justificada cuando “el pago no haya estado ajustado a las condiciones de rendimiento o cuando se hayan abonado atendiendo a datos cuya inexactitud quede acreditada con posterioridad” (Recomendación 63 CGC)» y que, «en relación con el ejercicio de la acción rescisoria concursal, parece razonable considerar que la retribución fija, siempre que se haya determinado en condiciones de mercado, no debería ser rescindida en la medida en que se trata de la contraprestación por la prestación de servicios necesarios para la sociedad. En cambio, el resto de las compensaciones percibidas distintas de la retribución fija podrían ser objeto de rescisión cuando no estuvieran justificadas y se den los presupuestos exigidos en la normativa concursal, con independencia de que se pudiera o no exigir su devolución con fundamento en la Política de Remuneraciones y en los contratos.». También pueden verse, Fernández del Pozo, Luis, «La responsabilidad de los administradores por incumplimiento de los deberes de prevención preconcursal (1)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2024, núm. 71; Iribarren Blanco, Miguel, «Los deberes de los administradores ante la reestructuración de las sociedades en dificultades», *Anuario de Derecho Concursal*, 2023, núm. 58; y Martínez Muñoz, Miguel, «El gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal*, 2024, núm. 61.
21. Financial Stability Board, «Principios del FSB para unas buenas prácticas en materia de remuneración. Estándares de aplicación», 25 de septiembre de 2009, disponible en: https://www.bde.es/f/webbde/CIR/supervision/politica/ficheros/es/FSB_Estandares_de_aplicacion_de_buenas_practicas_de_remuneracion-es.pdf (fecha de la consulta: 13 de julio de 2025). Comisión Europea, «Recomendación de la Comisión de 30 de abril de 2009 sobre las políticas de remuneración en el sector de los servicios financieros», *DOUE*, L 120/22, de 15 de mayo de 2009.

Durante los episodios de crisis se comprobó que los sistemas de incentivos vinculados exclusivamente al beneficio inmediato favorecían comportamientos especulativos, distorsionaban los objetivos empresariales y contribuían a importantes pérdidas patrimoniales y, en última instancia, al colapso de entidades de relevancia sistémica. Frente a ello, la regulación contemporánea busca instaurar un modelo de retribución prudente y sostenible, orientado a la creación de valor a largo plazo y a la preservación de la estabilidad corporativa²².

2.2. Alcance del control judicial de la retribución de los administradores

Una vez admitida la legitimidad de un control público sobre las retribuciones de los administradores sociales, debe abordarse la cuestión de relativa a su alcance. Ello implica determinar si la intervención legislativa y judicial debe circunscribirse a la configuración formal del régimen retributivo, garantizando que existan previsiones estatutarias y acuerdos de la Junta General válidamente adoptados (artículo 217 y siguientes LSC) o si, por el contrario, dicha intervención debe extenderse a los aspectos materiales de la fijación de las remuneraciones, controlando su adecuación cuantitativa y cualitativa a las circunstancias económicas y estructurales de la sociedad.

En lo que respecta a la cuestión concreta en relación con la determinación de la proporcionalidad de la remuneración de los administradores, el control judicial se fundamenta en la exigencia impuesta por el artículo 217.4 LSC, que sirve para amparar legalmente las impugnaciones de acuerdos de remuneración, que históricamente se articulaban a través de la doctrina del abuso. Las vías principales para activar este control son la acción de impugnación de acuerdos sociales, cuando el acuerdo infringe la ley, estatutos, o lesiona el interés social en beneficio de uno o varios socios (artículo 204.1 LSC) o, alternatively, la acción social de responsabilidad contra el administrador beneficiario de la retribución, denunciando el cobro como un acto desleal y lesivo para la sociedad (artículo 238 LSC).

El control judicial en esta materia opera bajo una lógica de control de mínimos o de evidencia, pues, como ya hemos anotado, la fijación de la remuneración es una decisión de carácter discrecional de la Junta General, conectada con la libertad de empresa. En este sentido, la SAP Barcelona núm. 1723/2022²³ recuerda el control judicial no debe alcanzar a determinar cuál es la retribución razonable, sino que «se

22. En este sentido se pronunciaba el apartado VI del Preámbulo de la Ley 31/2014. Véase también, Gutiérrez Cantos, Roberto, «La vinculación de los objetivos de sostenibilidad con la remuneración variable de los administradores societarios: a propósito del sistema de incentivos del Proyecto de Directiva sobre diligencia debida», *Diario La Ley*, 2023, núm.10374.

23. Fundamento Jurídico Séptimo, número 16.

debe limitar a examinar si el acuerdo de la junta supone o no un abuso de derecho, esto es, un abuso por parte de la mayoría de su posición en la sociedad».

Por su parte, el Tribunal Supremo ahonda en la cuestión, en la sentencia núm. 194/2025, de 7 de febrero, recordando que la junta de socios es soberana para fijar el montante de la remuneración²⁴ y que, por tanto, la revisión judicial, por cauce de la impugnación de los acuerdos sociales por lesión del interés social, debe situarse exclusivamente en el «control del abuso que desvirtúa el sentido de la remuneración, que no deja de ser la retribución de una función con la carga de responsabilidad que lleva consigo».

En consecuencia, el Tribunal no está llamado a sustituir el criterio de la Junta General para fijar una retribución «adecuada» sino a realizar un control de razonabilidad mínimo para evitar abusos manifiestos y deberá limitarse a evitar excesos manifiestos —retribuciones arbitrarias, carentes de motivación o desproporcionadas respecto a la capacidad económica de la sociedad—, pero no alcanza a valorar la oportunidad o conveniencia de la decisión adoptada. En otras palabras, la función del juez no es fijar el *quantum* retributivo ni realizar una valoración económica sustitutoria, sino verificar el respeto a los límites de la buena fe societaria y del interés social, conforme a los artículos 7.2 y 1258 del Código Civil y 204 LSC²⁵.

En todo caso, el denominado control de mínimos debe entenderse como la posibilidad de ejercer un control limitado a aquellas situaciones en las que la desproporción o la desviación respecto del interés social resulta manifiesta. Este tipo de control constituye una forma de supervisión moderada, compatible con el respeto a la autonomía empresarial y a la discrecionalidad que corresponde a los órganos sociales en la fijación de las retribuciones de los administradores.

Además, debe recordarse que las decisiones en este ámbito presentan una estructura esencialmente ponderativa, en la que confluyen diversos factores —económicos, organizativos, de gestión y de mercado—, cada uno con su propio peso específico, que deben ser valorados de manera conjunta. En consecuencia, el juicio de adecuación de la remuneración no admite soluciones unívocas, sino que requiere una evaluación casuística, atenta a la realidad concreta de la sociedad y a las circunstancias que rodean la decisión.

24. Este principio ya había sido destacado en sentencias como la STS 98/2018, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:494).

25. SAP de Cáceres, núm. 9/2003, de 21 de enero de 2003, recuerda que: «el Tribunal debe de proceder con prudencia y cautela para no invadir la esfera de la acción reservada por la Ley o los estatutos a los acuerdos sociales, y ello obviamente sin perjuicio de la facultad revisora de los acuerdos si en el proceso se ofrece demostración suficientemente razonable de una extralimitación en el ejercicio de las facultades legales o estatutarias, o si se causó lesión al ente social en beneficio de algún socio o de un tercero», en el mismo sentido, SAP de Barcelona, Sección 15ª, núm. 357/2017, de 12 de septiembre de 2017, (ECLI:ES:APB:2017:6243). Véase también al respecto, Castro Yebra, Francisco, «Análisis jurisprudencial del límite relativo a la proporcionalidad de la retribución de los administradores a la luz de la SAP de Barcelona de 12 de septiembre de 2017» *Diario La Ley*, 2018, núm. 9196.

Ahora bien, el control de mínimos no debe restringirse exclusivamente a los supuestos de retribuciones exorbitantes por su cuantía, ya que el abuso o la deslealtad pueden manifestarse también en formas más sutiles. El control puede y debe extenderse a aquellos casos en los que se evidencie un defectuoso ejercicio de la discrecionalidad empresarial, por ejemplo, cuando la decisión retributiva se adopta sobre la base de hechos falsos, datos erróneos o información manifiestamente insuficiente, lo que impide un juicio racional sobre la adecuación de la retribución a las circunstancias de la sociedad²⁶.

En el supuesto analizado por la STS 194/2025, de 7 de febrero, la remuneración del administrador había sido fijada en la suma de 90.000 euros brutos anuales para el ejercicio 2017. La Audiencia Provincial de Las Palmas²⁷, en su resolución, había considerado que la remuneración de 90.000 euros resultaba desproporcionada, apoyándose en la errónea premisa de que los beneficios de la sociedad ascendían únicamente a 58.306,22 euros. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en sede de casación, corrige dicha interpretación y concluye que la retribución sí era proporcional en atención a la verdadera situación económica de la sociedad, dado que la sociedad obtuvo beneficios de 2.879.090,86 euros en 2016, y no los 58.306,22 euros erróneamente considerados en la sentencia recurrida. La constatación del beneficio real —cercano a los tres millones de euros— resultó determinante, pues alteró por completo el juicio de proporcionalidad realizado por la instancia.

El Tribunal Supremo, no obstante, evita pronunciarse sobre si la retribución es elevada o reducida en términos absolutos, absteniéndose de sustituir el juicio empresarial por un criterio judicial subjetivo. Su intervención se limita a verificar el cumplimiento del principio de adecuación previsto en el artículo 217.4 LSC, dentro de un margen razonable de discrecionalidad societaria.

3. El canon de proporcionalidad del artículo 217.4 LSC: límites materiales y teleológicos

El artículo 217.4 LSC es la norma esencial que positiva el canon de proporcionalidad de la remuneración de los administradores. Se trata de un precepto imperativo²⁸, que posee una naturaleza orientativa o programática debido a la amplitud de sus conceptos. Esta dualidad se desprende directamente de la literalidad de la norma, que establece que: «La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la

26. Al respecto Navarro Frías, Irene, «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2017, núm. 49, apartado IV, y notas a pie 126 y 127.

27. SAP de Las Palmas, núm. 537/2024, de 23 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:APGC:2024:2014).

28. Sobre la imperatividad del artículo 217.4 LSC, véase Sánchez-Calero, Juan, «La responsabilidad del administrador que percibe una retribución inadecuada», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2022, núm.168.

situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables».

La expresión «deberá en todo caso» revela su carácter imperativo, que impone un límite jurídico vinculante a la autonomía de la sociedad y de su Junta General en materia de fijación retributiva. Por tanto, no admite exclusión estatutaria ni contractual, su alcance es general y se aplica a todas las sociedades de capital, sin importar su tipo o dimensión.

Asimismo, la regla opera como límite material de legalidad, de modo que cualquier remuneración que contravenga la regla de proporcionalidad podría ser impugnada por infracción del ordenamiento jurídico (artículo 204.1 LSC)²⁹. Antes de la incorporación del actual artículo 217.4 LSC, el control de las remuneraciones desproporcionadas sólo podía ejercerse de forma indirecta, a través de la acción de impugnación de acuerdos sociales basada en el abuso de mayoría³⁰ o en la infracción del deber de lealtad³¹, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LSC y en relación con el artículo 228 LSC, sin embargo, en estos casos, en ausencia de una norma específica, el control era casuístico y limitado a los supuestos en que se demostraba un ejercicio abusivo del voto o un conflicto de interés manifiesto. En cambio, hoy, el contenido de artículo 217.4 LSC podría ofrecer un fundamento legal autónomo para el control judicial de la razonabilidad retributiva.

Como hemos adelantado, junto a su imperatividad, el artículo 217.4 LSC también posee una dimensión programática o teleológica. El contenido de los conceptos empleados: «proporción razonable», «importancia de la sociedad», «situación económica» o «estándares de mercado», introducen un elemento valorativo y

29. Entorno al debate de si retribución tóxica constituye una infracción de la ley o una lesión del interés social, Navarro Frías, Irene, «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas ...», ob. cit. La autora sostiene que la incorporación de este criterio de proporcionalidad es de naturaleza más declarativa que constitutiva de una regla legal estricta y que, por tanto, la vulneración de la proporcionalidad se interpreta como una mayor concreción del concepto de interés social en el ámbito específico de las retribuciones. Además, entiende que, mientras que la infracción de una regla legal específica (un límite monetario fijo o una norma de competencia) se considera una infracción de la ley que permite un control judicial exhaustivo (control de máximos), la fijación de una retribución tóxica por ser desproporcionada, al requerir la valoración y ponderación de múltiples factores indeterminados, se sigue tratando como una lesión del interés social.

30. Al respecto la STS, Sala de lo Civil, núm. 9284/2011, de 7 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9284). SAP de Barcelona, 12 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:6243), la Audiencia aplica la nueva redacción del art. 204.1 LSC, por su valor interpretativo, como criterio de orientación: la lesión del interés social también se produce cuando un acuerdo, sin causar daño patrimonial directo, se impone de forma abusiva por la mayoría. Martínez Martínez, María Teresa, «Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios: caracterización y casuística», *Revista de Derecho Mercantil*, 2018, núm. 310.

31. En este sentido, la STS, Sala de lo Civil, núm. 391/2012, de 25 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5815), que los administradores societarios deban responder frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de las cantidades percibidas cuando se trate de las llamadas «remuneraciones tóxicas» contrarias a los intereses sociales y a los límites que impone la conjunción del deber de lealtad societaria y la ética social. SAP de Barcelona, Sección 15ª, núm. 224/2015, de 29 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:9178), ratifica la sentencia del Juzgado de lo mercantil que condena administrador a pagar a la sociedad por el incumplimiento de sus deberes de lealtad y fidelidad al haber traspasado el límite estatutario del en relación con su retribución de administrador.

flexible, propio de las normas de conducta orientadoras o principios rectores, cuya concreción depende del caso determinado.

El propio precepto señala que el sistema de remuneración «deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad» e «incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables». Estas cláusulas introducen principios de prudencia y sostenibilidad que trascienden la mera cuantía de la retribución, su finalidad es alinear los intereses de los administradores con el interés social a largo plazo, conforme al modelo de buen gobierno corporativo que inspira las reformas europeas en materia de gobierno corporativo³².

La norma, en este sentido, no impone una fórmula cerrada, sino que traza un patrón de comportamiento responsable, aplicable tanto por los órganos sociales como por los tribunales al ejercer un control de razonabilidad. Esta formulación configura lo que podemos denominar «criterios materiales de razonabilidad» o «triple *test* de proporcionalidad», que atiende a tres factores fundamentales: (i) la importancia de la sociedad; (ii) la situación que tuviera la sociedad en cada momento; y (iii) los estándares de mercado de empresas comparables, cuyo contenido analizaremos a continuación, teniendo en cuenta los elementos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia 194/2025, de 7 de febrero.

3.1. Criterios materiales de proporcionalidad (triple *test*)

3.1.1. La importancia de la sociedad

En primer lugar, para determinar la importancia de la sociedad deben tenerse en cuenta, entre otros, aspectos tales como su tamaño, el ramo de actividad a la que se dedica y su complejidad organizativa³³. En el caso de «Dunaventura S.L.», la STS 194/2025, de 7 de febrero, atribuye especial relevancia a la importancia objetiva de la sociedad, constatada a partir de una serie de indicadores fácticos que fueron debidamente valorados por la sentencia de primera instancia. Así, la sociedad Dunaventura S.L. no era una entidad meramente patrimonial, sino titular de un establecimiento hotelero de considerable magnitud, además de otros activos inmo-

32. Al respecto puede verse, Comisión Europea, «Libro Verde: la normativa de gobierno corporativo de la UE», COM(2011) 164 final, de 5 de abril de 2011, pp. 10 y ss., disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:ES:PDF> (fecha de la consulta: 12 de julio de 2025). Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, *DOUE*, núm. 132, de 20 de mayo de 2017. Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, «Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas», creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, publicado por Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, disponible en: https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf (fecha de la consulta: 12 de julio de 2025).

33. SAP de Barcelona, 12 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:6243).

biliarios (dos inmuebles adicionales), lo que situaba a la compañía en un contexto empresarial de notable complejidad.

La inversión y modernización del establecimiento hotelero fue otro de los elementos determinantes para valorar la importancia de la sociedad. Según detalla la sentencia, se habían acometido reformas sustanciales que habían permitido mejorar significativamente la explotación del negocio, ampliando tanto la oferta como la calidad de los servicios prestados. Entre los factores concretos considerados por el Tribunal destacan:

- El incremento de la capacidad hotelera, que pasó de 110 a 150 unidades, evidenciando una expansión de la infraestructura y del volumen de negocio.
- La creación de un aparcamiento con 56 plazas, que supuso una mejora funcional del establecimiento.
- La instalación de tres restaurantes, en sustitución del único existente con anterioridad, reforzando el atractivo y la rentabilidad del complejo.
- El aumento sustancial del personal, que pasó de 24 trabajadores a más de 100, reflejo del crecimiento y de la complejidad de la gestión empresarial.

A partir de estos datos, el Tribunal Supremo concluye que la sociedad presentaba una posición económica sólida y en expansión, alcanzando en el ejercicio 2016 —el inmediatamente anterior a la fijación de la remuneración— beneficios de 2.879.090,86 euros, cifra muy superior a la considerada erróneamente por la Audiencia Provincial de Las Palmas (58.306,22 euros). Este error contable resultó determinante para la revocación de la sentencia, pues había viciado el juicio de proporcionalidad efectuado en apelación.

El Tribunal Supremo, sin pronunciarse sobre si la retribución era elevada o modesta en términos absolutos, realiza un control de proporcionalidad de acuerdo con los límites del art. 217.4 LSC, centrado en verificar la existencia de una adecuación razonable entre la cuantía fijada y la dimensión económica real de la sociedad. De esta forma, el Tribunal rechaza que la remuneración constituya un cauce encubierto de distribución de beneficios, al considerar que la cifra resultaba coherente con la magnitud de la empresa y con los resultados obtenidos en el ejercicio de referencia.

3.1.2. La situación que tuviera la sociedad en cada momento

Por su parte, la situación económica que tuviera la sociedad en cada momento alude a la situación económica general de la empresa, y no exclusivamente a su situación patrimonial³⁴. La valoración debe comprender elementos tales como la procedencia

34. En la SAP de Barcelona, núm. 1723/2022, de 7 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:14371), la parte demandada afirmó, al oponerse al recurso, que la cifra de facturación que ronda el millón y medio de euros, y el número

de los beneficios porque, por ejemplo, a los efectos de evaluar la situación real de la sociedad, no se puede atribuir la misma consideración los beneficios procedentes de la venta de activos que los relativos a la propia actividad de la sociedad.

Además, la valoración debe proyectarse más allá de la coyuntura presente, incorporando aquellos cambios que se prevea puedan acontecer en el futuro cercano.

Asimismo, en lo que respecta a las variaciones que pueda experimentar la situación económica de la sociedad, la norma no establece de manera expresa una obligación de reducir la retribución de los administradores ante el empeoramiento de dicha situación, como sí ocurre en otras legislaciones de nuestro entorno³⁵. Precisamente por la naturaleza provisional y variable de los factores económicos, una situación económica desfavorable no implica necesariamente la obligación de fijar retribuciones bajas. En determinados contextos, una retribución elevada puede justificarse por la posesión de aptitudes excepcionales por parte del administrador, capaces de conducir a la sociedad fuera de una situación de crisis.

En lo que respecta al caso concreto analizado por la STS 194/2025, de 7 de febrero, el primer paso esencial del control judicial, para determinar la situación económica de la sociedad Dunaventura S.L., fue corregir el error fáctico patente, manifiesto y notorio cometido por la Audiencia Provincial de Las Palmas, que había utilizado una base económica incorrecta para evaluar la justificación de la remuneración. La sentencia recurrida partía del hecho erróneo de que el beneficio de la sociedad en 2016 fue de 58.306,22 euros, cifra que en realidad correspondía al ejercicio 2014.

El Tribunal Supremo consideró que este error era muy relevante para la valoración jurídica sobre la justificación de la remuneración y para el juicio de proporcionalidad exigido por el art. 217.4 LSC, ya que la Audiencia había negado la proporcionalidad teniendo en cuenta una cifra de beneficio mínima. Por tanto, para considerar la importancia de la sociedad y su situación económica, el Tribunal se enfocó en la situación a finales de 2016, el momento en que se adoptó el acuerdo, en lugar de anclarse en la situación de dos años antes, cuando la sociedad estaba en plena reestructuración del establecimiento hotelero.

de empleados de la sociedad (22) justifica que no pueda considerarse desproporcionada la retribución señalada. Sin embargo, la Audiencia estima que es más relevante el monto de los beneficios, que la actora fija en poco más de cien mil euros en alguno de los ejercicios una vez deducidas las retribuciones del administrador, que el importe total facturado, y concluye que, a partir de los parámetros analizados, no se ha acreditado que la retribución fijada al administrador sea proporcionada y obedezca a la dedicación que exige para el desempeño de ese cargo una sociedad como la demandada.

35. Respecto al tratamiento de la retribución de los administradores en el Derecho alemán, véase Navarro Frías, Irene, «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas ...», ob. cit., apartado 2.1. No obstante, la necesaria adecuación de la retribución a la situación económica de la sociedad implica que la responsabilidad de los administradores no se limita únicamente a conductas activas consistentes en fijar remuneraciones desproporcionadas, sino que se extiende también a conductas omisivas, consistentes en no ajustar dichas remuneraciones cuando la situación económica de la empresa se deteriora significativamente, de modo que las mismas resulten desproporcionadas.

A estos efectos, el Tribunal Supremo aclara que la situación económica relevante es la correspondiente al ejercicio inmediatamente anterior a aquel en el que se fija la retribución, por ser la que refleja con mayor fidelidad la realidad financiera y operativa de la sociedad en el momento de la decisión. En consecuencia, el Tribunal corrige el criterio de la Audiencia Provincial, debido a que este error de base alteró sustancialmente el análisis de la proporcionalidad y condujo a una conclusión errónea sobre la supuesta desmesura de la remuneración.

El Tribunal Supremo recuerda además que este criterio temporal de valoración ya había sido fijado en resoluciones anteriores,³⁶ en la que se advertía expresamente contra la utilización de cifras obsoletas o descontextualizadas para justificar la impugnación de acuerdos sociales relativos a la retribución de los administradores. Esta jurisprudencia busca evitar que el control judicial se ejerza sobre parámetros económicos superados, lo que desvirtuaría el juicio de proporcionalidad y conduciría a un resultado injusto.

En suma, el Tribunal Supremo consolida una doctrina coherente en la que la retribución de los administradores debe evaluarse a la luz de la situación económica efectiva y actual de la sociedad, no de circunstancias pasadas o coyunturas ya superadas, y sólo puede reputarse ilícita o desproporcionada cuando se acredite su falta de justificación económica o su utilización con fines contrarios al interés social.

3.1.3. Los estándares de mercado de empresas comparables

Los estándares de mercado de empresas comparables o «*test de mercado*»³⁷, introduce en la valoración de proporcionalidad un criterio de comparación horizontal, a diferencia de la comparación vertical centrada en la proporción entre salarios de directivos y empleados medios de la propia empresa.

El análisis de la proporcionalidad de la retribución de los administradores puede apoyarse en la comparación con otras sociedades, siempre que dicha comparación se realice con el debido rigor metodológico y dentro de los límites que impone la especificidad del caso concreto. En este sentido, para que la comparación sea válida, útil y jurídicamente relevante, debe responder a criterios rigurosos y objetivos, garantizando que las sociedades utilizadas como referencia sean verdaderamente comparables.

La comparabilidad exige atender a una serie de factores estructurales y económicos homogéneos, entre los cuales destacan tres elementos esenciales, en primer lugar,

36. STS, núm. 708/2015, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5225).

37. SAP de Barcelona, núm. 357/2017, de 12 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:6243), utiliza el término y reconoce que: «(...) no es irrazonable el criterio que proponen los recurrentes para juzgar si las retribuciones fijadas son o no desproporcionadas, esto es, acudir a las retribuciones que se abonan en el mercado a los profesionales que se ocupan de una actividad similar, los administradores de fincas».

el ramo de actividad, de modo que las sociedades objeto de contraste pertenezcan al mismo sector económico o productivo, operando bajo condiciones de mercado similares y afrontando riesgos empresariales equiparables. En segundo lugar, debe considerarse el tamaño de la empresa, entendido no sólo en términos de capital social o volumen de negocio, sino también de estructura organizativa, número de empleados y capacidad operativa y; por último, será determinante en la comparación la complejidad de la actividad desarrollada, que puede venir determinada por la diversidad de líneas de negocio, el nivel de especialización técnica o la dimensión internacional de las operaciones.

3.2. La valoración de la labor del administrador como elemento del juicio de proporcionalidad

Aunque la valoración de la labor desempeñada por el administrador no figura expresamente entre los criterios enumerados en el artículo 217.4 LSC, el Tribunal Supremo la incorpora de manera implícita como elemento complementario de la proporcionalidad, coherente con la finalidad de la norma y con la lógica del sistema societario, de ello se deriva que, la adecuación de la remuneración no puede evaluarse en abstracto, sino que debe atender también a la complejidad de las funciones asumidas, la dedicación exigida, la cualificación profesional, la experiencia acreditada y el nivel de responsabilidad inherente al cargo .

El examen de proporcionalidad efectuado por la Sentencia del Tribunal Supremo 194/2025, de 7 de febrero (caso Dunaventura S.L.) no se limitó a considerar los aspectos patrimoniales y financieros de la sociedad, sino que incluyó también la valoración de la labor efectivamente desempeñada por el administrador. Este enfoque revela una comprensión más amplia y sustantiva del juicio de adecuación previsto en el artículo 217.4 LSC, en el que confluyen tanto factores objetivos relativos a la situación económica de la sociedad como factores subjetivos vinculados al desempeño del cargo.

La sentencia destaca que, a pesar de que la gestión operativa del hotel se había encomendado al Grupo Barceló, dicha externalización no implicó un vaciamiento de las funciones del administrador de Dunaventura S.L. Por el contrario, el Tribunal afirma que el administrador mantenía funciones esenciales de supervisión, control y dirección estratégica, inherentes a su posición y necesarias para garantizar el cumplimiento de los fines sociales y la protección del interés de la compañía.

Además, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que, aunque la retribución objeto de aprobación se refiera formalmente al ejercicio 2017, su justificación material debe encontrarse en la valoración de la gestión desarrollada durante los ejercicios inmediatamente anteriores, en particular hasta finales de 2016. Destacando que, los resultados económicos y la situación patrimonial de la sociedad en dicha fecha

constituyen un reflejo directo de la eficacia de la labor desempeñada por la administración, así como de la transformación estructural experimentada por la empresa.

De acuerdo con el Tribunal, entre los factores que permiten apreciar, de manera indirecta, la relevancia de la actuación del administrador hasta 2016, destacan varios elementos objetivos de modernización y expansión. En primer lugar, la sociedad acometió importantes reformas y procesos de modernización en su establecimiento hotelero, orientados a mejorar su capacidad competitiva y a optimizar su explotación. En segundo término, se produjo un incremento sustancial de la capacidad de alojamiento, a la vez que se abordó un proceso de desarrollo significativo de las infraestructuras. Para el Tribunal, todos estos avances ilustran la dimensión alcanzada por la empresa y su consolidación como actor relevante en el sector hotelero y condujeron a la obtención de beneficios muy significativos en el ejercicio 2016, y constituyen un indicador determinante de la eficacia y el acierto de la gestión realizada por el administrador. En consecuencia, la retribución aprobada para el ejercicio siguiente no puede entenderse sino como un reconocimiento proporcionado y razonable a la labor previa del administrador, que fue la que permitió alcanzar dicha posición de fortaleza empresarial.

Cabe señalar que en resoluciones anteriores ya se había considerado la «carga de trabajo efectivo» del administrador como parámetro para valorar la adecuación y proporcionalidad de su retribución. Así, la Sentencia del Tribunal supremo, núm. 165/2004, de 5 de marzo de 2004, aplicó el mismo razonamiento para declarar abusiva la retribución del órgano de administración, señalando que: «la cantidad es desorbitada y lesiva para los intereses sociales en beneficio de los accionistas "mayoritarios", lo que se deduce no sólo de la escasa entidad de las exigencias de trabajo y tiempo que requiere la administración y explotación»³⁸.

Esta línea interpretativa refuerza la idea de que el juicio de proporcionalidad en materia retributiva no puede reducirse a la mera consideración de los resultados económicos o de la situación patrimonial de la sociedad, sino que debe incorporar un análisis cualitativo del esfuerzo, dedicación y responsabilidad asumidos por el administrador. La «carga de trabajo efectivo se erige, así como un criterio material de justicia retributiva, que permite evaluar si la remuneración guarda correspon-

38. En el mismo sentido, SAP de Barcelona, Sección 15ª, núm. 357/2017, de 12 de septiembre de 2017, (ECLI:ES:APB:2017:6243), se destaca que, atendiendo a la evolución de los ejercicios anteriores, «la carga de trabajo efectivo» del administrador había disminuido de forma notable, mientras que la retribución se había mantenido en niveles similares e incluso había continuado aumentando progresivamente. Este desequilibrio entre la dedicación efectiva y la compensación económica justifica la intervención judicial, al revelar una disociación entre la función desempeñada y la remuneración percibida, lo que puede derivar en una lesión del interés social y de los derechos de los socios minoritarios. Por su parte, la SAP de Cáceres de 21 de enero de 2003, ya había declarado que la lesión del interés social de los socios minoritarios se produce cuando «la retribución sea objetivamente desproporcionada para la contraprestación efectiva del administrador en favor de la sociedad», advirtiendo, además, que dicha apreciación no puede realizarse en abstracto, sino que requiere un examen concreto de la dedicación y del valor de la actividad desempeñada.

dencia con la actividad real desarrollada y con el valor añadido que el administrador aporta a la gestión de la sociedad.

En definitiva, este enfoque pone de relieve que la función del control judicial no se limita a detectar remuneraciones cuantitativamente excesivas, sino también aquellas que resultan injustificadas en relación con el trabajo efectivamente desplegado, lo que constituye una manifestación concreta del principio de adecuación previsto en el artículo 217.4 LSC.

4. La insuficiencia del beneficio contable como único parámetro de valoración

Una vez analizados los criterios aplicables para la determinación de la proporcionalidad de la retribución del órgano de administración, consideramos necesario advertir el problema que puede derivar de la vinculación exclusiva de la retribución de los administradores al resultado positivo o al beneficio contable de la sociedad. Esta concepción, de carácter estrictamente cuantitativo, reduce el juicio de proporcionalidad, ignorando la complejidad de la función gestora y las circunstancias económicas que pueden afectar al desempeño del administrador.

El riesgo de esta visión simplificadora radica en que puede conducir al desconocimiento de una gestión eficiente cuando los resultados económicos del ejercicio no reflejan adecuadamente el valor de las decisiones adoptadas o el esfuerzo de dirección desplegado. La rentabilidad contable no siempre constituye un indicador fiel de la eficacia empresarial, especialmente en contextos de crisis, de reestructuración o de cambios profundos en el mercado en el que opera la sociedad.

En efecto, reducir pérdidas, afrontar procesos de saneamiento financiero, mantener los niveles de actividad o estabilizar los beneficios en ejercicios críticos son actuaciones que, aun no traducándose en un incremento inmediato del beneficio contable, revelan una gestión diligente y orientada al interés social. Estas actuaciones, por su relevancia estratégica y su impacto en la sostenibilidad futura de la empresa, pueden justificar una retribución significativa, incluso en ausencia de resultados positivos³⁹.

39. En el mismo sentido, Sánchez-Calero Guilarte, Juan, «La impugnación de la retribución desproporcionada. SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 7 de diciembre de 2022 (JUR 2023,44360)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2022, núm.169, apartado 2. «Es este mismo fundamento de hecho el que se ve amenazado cuando la retribución se vincula con el resultado positivo y beneficio contable. El riesgo viene entonces del desconocimiento de una eficiente gestión, cuando su medición se alinea sólo con esa ganancia. Como he repetido en anteriores publicaciones sobre la cuestión retributiva, reducir pérdidas, afrontar saneamientos, mantener beneficios en ejercicios críticos o, en suma, gestionar durante un mal período (para la empresa o para el mercado en el que opera) o ante una crisis empresarial son actuaciones merecedoras de una especial recompensa, como la experiencia se encarga de acreditar, aunque no lo haga el resultado del ejercicio en cuestión».

Entendemos que, en este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo, aunque sin formularlo de modo explícito, permite inferir que el juicio de proporcionalidad del artículo 217.4 LSC no puede quedar subordinado a una visión exclusivamente orientada al resultado, sino que debe considerar también la eficiencia y calidad de la gestión, la complejidad del entorno económico y la capacidad del administrador para preservar la viabilidad de la empresa en escenarios adversos.

Desde esta perspectiva, el beneficio contable constituye un elemento relevante, pero no exclusivo, dentro del análisis de proporcionalidad. La retribución debe responder no sólo al éxito económico inmediato, sino también al valor estratégico y preventivo de la gestión, reconociendo la importancia de aquellas actuaciones que contribuyen a sostener la empresa y a salvaguardar su patrimonio en el medio y largo plazo.

5. La inaplicación del artículo 249.3 LSC en la STS 194/2025, de 7 de febrero

Si bien, la regulación del comprendida en el artículo 249.3 LSC, referidas al contrato entre la sociedad y el consejero delegado o el consejero que desempeñe funciones ejecutivas, no constituye parte del objeto central de este trabajo, consideramos relevante hacer mención del especial interés que ha mostrado el Tribunal Supremo en aclarar, mediante 194/2025, de 7 de febrero, todos los aspectos relacionadas con la valoración de la proporcionalidad de remuneración del administrador, aplicables al caso.

En este sentido, la sentencia objeto de análisis confirma que, en una sociedad de responsabilidad limitada con administrador único, como es el caso examinado, no resulta aplicable el régimen previsto para el contrato de consejero delegado en el artículo 249.3 LSC. Esta conclusión implica tres consecuencias esenciales: en primer lugar, la reserva estatutaria de la retribución, lo que implica que la remuneración del administrador debe estar prevista en los estatutos, conforme a la doctrina consolidada en la STS 98/2018, de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:494), que precisó los requisitos de la reserva estatutaria.

En segundo lugar, la fijación anual de la retribución por parte de la Junta General, a quien le corresponde determinar la cuantía de la retribución para cada ejercicio, en ejercicio de sus competencias sobre aprobación de cuentas y retribuciones de los órganos de administración y, por último, la exclusión de contrato separado, ya que no es exigible la formalización de un contrato independiente con la sociedad, a diferencia de lo previsto para los consejeros con funciones ejecutivas en sociedades anónimas⁴⁰.

40. Esta distinción se encuentra en línea con la STS 646/2018, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3949), que diferenciaba claramente entre la retribución derivada de la condición de administrador y la retribución por fun-

Es importante señalar que, la inaplicación del artículo 249 LSC fue relevante porque la parte impugnante (Realizaciones Patricia S.L.) y la Audiencia Provincial de Las Palmas⁴¹ habían utilizado la falta de cumplimiento de las formalidades previstas en dicho artículo para cuestionar tanto la retribución pasada como la futura. La Audiencia Provincial había señalado que la retribución de la labor del administrador no había sido «aprobado ni ratificado por la Junta en las condiciones previstas en el art. 249 de la LSC». También había indicado que las funciones del administrador eran las propias del administrador social, sin que se hubiera aprobado o ratificado el supuesto contrato de prestación de servicios concertado en años anteriores.

Al declarar la inaplicación del precepto debido a la estructura de administrador único, el Tribunal Supremo centra la legalidad de la retribución exclusivamente en la observancia del criterio de proporcionalidad razonable del artículo 217.4 LSC y en si el acuerdo lesiona o no el interés social (artículo 204.1 LSC).

Por último, cabe añadir que, un afán de agotar los temas de debate en torno al caso Dunaventura S.L., el Tribunal Supremo, recuerda, además, que el artículo 218 LSC establece un límite del 10% de los beneficios repartibles cuando la remuneración del administrador se vincula a los resultados de la sociedad. Sin embargo, en el caso examinado, la remuneración tenía naturaleza fija, sin relación con la participación en beneficios, por lo que dicho límite no resulta aplicable.

Esta precisión cobra especial relevancia, dado que la Audiencia Provincial había aplicado erróneamente el artículo 218 LSC, considerando inapropiadamente que existía un vínculo con los beneficios, por tanto, la STS194/2025, de 7 de febrero corrige esta interpretación, reafirmando que la limitación del 10% sólo opera en los supuestos en que la retribución se configura como participación en beneficios, y no cuando se trata de una cuantía fija previamente aprobada por la Junta General. En consecuencia, se confirma que la fijación de una retribución fija para el administrador único en sociedades limitadas se encuentra dentro de los márgenes legales y estatutarios, sin que el artículo 218 LSC sea aplicable, siempre que no exista vinculación directa con los beneficios repartibles.

6. Conclusiones

La reforma de introducida por la Ley 31/2014 supuso un avance significativo al concretar y hacer visibles los límites materiales a la retribución del administrador, articulando la proporcionalidad como un mandato legal explícito dentro del artículo 217.4 LSC. No obstante, la regulación opera mediante conceptos jurídicos indeterminados, lo que exige a jueces un complejo proceso de ponderación de múl-

ciones ejecutivas o de alta dirección.

41. SAP de Las Palmas, núm. 537/2024, de 23 de septiembre de 2024 (ECLI:ES:APGC:2024:2014).

tiples factores tales como: situación económica, funciones de los administradores y estándares de mercado, en lugar de una mera subsunción deductiva.

La STS 194/2025, de 7 de febrero, clarifica los límites del control judicial sobre las decisiones de la Junta General en materia retributiva, reafirmando la autonomía interna de la sociedad frente a una posible judicialización excesiva de la gestión. Asimismo, consolida una metodología de análisis objetivo, basada en datos contables y en criterios económicos verificables, que dota de contenido concreto al principio de proporcionalidad del art. 217.4 LSC. La sentencia acierta al reforzar la seguridad jurídica y la previsibilidad en la aplicación de los artículos 217 y 218 LSC, sin embargo, deja abierta una cuestión relevante, y es que el umbral de lo «razonable» sigue siendo un concepto abierto, cuya concreción dependerá de las circunstancias del caso.

En definitiva, el actual régimen de la retribución de administradores combina la flexibilidad estatutaria con la intervención judicial *ex post* como mecanismo de corrección. Si bien esta flexibilidad permite adaptar la retribución a las particularidades de cada sociedad, también genera cierta inseguridad jurídica, favorece la litigiosidad y dificulta la prevención de conflictos. En este sentido, sería deseable establecer mecanismos que refuercen los criterios objetivos de proporcionalidad y establezca mecanismos de transparencia y rendición de cuentas que reduzcan la dependencia del control judicial.

Con base en el análisis realizado, puede concluirse que la valoración de la proporcionalidad en la retribución de los administradores sociales debe superar una concepción meramente cuantitativa o vinculada de forma automática al beneficio contable. Tal enfoque resulta insuficiente para reflejar la complejidad inherente a la función de administración y dirección empresarial, especialmente en contextos económicos adversos o de reestructuración.

El principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 217.4 LSC, conforme a la interpretación que se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo, impone una apreciación integral que tenga en cuenta no sólo los resultados financieros, sino también la diligencia, la eficiencia y el valor estratégico de las decisiones adoptadas por el órgano de administración. En consecuencia, la retribución debe responder a una lógica de justicia y racionalidad económica, reconociendo el mérito de aquellas actuaciones que, aun sin generar beneficios inmediatos, contribuyen de forma decisiva a la sostenibilidad y continuidad de la empresa. Este enfoque, más acorde con los principios de buen gobierno corporativo, favorece la alineación entre la política retributiva y el interés social, concibiéndose como un instrumento de equilibrio entre el control legítimo del exceso y el necesario reconocimiento de una gestión eficaz, prudente y orientada al valor a largo plazo.

Bibliografía y webgrafía

- Alfaro Águila-Real, Jesús, «La retribución de los consejeros ejecutivos y los estatutos sociales», 2018, Almacén de Derecho, disponible en: <https://almacendederecho.org/la-retribucion-los-consejeros-ejecutivos-los-estatutos-sociales> (fecha de la consulta 14 de julio de 2025).
- Castro Yebra, Francisco, «Análisis jurisprudencial del límite relativo a la proporcionalidad de la retribución de los administradores a la luz de la SAP de Barcelona de 12 de septiembre de 2017» *Diario La Ley*, 2018, núm. 9196.
- Comisión de Expertos en materia en Gobierno Corporativo, «Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas», creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013, Orden ECC/895/2013, de 21 de mayo, disponible en: https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/codigogov/cegc_estmodif_20131014.pdf (fecha de la consulta: 12 de julio de 2025).
- Comisión Europea, «Derecho de sociedades y buen gobierno de las empresas», disponible en: https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/company-law-and-corporate-governance_es (fecha de la consulta: 10 de septiembre de 2025).
- Comisión Europea, «Libro Verde: la normativa de gobierno corporativo de la UE», COM (2011) 164 final, de 5 de abril de 2011, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0164:FIN:ES:PDF> (fecha de la consulta: 12 de julio de 2025).
- Dionis Trenor, Guillermo, «El contrato del consejero delegado cuando el cargo de administrador es gratuito», *Diario La Ley*, 2019, núm. 9394.
- Fernández del Pozo, Luis, «El misterio de la remuneración de los administradores de las sociedades no cotizadas. Las carencias regulatorias de la reforma», *Revista de Derecho Mercantil*, 2015, núm. 297, pp. 199-248.
- Fernández del Pozo, Luis, «La responsabilidad de los administradores por incumplimiento de los deberes de prevención preconcursal (1)», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2024, núm. 71.
- García-Villarrubia, Manuel, «El control por los socios de la retribución de los consejeros ejecutivos», 2016, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 39, disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/4913-el-control-por-los-socios-de-la-retribucion-de-los-consejeros-ejecutivos> (fecha de la consulta: 14 de julio de 2025).
- García-Villarrubia, Manuel, La regla de la discrecionalidad empresarial, 2022, *Boletín Mercantil*, núm. 107, disponible en: <https://www.uria.com/es/publicaciones/7942-la-regla-de-la-discrecionalidad-empresarial> [fecha de la consulta: 12 de julio de 2025].

- Gutiérrez Cantos, Roberto, «La vinculación de los objetivos de sostenibilidad con la remuneración variable de los administradores societarios: a propósito del sistema de incentivos del Proyecto de Directiva sobre diligencia debida», *Diario La Ley*, 2023, núm.10374.
- Iribarren Blanco, Miguel, «Los deberes de los administradores ante la reestructuración de las sociedades en dificultades», *Anuario de Derecho Concursal*, 2023, núm. 58.
- Javato Martín, Antonio María, «Responsabilidad penal en materia de retribuciones abusivas de directivos de entidades financieras», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2019, núm. 56, pp. 91-134.
- León Sanz, Francisco José, «La política de remuneraciones de los administradores en las sociedades de capital», *Revista de Derecho Mercantil*, 2022, núm. 324.
- Martínez Martínez, María Teresa, «Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios: caracterización y casuística», *Revista de Derecho Mercantil*, 2018, núm. 310.
- Martínez Muñoz, Miguel, «El gobierno corporativo en la proximidad de la insolvencia», *Anuario de Derecho Concursal*, 2024, núm. 61.
- Navarro Frías, Irene, «Retribuciones proporcionadas y retribuciones abusivas de los administradores sociales: control judicial», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2017, núm. 49.
- Paz-Ares Rodríguez, José Cándido, «Anatomía del deber de lealtad», *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, 2015, núm. 39, pp. 43-65, disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766&forceDownload=true> [fecha de la consulta: 13 de septiembre de 2025].
- Ruiz Muñoz, Miguel, «Nuevo régimen jurídico de la retribución de los administradores de las sociedades de capital», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2016, núm. 46, pp. 53-130.
- Sánchez-Calero Guilarte, Juan, «La impugnación de la retribución desproporcionada. SAP de Barcelona (Sección 15ª) de 7 de diciembre de 2022 (JUR 2023,44360)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2022, núm.169.
- Sánchez-Calero Guilarte, Juan, «La responsabilidad del administrador que percibe una retribución inadecuada», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2022, núm.168.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 12/05/2025 || Aceptado: 22/08/2025

Reflexiones críticas en torno al negocio de los datos personales por las plataformas tecnológicas (buscadores y redes sociales): entre la disimulada actividad contractual y la responsabilidad civil por su procesamiento ilícito

Critical reflections on the business of personal data by technological platforms (search engines and social networks): between disguised contractual activity and civil liability for its unlawful processing

Ángel Acedo Penco  0000-0002-7424-4601

Profesor titular de Derecho civil, Director del Máster Universitario en Abogacía y Procura de la Universidad de Extremadura. España.
aacedo@unex.es

Resumen

El objeto, principal o secundario, de muchos contratos que los usuarios suscriben, a veces sin saberlo, al utilizar servicios digitales de información y comunicación, son sus datos personales, siendo un hecho que no pocas empresas tecnológicas tratan de ocultar su evidente naturaleza contractual. Es obligado actualizar los principios jurídicos y simplificar los contratos relacionados con el procesamiento de estos datos, adaptándolos a la rápida evolución tecnológica, tal como se hizo –con éxito– con el derecho al olvido. El Derecho privado no puede renunciar a proteger la privacidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al imparable negocio de los datos. Es preciso asegurar que el consentimiento del usuario a la cesión y procesamiento de sus datos lo otorgue con pleno conocimiento de lo que está aceptando. El derecho

fundamental a la protección de datos personales precisa eficaces mecanismos de responsabilidad civil por los daños causados a los titulares de aquel derecho para resarcirles y tratar de reducir los constantes y crecientes abusos actuales.

Palabras clave: privacidad, protección de datos personales, derecho al olvido, derecho civil digital, responsabilidad civil.

Abstract

The primary or secondary object of many contracts that users enter into, sometimes unknowingly, when using digital information and communication services, is their personal data. It is a fact that many technology companies try to conceal its obvious contractual nature. It is imperative to update legal principles and simplify contracts related to the processing of this data, adapting them to rapid technological evolution, as was successfully done with the right to be forgotten. Private law cannot relinquish its responsibility to protect the privacy and fundamental rights of citizens in the face of the growing data business. It is essential to ensure that users give their consent to the transfer and processing of their data with full knowledge of what they are agreeing to. The fundamental right to the protection of personal data requires effective civil liability mechanisms for damages caused to the holders of that right, in order to compensate them and try to reduce the constant and increasing abuses of the past.

Keywords: privacy, personal data protection, right to be forgotten, digital civil law, civil liability.

Sumario

1. Planteamiento: el panorama actual
2. Naturaleza contractual disfrazada
3. Contratos de adhesión
4. El modelo de responsabilidad civil adoptado
5. ¿Derecho de protección de datos *versus* protección al derecho al honor?
6. Breve incursión jurisprudencial
7. Apunte sobre el derecho al olvido
8. Efectos del reconocimiento normativo
9. Peligroso alcance universal y normalización de las cotidianas lesiones a la privacidad
10. ¿David frente a Goliath?
11. Esbozo final

I. Planteamiento: el panorama actual

Pese al enorme impacto en la vida privada de los ciudadanos, no abundan los estudios desde la óptica del Derecho privado, con la intensidad que a nuestro juicio sería deseable, sobre la protección jurídica de los datos personales (eso que podríamos llamar el «negocio de los datos»), salvo excepciones¹, aunque sí en mayor medida sobre temas concretos candentes y de gran proyección mediática como el derecho al olvido², habiendo sido glosada esta materia, más frecuentemente, desde el prisma del Derecho público, sin duda, al socaire de la abultada, progresiva, reciente y algo profusa, regulación administrativa comunitaria.

Este negocio de los datos personales es la materia prima esencial con la que operan algunos de los emporios tecnológicos y comerciales más grandes del mundo, en particular, *Alphabet Inc* (matriz de *Google LLC*, dueña del buscador que lleva su nombre y de *You Tube*) y *Meta Platforms, Inc* (que explota *Facebook*, *Instagram* y *WhatsApp*), que gozan de un potencial financiero asombroso, al ostentar, cada uno de ellos por separado, una capitalización bursátil superior al Producto Interior Bruto de importantes países desarrollados de tamaño medio.

1. Entre los más recientes, véase, entre otros, López-Suárez (dir.), Marcos-A., *Big data y protección de datos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2025; Salvador Cerqueda, Alexander (coord.), *Tratado de protección de datos personales*, Editorial Atelier, Barcelona, 2025; Carazo Liébana, María José, *El derecho fundamental a la protección de datos personales y la responsabilidad proactiva*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2023; Domínguez Álvarez, José Luis, *Tratado de protección de datos personales: pasado, presente y futuro de la tutela jurídica de los derechos de la privacidad*, Editorial Colex, A Coruña, 2023; Acedo Penco, Ángel (coord.), *La privacidad en el metaverso, la inteligencia artificial y el Big Data: Protección de datos y derecho al honor*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022; Bello Janeiro, Domingo (coord.), *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Editorial Reus, Madrid, 2021; González Pacanowska, Isabel (coord.), *Protección de datos personales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; Díaz Alabart, Silvia, *La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas*, Editorial Reus, Madrid 2020.
2. Así, las monografías de: Adán Vega, Álvaro, *El derecho al olvido a la luz de los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)*, Editorial Colex, A Coruña, 2025; Pressly, Lowry, *El derecho al olvido. Privacidad y buena vida*, Ediciones Rialp, Madrid, 2025; Pérez-Ugena Coromina, María, *El derecho al olvido frente a buscadores en internet*, Editorial Dykinson, Madrid, 2024; Torrelles Torrea, Esther, *El derecho al olvido oncológico*, Editorial Atelier, Barcelona, 2024; Álvarez Hernando, Javier, *El derecho al olvido digital. Debilidades y fortalezas de un derecho fundamental de nueva generación*, Editorial Aranzadi, 2023; Cámara Lapuente, Sergio y Martínez Calvo, Javier, *El derecho al olvido digital como remedio frente a la hipermemoria de Internet*, Marcial Pons, Madrid, 2021; Pérez-Ugena Coromina, María, *El derecho al olvido frente a buscadores en internet*, Editorial Dykinson, Madrid, 2024; Martínez López-Sáez, Mónica, *El derecho al olvido como garantía frente a situaciones de vulnerabilidad en la UE y España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2022; Jiménez-Castellanos Ballesteros, Inmaculada; Troncoso Reigada, Antonio, *El Derecho al olvido digital del pasado penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; Platero Alcón, Alejandro, *El derecho al olvido en internet. La responsabilidad civil de los motores de búsqueda y las redes sociales: estudio doctrinal y jurisprudencial*, editorial Dykinson, Madrid, 2021; Reusser Monsálvez, Carlos, *La protección de datos personales como límite a las libertades informativas*, DER Ediciones, 2021; Sancho López, Marina, *Derecho al Olvido y Big Data: dos realidades convergentes*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, Editorial Reus, 2017; Álvarez Cano, María, *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la Era Digital*, Editorial Reus, Madrid, 2015; Rallo Lombarte, Artemi, *El derecho al olvido en internet: Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014; Touriño, Alejandro, *El Derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2014; Simón Castellano, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

En la actualidad, tales emporios constituyen el paradigma empresarial de sus respectivas actividades en internet, aunque no son los únicos. Coexisten con ellos otras muchas compañías tecnológicas, con leves variaciones operativas, de gran tamaño, que también aglutinan a cientos de millones de usuarios y afectan ya a miles de millones de personas, aunque no sean usuarios de sus servicios, y que, aunque utilizan como señuelo la diferenciación con aquellos, a la postre, vienen a manejar sus mismos, o similares, métodos invasivos en los datos personales de los ciudadanos, dado que tales mecanismos y sistemas son los que más lucrativos beneficios les reportan al «traficar» onerosamente con aquellos datos personales, sobre todo en el ámbito de la mercadotecnia y la publicidad.

Para situarnos en la realidad social y la enorme influencia que imprimen estos emporios empresariales, conviene conocer, antes de realizar una aproximación sucinta a las figuras jurídicas con las que operan, cuál es el alcance real en el mundo, y a qué volumen de personas afectan las actividades de estos emporios tecnológicos de internet que operan en todo el mundo con la «materia prima» de nuestros datos personales.

Con datos de octubre de 2025, el ranking mundial de búsquedas en la red lo lidera el gigante de *Google* con el 91,5% del tráfico y más de 4.000 millones de búsquedas diarias, seguido muy de lejos por *Bing*, *Yahoo!*, *Baidu*, *DuckDuckGo*, *Yandex*, *Ecosia* y también algunos otros que, en conjunto se reparten el restante 8,5% de las consultas. La cuota de mercado por buscadores a la fecha del 30 de septiembre de 2025 es la siguiente: *Chrome* el 71,77%, *Safari* el 13,9%, *Edge* el 4,67%, *Firefox* el 2,17%, *Samsung Internet* el 1.86% y *Opera* el 1,74%³.

Es notorio que *Google* sigue dominando el mercado global debido a su infraestructura robusta, algoritmos avanzados y su omnipresencia en servicios como *Gmail*, *Google Maps*, *Android*, *You Tube* y otros. Por su parte, *Bing* y *Yahoo!* siguen siendo relevantes principalmente en mercados específicos como los EEUU, aunque su cuota es mucho menor en comparación con *Google*. *Baidu* es el líder en China, aunque su cuota global sigue siendo pequeña. Y, por cerrar este apunte, *DuckDuckGo* se ha popularizado por su enfoque en la privacidad, pero todavía mantiene una cuota de mercado relativamente baja en comparación con los gigantes.

Ayuno de suficientes estudios científico-jurídicos privatistas, en cierto modo comprensible, por ser actividades de muy reciente aparición que, a la vez crecen en los más diversos formatos y dimensiones, multiplicándose exponencialmente. Pero también se desarrollan de manera vertiginosa, se modifican a la velocidad de la luz,

3. Tras *Google*, le siguen *Bing* que tiene el 3.1% y 200 millones de búsquedas diarias, *Yahoo!* el 1.3% y 80 millones de búsquedas, *Baidu* el 1.0% y 60 millones de búsquedas, *DuckDuckGo* 0.7% y 60 millones, *Yandex* 0.6% y 50 millones, *Ecosia* 0.3% y 30 millones de búsquedas diarias, y otros se reparten el 2.5% que resta. Datos extraídos del portal *Statcounter GlobalStats* (*Browser Market Share Worldwide*), disponible en <https://gs.statcounter.com> (consultado el 1-10-2025).

y en ocasiones, desaparecen casi sin dejar rastro jurídico o patrimonial, aunque permanecen muchos de los daños que generan a tantos ciudadanos a los que se ha invadido sin su consentimiento –o con uno viciado, dado que no sabían que lo estaban prestando– la esfera privada de sus datos personales, efectos nocivos que pueden llegar a ser eternos y permanecer en internet, de una u otra forma, para siempre –más allá de la vida de la víctima–, accesibles por cualquier persona y desde todas las partes del mundo⁴.

Igual le viene ocurriendo al legislador, especialmente al comunitario⁵, pero también al nacional, a los que casi no les da tiempo de regular, y poner coto con tino, a algunas estas nuevas prácticas o actividades del negocio de los datos cuando sobrepasan determinados límites que afectan negativamente a importantes derechos fundamentales de los ciudadanos.

Han tenido que transcurrir varios lustros usando cada día estos «servicios» o «herramientas» para que comencemos a preguntarnos los juristas cuál era el objeto de estos contratos, o el interés empresarial en desarrollar ciertas actividades, e incluso la nebulosa o críptica causa de estos. Tras años utilizando a diario el fabuloso servicio «gratuito» del motor de búsqueda por excelencia *Google*, no nos explicábamos –ni nos lo preguntábamos siquiera– dónde estaba el beneficio de la empresa que gestionaba tan maravillosa «herramienta».

Igual ocurre con *Facebook*, que nos ha proporcionado una nueva sociedad universal –no pocas veces imaginaria– mediante su red social, de conocidos y amigos virtuales, recuperando algunos de los que no sabíamos nada hacía mucho tiempo, o proporcionándonos otros nuevos, de todos los lugares, edades o condición, con quienes hemos fraguado negocios, formación, amistades o hasta hemos unido nuestras vidas en matrimonio o mediante otras relaciones de toda índole.

4. Es imprescindible resaltar aquí las aportaciones de la espléndida monografía ya citada de Platero Alcón, Alejandro, *El derecho al olvido en internet. La responsabilidad civil de los motores de búsqueda y las redes sociales: estudio doctrinal y jurisprudencial*, editorial Dykinson, Madrid, 2021, cuya obra y prólogo han inspirado estas páginas.

5. Ya el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) garantiza el derecho a la protección de los datos de carácter personal de cada individuo: «Artículo 16 (antiguo artículo 286 TCE): 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes. Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea» (versión consolidada publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2010, C 83/47). Para hacer efectivo este derecho, el Parlamento Europeo y el Consejo vienen estableciendo, mediante el procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre la protección de datos personales y su libre circulación dentro del ámbito del Derecho de la Unión Europea.

2. Naturaleza contractual disfrazada

El objeto de estas flamantes modalidades de contratos y actividades, ahora por fin lo sabemos con la claridad, no es otra cosa que nuestros valiosos datos personales, de complicadísima estimación económica, aquellos que contienen, con exactitud milimétrica, información privada individualizada acerca de nuestra persona⁶.

Se recogen cuáles son nuestras costumbres, gustos, edad, sexo, opinión, ideología política, religión, salud, postulados filosóficos, familia, estudios, profesión, viajes, compras, lecturas, ocio, orientación sexual y así un sinfín de datos, incluyendo hasta donde vamos a cada momento (incluyendo aquellos lugares que no deseamos que los demás sepan que hemos ido, como podrían ser los que podrían llamarse de «moral descuidada»), cuánto tardamos en llegar a cada sitio, qué espacio de tiempo permanecemos allí, dónde y cuánto trabajamos, qué itinerario escogemos cada día al desplazarnos, y otros tantos y tan numerosos datos –íntimos o no– recogidos automáticamente que, al comprobar que son ciertos y reales, nos produce una auténtica sensación de escalofrío tan solo con enumerarlos.

Datos tan precisos, detallados y extensos que, sin la menor duda, nosotros mismos no conocemos del todo, ni somos conscientes de muchos de ellos, pero que las compañías tecnológicas procesan automatizadamente en su propio beneficio (económico) y también cediéndolas a otras entidades públicas (gobiernos) y privadas (otras empresas).

Pero si no fuera ya bastante inquietante todo lo anterior, casi la mitad de la población mundial actual utiliza habitualmente los mecanismos una de las dos empresas, o ambas, que gestionan *Google* y *Meta*, y la práctica totalidad de la humanidad si les añadimos el resto de los buscadores y las demás redes sociales, con las conocidas excepciones derivadas de la edad, incapacidad, pobreza extrema o por el pleno veto o la limitación parcial del acceso a internet por dictaduras de cualquier índole.

Para el Derecho civil el contrato de compraventa, con sus orígenes en el contrato de permuta, ha venido siendo como contrato de cambio por excelencia y el paradigma de todas las demás categorías, al tratarse del que se celebra con más frecuencia. Ahora, habida cuenta lo que estamos viviendo con esta profusa eclosión del negocio de los datos, habría que replantearse si, por el número de personas a las que afecta en cada instante del día, y por las veces que a cada minuto usan nuestros datos –con o sin contrato de por medio–, no va siendo hora de ir prestando una mayor atención a esta nueva categoría que podríamos denominar los «contratos de datos» y revi-

6. Véase, más ampliamente, Acedo Penco, Ángel, «Ese oculto objeto del deseo de las empresas tecnológicas en los contratos digitales de uso masivo: reflexiones sobre el fabuloso negocio de los datos», *Actualidad civil*, número 11 de noviembre, año 2022.

sar cuáles de los principios de la teoría general el contrato habrían de adaptarse, o precisarse, para estos contratos.

Así las cosas, el elemento objetivo de estos contratos de datos requiere, sin la menor duda, con mayor intensidad que hasta la fecha, de un esfuerzo de acotación dogmática, y probablemente, normativa⁷.

Porque, en realidad, la inmensa mayoría de los contratantes usuarios de los «servicios» que les proporcionan los operadores desconocen realmente qué están haciendo jurídicamente, así como sus repercusiones sociales y personales para sus vidas. Todo el mundo conoce el objeto del contrato de compraventa, arrendamiento o servicios que suscribe, por sencillo que sea: se entrega una cantidad de dinero a cambio de una cosa, el disfrute de algo o una actuación que nos reporta un beneficio, cura o agrado. Ahora bien, ¿quiénes realmente conocen cuál es la contraprestación a cambio del uso que hacemos del buscador *Google*, o por participar en redes sociales (*Facebook*, *Instagram*, *You Tube* y *Tik Tok*), o por comunicarnos mediante cualquiera de las aplicaciones de mensajería instantánea de uso diario (*WhatsApp*⁸, *Telegram* o *Messenger*)?

Incluso entre avezados juristas, a la vista de los artículos 1.271 a 1273 del Código civil (CC), ¿sabemos en qué consiste el objeto que nos compete como contratantes?, ¿cuál nuestra prestación?, ¿nos hemos detenido a examinar, siquiera someramente, respecto de la perfección del negocio jurídico, si dicho objeto, y por tanto la prestación, cumplen sus requisitos esenciales de posibilidad, licitud y determinación?

Y ello sin entrar a considerar la causa de estos contratos, que, si bien no se contempla en otros ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, sigue siendo un elemento esencial que permanece, junto al consentimiento y el objeto –y la forma, en su caso–, en el vigente artículo 1261 CC, sin la cual «no hay contrato». Poco se ha reflexionado sobre cuál puede ser la causa de estos contratos de datos y como opera en los supuestos de su inexistencia, falsedad o ilicitud, de los artículos 1.274 a 1.277 CC, sin olvidar, como expresa el último de los preceptos citados, que, aunque no se exprese en el contrato –como es el caso–, se presume que esta existe y es lícita, mientras no se prueba lo contrario.

Al margen de su naturaleza, indudablemente contractual, de todas estas figuras a través de las cuales se desarrollan toda clase de negocios y actividades lucrativas, con los datos personales de los ciudadanos, cuyo análisis dogmático, como se deduce

7. Serrano Sánchez, Beatriz, *Los datos como contraprestación para el suministro de contenidos digitales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2025, afronta tan decisiva cuestión, casi ignorada, extrañamente, por la doctrina, remitiéndonos a nuestro trabajo ya citado en la nota anterior («Ese oculto objeto...», *Actualidad Civil*, 11, 2022).

8. El 94% de los españoles con internet utiliza *WhatsApp*, según ha publicado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (<https://www.cnmc.es/prensa/panel-usos-internet-servicios-ott-cnmc-20230526>, consulta realizada el 14-09-2025), lo que da una idea del extraordinario alcance de usuarios (contratantes) de esta aplicación.

ya de la sola alusión a su objeto y causa, excede con mucho de estas líneas, conviene prestar atención a la responsabilidad civil que puede derivarse de las mismas por el inadecuado uso de tales datos, pudiendo ser, claro está, de carácter contractual, cuando existe un contrato de por medio con quien causó el daño, y extracontractual, en todos los demás casos.

3. Contratos de adhesión

Los contratos de datos, que, sistemáticamente, siempre son también de adhesión⁹, claro, no permiten en ningún caso la menor posibilidad de negociar ni tan siquiera la ubicación de una sola coma, ni introducir o quitar una palabra. Son contratos, por lo general, oscuros, confusos y engañosos, lo que se ya se percibe cuando hasta omiten en sus textos la propia palabra «contrato» camuflándola con otras más amables, arteras y elusivas propiciando que el usuario desconozca que realmente está suscribiendo y prestando el consentimiento a un verdadero contrato.

La confusión y oscuridad se potencia con otra cualidad que los caracteriza y es que son extraordinariamente extensos, con muchísimas remisiones, lo que hace que su lectura y comprensión quede relegada, en el mejor de los casos, a eruditos y estudiosos, o a juristas que han de trabajar sobre la materia, pero muy raramente los examina el usuario, y aún en tal caso, tampoco son comprensibles del todo para cualquier ciudadano medianamente instruido.

Al hilo de la posición del usuario de los servicios digitales, conviene recordar la consideración jurídica de «consumidor» a efectos de su protección legal –y respecto del fuero– que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que otorga al usuario de las redes sociales¹⁰.

Piénsese en el extraordinario alcance tuitivo de la figura del consumidor que el Derecho comunitario viene desarrollando especialmente a lo largo del último cuarto de siglo, que ha situado a la Unión Europea en la cúspide de los ordenamientos

9. La doctrina ha abordado con solvencia esta figura, véanse las imprescindibles obras de Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Moralejo Imbernón, Nieves Isabel, Quicios Molina, María Susana (coords.), *Tratado de contratos, Vol. 2: Contratación con consumidores, contratos de adhesión y contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión temporal de uso y disfrute*, 3ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024; Vázquez García, Rafael, *El contrato de adhesión. Régimen jurídico*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2018; Rosillo Fairén, Alejandro, *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*, Editorial La Ley, Madrid, 2010; Clavería Gosálbez, Luis Humberto: *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Colección Notariado, Editorial Bosch, Barcelona, 2008; Rosillo Fairén, Alejandro, *La configuración del contrato de adhesión con consumidores*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998; Viguri Perea, Agustín, *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión: análisis comparado del derecho angloamericano: (tratamiento especial del derecho norteamericano)*, Editorial Comares, Granada, 1995, entre otros.

10. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2018 (asunto C-498/16), conocida como *Maximilian Schrems vs. Facebook Ireland Limited*, donde se establece que un usuario particular de una red social como Facebook debe ser considerado como un consumidor y que la cesión de derechos entre consumidores puede ser relevante para determinar la competencia del tribunal.

jurídicos protectores del consumidor y de donde se nutren las fuentes legales del resto de los países occidentales.

La aplicación de las normas de protección del consumidor, del Derecho de consumo en general, a todos los usuarios personas físicas de los servicios digitales, aunque se excluya a los profesionales, puede suponer un paso de gigante, para bien, a la hora de legislar, aplicar e interpretar las normas de protección de los datos personales, que siempre podrán ser complementadas por el rico, fructífero y bien desarrollado, Derecho comunitario del consumidor¹¹.

En la última revisión de *Meta (Facebook)* de las que denomina «Condiciones del servicio», que es como llama esta empresa a su contrato con los usuarios, vigentes desde el 1 de enero de 2025, establecen que «Estas Condiciones (anteriormente denominadas “Declaración de derechos y responsabilidades”) constituyen la totalidad del acuerdo entre tú y *Meta Platforms Ireland Limited* respecto del uso que hagas de nuestros Productos y prevalecen sobre cualquier acuerdo anterior», evita usar la palabra contrato, que solo hace en cuatro ocasiones, pese a cuyo texto principal suma 6.384 palabras, al margen los de abundantísimos enlaces y remisiones, sin contar los otros 20 enlaces que contiene su apartado 5 y último¹². Es verdad que ya se ha avanzado algo porque hasta hace bien poco jamás aparecía la expresión «contrato», que ahora se evita en lo posible, algo ya poco compatible con las más elementales normas de protección al consumidor y que solo es una muestra de su torcido proceder jurídico.

Parece que, tal vez para no asustar al usuario, se tenga aversión al vocablo (¿maldito?), cuando es un contrato que genera una incontable cantidad de obligaciones y renunciadas a quienes los suscriben –casi siempre sin saber su alcance–, tratando de eludir su naturaleza contractual –como si la contraprestación careciese de valor patrimonial– cuando indican: «No cobramos por el uso que haces de *Facebook* ni de los otros productos y servicios que abarcan estas Condiciones». No cobrarán directamente al usuario por el tratamiento automatizado de sus datos personales, pero obtienen ingentes sumas económicas «vendéndolos», sin olvidar que, en no pocas ocasiones, se pueden producir, tanto a usuarios como a terceros, significativos daños materiales e inmateriales, debido al mencionado tratamiento, que habrán

11. Véanse al respecto las magnas obras de: Cañizares Laso, Ana (dir.), Zumaquero Gil, Laura (coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, tomos I y II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (coord.), *Comentario del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª edición, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015; Cámara Lapuente, Sergio (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Editorial Colex, A Coruña, 2012.

12. Estas Condiciones que rigen el acceso a *Facebook*, *Messenger* y otros productos, están disponibles en https://mbasic.facebook.com/legal/terms/plain_text_terms/#2 y en el medio centenar de enlaces a los que se remite (consultada el 1 de octubre de 2025).

de ser reparados por la vía de la responsabilidad civil, siendo susceptibles de una indemnización de carácter netamente patrimonial.

4. El modelo de responsabilidad civil adoptado

En esta cuestión, la jurisprudencia comunitaria y española va lentamente perfilando el derecho a la indemnización por daños y perjuicios irrogados por el tratamiento inadecuado de los datos personales por *Google* y *Facebook* principalmente, aunque aplicable también, claro está, a sus lejanos competidores.

Nuestra reciente legislación, plasmada en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, no contiene ninguna alusión expresa acerca de dicha responsabilidad indemnizatoria, al contrario de su antecesora, la derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyo artículo 19.1 la preveía expresamente («Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados»).

El citado texto legal patrio de 2018 se limita, en su artículo 30 a expresar la solidaridad entre ellos cuando existan varios responsables, remitiéndose, con carácter general en esta materia, al artículo 82 del Reglamento europeo de Protección de datos (RGPD)¹³, que la nueva Ley trata de adaptar y completar, según su artículo 1 a).

Este reconocimiento, condensado en los seis apartados del precepto comunitario reglamentario, se formula con cierta simpleza, en el primero de ellos, en los siguientes términos: «Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos».

Sin embargo, la aparente amplitud de la norma no alcanza a todos los supuestos deseables dado que pronto establece los primeros límites a su ejercicio, ya que solo opera cuando el responsable no cumpla lo dispuesto en el Reglamento o las obligaciones que corresponden al encargado del tratamiento de los datos personales¹⁴.

13. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) –RGPD– publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 119, de 4 de mayo de 2016, páginas 1 a 88.

14. También el texto legal excluye de protección todos aquellos supuestos en los que el titular del tratamiento de los datos no sea responsable de los daños y perjuicios sufridos, en el apartado 3 del artículo 82 del Reglamento, según este tenor: «El responsable o encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios». O sea, que el operador que procesa comercializa y rentabiliza del tratamiento de datos personales, puede beneficiarse económicamente de la actividad que organiza, pero mientras cumpla todas las prescripciones del Reglamento comunitario

Parece que el legislador comunitario ha optado por desterrar la responsabilidad objetiva, o por riesgo, propiciando que numerosos supuestos nunca podrán ser resarcidos por los operadores de los datos al amparo de la norma comunitaria cuando, aunque se produzca un daño a la víctima, por grave que sea, a un usuario o a un tercero, siempre que la empresa responsable del tratamiento de los datos personales o sus encargados cumplan las obligaciones del Reglamento.

A nuestro juicio, no parece recomendable seguir la senda de una desproporcionada e ingente producción normativa, cada vez más común, de extender la responsabilidad objetiva a más ámbitos de los estrictamente necesarios. Sin embargo, esta materia tan sensible como es el tratamiento automatizado de los datos personales, y teniendo muy en cuenta la enorme y desproporcionada desigualdad entre las partes de esta disimulada relación contractual, donde una es un simple ciudadano aislado de a pie, con nulo poder decisorio, salvo intentar apartarse del contrato (no de sus efectos), y la otra, cualquiera de los «gigantes» económicos de internet, cada vez más grandes e incontrolables, que gozan de un potencial tecnológico, patrimonial (¿y político?) exorbitado.

Ello nos obliga a pensar, al menos inicialmente en sede doctrinal, en la posibilidad de plantear algunos supuestos tasados donde instaurar la responsabilidad objetiva en materia de tratamiento de datos personales (incluso adecuado) por los daños ocasionados, en especial cuando no exista otro sujeto, o habiéndolo, no sea solvente patrimonialmente, para reparar el daño sufrido por la víctima.

A fin de cuentas, con la teoría del riesgo, quienes lo crean (*Google*, *Facebook* y las demás corporaciones tecnológicas) son precisamente quienes se lucran con estas actividades, por lo que, quizá, no sea del todo descabellado que respondieran, incluso sin culpa, negligencia, ni infracción del reglamento comunitario, en la misma medida que responden, por ejemplo, las compañías aéreas cuando, también sin la menor culpa, se producen daños a los viajeros con ocasión del transporte aéreo.

Es verdad que, por lo general, la responsabilidad objetiva, o por riesgo, suele imponerse legalmente en los supuestos de actividades o negocios en los que se advierten posibles daños personales o a la vida, como ocurre con las actividades peligrosas (transportes, energía nuclear o la caza) por lo que el legislador comunitario ni siquiera se habrá planteado, en sede de protección de datos, la exigencia de un seguro obligatorio para cubrir los daños que pudieran derivarse del tratamiento de datos, y por tanto, tampoco, aún, la instauración de la responsabilidad por riesgo en esta materia, al no considerarla tan peligrosa. Pero tal vez sea un error: los daños deriva-

nunca tendrá que responder por los daños que sufra una víctima, por graves que sean, como consecuencia de ese mismo tratamiento al ser «adecuado» o «conforme» con la normativa establecida.

dos de la gigantesca actividad del tratamiento de datos personales, en tantas facetas de la vida, perturban el núcleo de los derechos fundamentales del hombre¹⁵.

El mismo art. 82 RGPD también tiene el acierto, por otra parte, de permitir la interposición de las acciones indemnizatorias pertinentes, entre otros foros, ante el Estado donde tenga su residencia habitual la víctima de los daños materiales o inmateriales derivados del tratamiento de sus datos¹⁶.

5. ¿Derecho de protección de datos *versus* protección al derecho al honor?

En la actualidad, se viene interpretando que la remisión al «Derecho del Estado miembro», a la que alude el artículo 82.6 RGPD, se refiere al régimen de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 y siguientes del Código civil, al margen de los supuestos contractuales en los que no parecen albergarse mayores dudas, salvo los matices tan específicos de un objeto tan particular como es el de estos contratos.

Sin embargo, en contra de tales pareceres, nuestro Tribunal Supremo, ha venido fundamentado sus decisiones jurisprudenciales sobre el reconocimiento de las indemnizaciones a los particulares como consecuencia del inadecuado uso de sus datos personales, sobre todo, en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, lo que ha sido criticado por considerar que el derecho de protección de datos es un derecho autónomo y diferente de los indicados en el título de esta Ley orgánica.

No parece, a nuestro juicio, que sean incompatibles ambas posturas por dos motivos esenciales: de un lado, porque serán escasos los supuestos en los que los daños que se ocasionen a un ciudadano, ya sea contratante o tercero, como consecuencia de la actividad del tratamiento de sus datos personales, no sean vulnerados también sus derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, o a la propia imagen (que también son tres derechos autónomos entre sí, como determina la jurisprudencia

15. Reconoce la norma del art. 82 RGPD, en su apartado 5, y esto ha de anotarse en su favor, la responsabilidad solidaria frente a la víctima, respecto de la indemnización que haya de sufragarse, de todos los sujetos que ocasionaron el daño mediante el tratamiento de los datos personales con infracción del Reglamento, cuando fueren varios lo que intervengan o participen en dicha actividad. En justa medida, también establece la acción de repetición del que abonó toda la indemnización a la víctima para poder reclamar a cada uno de los participantes den el tratamiento de los datos, «la parte de la indemnización correspondiente a su parte de responsabilidad por los daños y perjuicios causados».

16. Así, el apartado 6 del mismo art. 82 RGPD expresa que: «Las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes *con arreglo al Derecho del Estado miembro*» del domicilio indicado, o también –lo que será muy improbable– del país donde el responsable del tratamiento tenga un establecimiento, con la salvedad de que si se trata de una Administración pública o ente dependiente de estas de naturaleza pública, las acciones deberán interponerse en la nación sede de aquella.

constitucional¹⁷); y por otro, y no menos importante, por cuestiones de eficacia tuitiva práctica, dado que la Ley Orgánica 1/1982, ofrece una depurada protección, más amplia y con unas herramientas dotadas de gran eficacia, que el régimen contenido en el Código civil. Y no solo en materia de prescripción (cuatro años frente a uno, en la responsabilidad extracontractual, aunque cinco en la contractual), lo que ya sería bastante, sino, también, en la presunción del daño una vez acreditada la lesión al derecho protegido, y en otros tantos aspectos.

6. Breve incursión jurisprudencial

por cierto, siendo esta cuestión muy relevante por su facilidad de difusión a través de internet (en redes sociales y motores de búsqueda), pese a ciertos titubeos iniciales¹⁸, ahora, desmarcándose de aquella doctrina, la jurisprudencia constitucional y la ordinaria, consideran el prestigio profesional plenamente incluido en la protección del derecho al honor. Así, ahora se «admite que el prestigio profesional forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor»¹⁹. En este sentido, se determina que «el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal, incluso de especial gravedad, ya que la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad»²⁰.

Son incontables los casos que pueden generar responsabilidad civil por los daños causados al prestigio profesional derivados del inadecuado tratamiento de los datos personales.

En todo caso, la aplicación ya sea directa o indirecta, total o parcial, analógica o por remisión jurisprudencial, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, no siempre será posible en aquellos supuestos que no puedan enmarcarse en una «intromisión ilegítima», debiéndose acudir entonces al Código civil. Sin embargo, ante la falta de más indicación legal que el artículo 82 del Reglamento, el actor ha de agotar todo el arsenal normativo disponible, que no es mucho, y el juzgador analizarlo y aplicarlo en su caso, siguiendo, naturalmente, las orientaciones jurisprudenciales que, por ahora, siguen el sentido que defendemos.

El daño indemnizable a la víctima derivado del torpe tratamiento de sus datos personales, incluye tanto los daños materiales o patrimoniales, como los inmateriales o morales. Dentro de los primeros (en materia de protección de datos por inclu-

17. Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero.

18. STC 76/1995, de 22 de mayo y STS de 20 de marzo de 1997, entre otras.

19. STS (Sala 1ª) de 28 de junio de 2012.

20. STC 9/2007, de 15 de enero, FJ 3.

sión indebida en un fichero de morosos), declara la jurisprudencia más atinada, se encuentran los «daños patrimoniales concretos, fácilmente verificables y cuantificables» como los «daños patrimoniales más difusos pero también reales e indemnizables, como son los derivados de la imposibilidad o dificultad para obtener crédito o contratar servicios» y «también los daños derivados del desprestigio y deterioro de la imagen de solvencia personal y profesional causados por dicha inclusión en el registro, cuya cuantificación ha de ser necesariamente estimativa»²¹.

Y se engloban en los segundos, pues: «La indemnización también ha de resarcir el daño moral, entendido como aquel que no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como es en este caso la dignidad. La determinación de la cuantía de la indemnización por estos daños morales ha de ser también estimativa»²². Bien es verdad que, como antes sostuvimos, la Sala aplica aquí los criterios derivados de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sin aludir a los postulados generales de la regulación de la responsabilidad extracontractual contenida en el Código civil, que le hubieran llevado, probablemente, a otro fallo²³.

Las anteriores y tan sucintas reflexiones van referidas especialmente a la responsabilidad civil derivada del tratamiento de datos por parte de las empresas, o entidades públicas, que explotan los motores de búsqueda y las redes sociales. Pero no estarían completas estas líneas sin aludir, al otro de los grandes temas que se derivan del derecho fundamental a la protección de los datos personales, esto es, el derecho al olvido, también denominado normativamente derecho a la supresión de datos.

7. Apunte sobre el derecho al olvido

En sus comienzos, el derecho al olvido fue ridiculizado, tachado como un «censor de la historia», enemigo de la libertad de expresión, y por supuesto, negada su existencia, primero por grupos que controlan los grandes medios de comunicación de todo el mundo –con especial ahínco en EEUU–, y luego por infinidad de profesionales del periodismo, muchas veces por desconocimiento de la figura. Pero el mayor, y más potente, detractor del reconocimiento del derecho al olvido, como no,

21. STS (Sala 1ª) 81/2015, de 18 de febrero, FD 5º, apartado 5, muy interesante.

22. Véanse las SSTs (Sala 1ª) 597/2024 y 598/2024, ambas de 6 de mayo, que completan lo referido en el texto y abundan sobre los daños patrimoniales difusos y el desprestigio profesional al verse incluido indebidamente en un sistema de solvencia patrimonial.

23. Ródenas Cortés, Pedro, *Sistemas de información crediticia. La responsabilidad civil por sus incumplimientos legales. Análisis jurisprudencial y criterios indemnizatorios*, editorial Dykinson, Madrid, 2025, excelente monografía que afrontar la cuestión con solvencia aporta numerosas sentencias muy recientes sobre la reparación del daño moral, destacando la prohibición de otorgar indemnizaciones simbólicas (páginas 215-219).

ha sido la poderosa empresa titular del motor de búsqueda por excelencia, *Google*, principal instrumento tecnológico universal –por su inaudita y fabulosa eficacia–, que ofrece resultados instantáneos, muchas veces indeseables para los perjudicados, cuya actividad ya ha sido considerada jurídicamente en la Europa comunitaria como «tratamiento de los datos personales» y que, en no pocas ocasiones, lesionan de manera notoria o muy grave, a centenares de miles, a veces a millones de ciudadanos, incluyendo a quienes nunca utilizaron sus servicios o a las personas que jamás se conectaron a internet.

Sabido es, pero no está de más recordarlo, que el reconocimiento formal derecho al olvido, fue un camino muy espinoso, dado que, para quienes seguíamos de cerca la cuestión, todo se postulaba en su contra, pues, además posicionarse frontalmente en contra el poderoso emporio empresarial que arrastra *Google*, también lo hacía la mayoría de los medios de comunicación y muchos e influyentes periodistas de todo el mundo, incluso, hasta el Abogado General Sr. Niilo Jääskinen²⁴ en el propio proceso, se opusieron a tal reconocimiento, y sin embargo –contra todo pronóstico–, logró ser introducido en el Derecho comunitario, y luego en tantos los ordenamientos jurídicos, gracias al sensato, encomiable y trascendental e histórico fallo de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenido en su conocida –ya famosa mundialmente– Sentencia del día 13 de mayo de 2014 (Sentencia *Costeja*)²⁵.

La principal y más importante consecuencia, de las muchas que se derivaron del citado fallo, fue su plasmación, ya en sede legislativa (no solo puramente jurisprudencial), del reconocimiento y regulación del ejercicio de este derecho en el extenso artículo 17 RGPD, desarrollado bajo el título literal de: *Derecho de supresión* («el derecho al olvido»), en cuyo primer apartado determina que «El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:» que detalla en seis subapartados de la letra a) a la f).

No quedaron ahí estancados sus monumentales efectos, sino que de Europa traspasaron las extensas aguas del océano Atlántico y pronto ha florecido en el continente americano, comenzando por el sur y Centroamérica, no tanto en EEUU «muy negacioncita» por ahora (aunque recientemente se van abriendo brechas que piden su reconocimiento), pero sí en México y muy decididamente en Canadá, también

24. En sus amplias Conclusiones fechadas el 25-6-2013 en el asunto C 131/12, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de *Google Spain*, S.L. y *Google Inc* contra la Agencia Española de Protección de Datos AEPD y Mario Costeja González.

25. Sentencia de 13 de mayo de 2014 de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada en el asunto C 131/12: *Google Spain*, S.L. y *Google Inc* contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González.

en Australia y Nueva Zelanda, por mirar a países lejanos. Todo ello considerando que, tal vez para competir con el rey de los buscadores (*Google* que en Europa ofrece a los usuarios mecanismos –muy a su pesar– para que puedan ejercitar el derecho al olvido) se han hecho eco también de la sentencia comunitaria y han introducido el ejercicio de este derecho en sus «términos de uso» –contratos–, como es el caso de *Yahoo!* y *Bing* que han puesto a disposición de sus usuarios formularios para solicitar la retirada o supresión de los resultados de las búsquedas que pudieran ampararse en el derecho al olvido. Resulta, por tanto, incuestionable y tranquilizador, el efecto extensivo, creciente, sólido, progresivo y multiplicador, en los ordenamientos de todo el mundo, de la referida Sentencia *Costeja*.

8. Efectos del reconocimiento normativo

En España, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, recogió el testigo de la norma comunitaria y desarrolla esta materia en dos preceptos separados y con diverso contenido: el artículo 93 bajo el título *Derecho al olvido en búsquedas de Internet* y el artículo 94 sobre el *Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes*. La redacción de ambos artículos es más clara y sencilla que la del Reglamento, y aunque supongan un complemento de este, es verdad que, en la práctica, su texto orienta al ciudadano mucho mejor que aquel.

Teniendo en cuenta que ambas normas –Reglamento y Ley Orgánica– entraron en vigor no hace demasiado tiempo todavía no existen suficientes pronunciamientos interpretando los diversos matices del derecho al olvido, aunque hubo importantes fallos previos de nuestro Tribunal Supremo, siendo oportuno enfatizar que la Sala Primera, de lo Civil, se ha venido mostrando de una manera mucho más partidaria del reconocimiento del derecho al olvido y de la amplitud de su ejercicio por parte de los ciudadanos, contrastando con los criterios de la Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, cuyos fallos han sido, por lo general, más restrictivos y menos favorables a la extensión de este derecho, con alguna afortunada, tímida y reciente salvedad²⁶ de la donde ahora reconoce que también puede solicitarse la supresión de los resultados de las búsquedas solo por los apellidos de una persona en *Google*, sin que sea necesario añadir el nombre, dadas las «circunstancias concurrentes en este caso»²⁷.

26. STS (Sala 3ª) 1176/2020, de 17 de septiembre.

27. STS (Sala 3ª) 12/2019, de 11 de enero.

En todo caso, pese a las trabas iniciales a la existencia y reconocimiento del derecho al olvido digital, opuestas por muchos periodistas y medios de comunicación, hábilmente replicadas hasta el extremo por la potente batería artillera de *Google*, generando desconcierto, y a la vez, propiciando que el gran público no conozca su verdadero contenido como si no tuviera nada que ver con los ciudadanos de a pie, el derecho al olvido ha venido para quedarse, e incluso para propagarse por todo el mundo como ya se está comprobando.

Pase a la reciente regulación del derecho al olvido en el ámbito comunitario (artículo 17 RGPD), lo cierto es que las normas que lo regulan no proporcionan una definición de este, ni tampoco lo hace la fructífera jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia, salvo alguna parca referencia que «reconoce el derecho al olvido como el derecho a la retirada de enlaces de una lista de resultados cuando el criterio de búsqueda es el nombre de una persona física»²⁸.

Al abordar la utilidad y el fundamento del derecho al olvido, algunos fallos lo definen del siguiente modo, con suma precisión:²⁹ «como indica la doctrina, el derecho al olvido tiene como finalidad permitir a toda persona construir su vida sin la carga del pasado, por no concurrir un interés o utilidad social que justifique las consecuencias negativas asociadas a la publicidad de una noticia legítimamente divulgada en el pasado, cuando el transcurso del tiempo ha diluido el interés público subyacente en el mismo. Se fundamenta en que ciertas informaciones del pasado no continúen siendo difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios, de modo que hechos públicos, por razón del paso del tiempo, vuelven al área de privacidad o reserva, la esfera privada (Palermo)»³⁰

La importancia de la anterior definición doctrinal del derecho al olvido radica en que, al asumirla el Tribunal Supremo, de manera reiterada en ambos fallos, adquiere los efectos previstos en el artículo 1.6 CC, por lo que: «complementará el ordenamiento jurídico», sirviendo de brújula a todos los órganos jurisdiccionales patrios a la hora de enjuiciar asuntos de cualesquiera órdenes en los que se encuentre involucrado este flamante derecho.

La jurisprudencia española más actual, sobre todo la de la Sala Primera, de lo Civil del Tribunal Supremo, sigue siendo muy rica abordar la figura del derecho al olvido digital y sus presupuestos³¹, algunas recogiendo una amplia y excelente doctrina

28. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de septiembre de 2019, asunto C-507/2017, apartado 38.

29. SSTs (Sala 3ª) 1175 y 1176/2020, ambas fechadas el día 17 de septiembre.

30. La referencia doctrinal del Alto Tribunal parece aludir al interesante documento elaborado por Carlos Cortés bajo la supervisión de Eduardo Bertoni, Derecho al olvido: entre la protección de datos, la memoria y la vida personal en la era digital, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (Argentina).

31. SSTs (Sala 1ª) 20/2025, de 7 de enero, 86/2024, de 23 de enero y 1.659/2023, de 27 de noviembre y 334/2022, de 27 de abril, esta última del Pleno, entre otras.

favorable a dicho reconocimiento³², no tanto así la de su Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, cuya línea abiertamente restrictiva, esto es, proco proclive a la protección judicial (y administrativa) de dicho derecho, sigue siendo más que evidente³³.

9. Peligroso alcance universal y normalización de las cotidianas lesiones a la privacidad

Y es que, el ejercicio efectivo del derecho a la privacidad por los ciudadanos es la principal línea de defensa frente a las continuas agresiones que, muchas veces, produce el gran negocio de los datos que tan solo acaba de eclosionar. Aunque uno de sus engañosos disfraces sea el *Big Data*, como vertiente científica para mejorar la vida de las personas, optimizar sus decisiones y perfeccionar los movimientos estratégicos, en el fondo, sin la barrera de unos sólidos mecanismos que sustenten con fuerza la privacidad nos convertiremos en seres desprovistos de toda intimidad perdiendo a chorros nuestra propia dignidad, que junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son, como es bien sabido, el fundamento del orden político y la paz social, según proclama el artículo 10.1 de la Constitución española.

Téngase en cuenta que en cada segundo que transcurre en la actualidad, se generan 6.826.667 millones de documentos –sin incluir fotografías, vídeos, audios y archivos de otro tipo– que se crean y circulan, o se «suben» a algún lugar a través de internet, habiéndose estimado que cada uno de tales documentos contiene al menos 30 datos personales absolutos³⁴, sin embargo, los ciudadanos que nutren con sus datos personales las actividades que versan sobre su tratamiento o procesamiento automatizado, raras veces tienen conocimiento, y mucho menos algún control, sobre ellos. A mayor abundamiento, tales datos son procesados automáticamente con potentes motores, aplicándoles aquellos algoritmos que convengan según los intereses que persiga el responsable o encargado del tratamiento, con la finalidad de obtener una serie de resultados, que no solo buscan la máxima rentabilidad económica, su principal objetivo, a través de la publicidad –lo que ya parece casi co-

32. La muy interesante y reciente STS (Sala 1ª) 484/2024, de 10 de abril, FD 3º-5 resulta concluyente: «Por otra parte, el mantenimiento en Internet de reportajes de fechas pasadas tiene una potencialidad lesiva del derecho al honor menor que la nueva publicación en un periódico, tanto en la edición en papel como digital, de un reportaje sobre los hechos en los que se identifique al autor del crimen con su nombre y apellidos y mediante la publicación de su fotografía».

33. SSTs (Sala 3ª) 775/2024, de 6 de noviembre, 1566/2024, de 7 de octubre, 374/2024, de 4 de marzo, y 1757/2023, de 21 de diciembre, las más recientes de tal Sala, deniegan, todas, por motivos muy diversos, el reconocimiento del derecho al olvido.

34. Nisa Ávila, J. A., BCR [*Binding Corporate Rules*] en el contexto de la *Privacy Shield* y la *Standard Contractual Clauses* [SCCs], disponible en la revista jurídica y portal: <https://elderecho-com>, Tribuna, de 19-2-2021.

múnmente aceptado— sino también, otros datos muy sensibles: políticos, de salud, ideológicos, creencias religiosas, hábitos, ocio, localización, etc.

El volumen de datos que se suben a internet es de 24.000 gigabytes por segundo: Este flujo de datos incluye una gran variedad de contenidos pues se suben más de 500 horas de contenido a YouTube cada minuto, lo que se traduce en una cantidad significativa por segundo, miles de millones de mensajes son enviados a través de aplicaciones como *WhatsApp* y *Facebook Messenger* cada día y miles de nuevos sitios web se crean cada día en el mundo accesibles desde todo el universo conocido³⁵.

Los datos que aportamos nosotros mismos, o terceros, son almacenados en la «nube», con o sin nuestro conocimiento y consentimiento, parecen germinar exponencialmente huérfanos de toda protección jurídica y ayunos de toda posibilidad de control por parte de las personas afectadas, más allá de solicitar que sean suprimidos, o borrados, en la medida que vayamos teniendo conocimiento de su existencia, si es que su cancelación no nos llega a perjudicar más aun por privarnos de alguna utilidad que disfrutemos. La recogida, utilización, circulación y control de los datos personales que se almacenan en la nube (o más bien, en las numerosas nubes) son, desde luego, otra parcela, dentro de la protección jurídica de datos merecedora de un análisis desde la óptica de las relaciones entre particulares que se incluye en el Derecho civil.

¿No supone todo esto un retroceso de más de medio siglo respecto de los frenos logrados en la imposición de condiciones abusivas o leoninas por parte del contratante que las introduce en su beneficio y en perjuicio del contratante débil? (No parece que sea imprescindible dicha nueva cesión de datos entre el conocido servicio de mensajería instantánea personal y las redes sociales para que las actividades de la empresa que desea añadirlos continúen siendo sumamente rentables. Baste recordar que las acciones de *Facebook* han multiplicado por 20 su valor con el modelo de comercialización actual que explota mediante el tratamiento de los datos personales (que es de donde obtiene su rentabilidad), y sigue creciendo³⁶. Así que, ¿realmente necesita ampliar y exprimir, todavía más, el limón de nuestros datos personales entre sus diferentes aplicaciones y cederlos a terceros para mantener su viabilidad económica?

No es una novedad la instrumentalización, imposición y práctica generalización de condiciones claramente abusivas en los contratos de datos, extremo que, aunque

35. Véase, <https://explodingtopics.com/blog/data-generated-per-day> *Amount of Data Created Daily* 24-04-2025 (consultado el 30 de septiembre de 2025).

36. Los valores de *Facebook Inc* salieron a bolsa en el año 2012 a 38 dólares/acción, y ahora cotizan en el momento presente, bajo el nombre *Meta Platforms, Inc*, a 743,45 dólares/acción (<https://www.nyse.com/index>, consultada el 27-9-2025).

con timidez, ya se viene advirtiendo³⁷. Estos indicios suponen un verdadero alivio porque aportan ciertas esperanzas de aire jurídicamente limpio y fresco en estos tiempos donde la contaminación vírica parece ir remitiendo a la vez siguen propagándose, casi sin freno, las prácticas y condiciones inicuas, ya incrustadas en el ADN de las empresas tecnológicas, de ámbito mundial, que cotidianamente operan y se enriquecen con nuestros datos personales.

Subyace en toda esta materia un enorme desconocimiento sobre la estructura y efectos del contrato de datos, o mejor dicho, de los diversos contratos. Y se hace necesario acudir a la teoría general del contrato para revisar alguno de los elementos esenciales, por no decir prácticamente todos, que condensados en el artículo 1261 CC: el consentimiento y el objeto, dejando a un lado la causa, que, aunque sigue vigente en nuestro Código, como en el francés y el italiano, no tiene, como es sabido, idéntica regulación en otros ordenamientos civiles al integrarse en los otros dos elementos citados.

10. ¿David frente a Goliath?

Pues bien, la regulación normativa procedente de la Unión Europea, así como la española derivada de aquella, se ha preocupado en parte de dotar de algunos instrumentos para la lograr la efectividad del principal elemento, el consentimiento, sobre todo para determinar con alguna precisión, cuándo y cómo se produce el mismo que hace que nazca la relación jurídica obligatoria, y, por tanto, el contrato.

Ello aquí es decisivo porque todos los contratos de datos, y el resto de los que se derivan de las actividades desarrolladas mediante internet, son siempre contratos entre ausentes, a distancia, celebrados entre dos partes que nunca están en el mismo lugar, ni una frente a la otra. Y, además, a la vez, también son siempre contratos de adhesión, donde todas las cláusulas y condiciones las predispone, e impone, una de las partes, el operador o gigante tecnológico.

A ello se une, como se indicó más arriba, que dicho contratante «fuerte» trata por todos los medios de dulcificar los términos del contrato, evitando casi siempre, con toda clase de sinónimos, recovecos, laberínticas expresiones y desmesurada extensión, llamar contrato a lo que es realmente un contrato. Pero es verdad que se ha avanzado bastante en la determinación concreta de la prestación del consentimiento y su momento, para evitar, o más bien paliar, que se preste automática y tácitamente, así como, en alguna medida (aunque muy poca) el aseguramiento de que los menores no puedan otorgarlo hasta cierta edad, según de la actividad contractual que se trate.

37. Carrasco Sayalero, Ignacio, «Ya "semos" digitales. Las cláusulas leoninas en los contratos tecnológicos», *La Ley privacidad*, 2020, nº 4, ejemplar dedicado a Lecciones aprendidas desde el confinamiento.

Sin embargo, la regulación comunitaria de los contratos de datos –que, en cierto modo, bastante a menudo, cae en la misma trampa que tienden las grandes empresas tecnológicas de no denominar al contrato como tal, derivado de su naturaleza– poco o nada se trata sobre el objeto de estas modalidades contractuales³⁸. Y ahí, tal vez, esté la clave de todo, en este segundo elemento esencial que caracteriza a los contratos de datos y los hace diferentes del resto de los tipos contractuales precisamente por la materia que constituyen su objeto: los datos personales cada uno de los seres humanos que contrata, la mayoría de las veces sin saberlo, los servicios digitales las empresas tecnológicas: desde participar en las redes sociales, buscar noticias en la red, enviar mensajes de texto, voz, imagen o audiovisuales, hasta la cantidad inimaginable de actividades humanas, robots, internet de las cosas y otras tantas, que luego serán procesados para los fines más diversos, y no solo comerciales.

Desasosiega conocer con precisión el alcance y contenido del objeto de las actividades que realizamos a través de internet (los contratos de datos). Un detenido examen de las condiciones del servicio y las políticas de privacidad de cualesquiera de estas actividades, servicios y aplicaciones nos muestra el esfuerzo lingüístico de sus redactores por ocultar en lo posible en qué consiste tal objeto y cuando, por no quedar más remedio, se determina del modo menos claro que se pueda. Como se dijo, las remisiones y la extensión de los textos de tales políticas y condiciones facilitan poco al usuario que pueda distinguir el grano de la paja, lo esencial de lo accesorio, al tratarse de textos interminables y aburridos, con pocos recursos gráficos, tamaños de letra idénticos y sin destacar jamás lo decisivo³⁹.

Sería deseable, bien a través de códigos de conducta (de los que nunca hemos sido fervientes defensores), bien con normas imperativas (sin abusar del intervencionismo en la contratación, pero regulando aspectos clave e imprescindibles, como en el Derecho de consumo), exigir a estos operadores tecnológicos elevar el nivel de información obligatoria que han de exponer, con claridad y eficacia, con carácter previo a la contratación.

38. Se limita, con carácter general, a las normas generales sobre la materia que se quedan muy cortas para abordar muchos problemas que general las inmensas modalidades contractuales, según las más variadas actividades y servicios digitales, que operan con el procesamiento de datos personales, en particular, el conocido Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, o RGPD).

39. Pensamos que la mera exposición, en el *website* o aplicación, de extensísimas y farragosas «Condiciones del servicio» y «Políticas de privacidad» que conforman su clausulado contractual, y no dejan de ser condiciones generales de la contratación, al expresarse con miles de palabras, por lo general con caracteres diminutos, sin la menor explicación, resaltado, ni resumen de lo más relevante, convierte aquellas cláusulas de contrato en estériles, y por tanto, completamente inútiles puesto que no son leídas, al requerir un esfuerzo titánico que excede, con mucho, de la capacidad de comprensión media de un ciudadano y precisan de un tiempo y un esfuerzo desproporcionados que invitan a huir de su tediosa lectura, cabiendo preguntarse si no se divulgan de propósito por el predisponente en tal forma precisamente para evitar su cabal entendimiento.

Y, a la vez, expresar el objeto del contrato, utilizando expresiones gramaticales acordes con su verdadero significado jurídico (no adornadas de un «buenismo» sospechoso). Y siempre, de manera destacada, con caracteres resaltados y al principio del texto, de manera que cada usuario pueda saber, no solo que está celebrando un contrato, que eso debería también advertirse de manera nítida, sino en este caso, precisar el objeto, la cosa, la prestación concreta, es decir, los datos como materia contractual que el usuario contratante cede al operador, enumerando cuáles datos personales en concreto son los que autorizamos usar a la otra parte, y a los terceros en su caso.

Bien es verdad que, en algunos casos, pueden encontrarse, aunque no siempre sea tarea sencilla, ni está bien explicada, y por supuesto, nunca destacado visualmente en proporción a la decisiva importancia que tiene, tanto por el amplio abanico de datos concretos que invaden nuestra privacidad, como como afectar, idénticas condiciones contractuales, a más de 3.000 millones de personas en todo el mundo usuarias (contratantes) solamente de la red social *Facebook*⁴⁰, seguida de *You Tube*, *Instagram* y otras⁴¹.

Pero, de tan colosal cantidad de ciudadanos, ¿cuáles son esos datos personales concretos que, en estas líneas, tanto parece incomodarnos que se trafique con ellos, sin que seamos del todo conscientes?, ¿realmente es tan grave? *Facebook*, por ejemplo, reconoce recopilar y procesar, entre otros muchísimos, los siguientes: contenido de las comunicaciones, personas con quienes nos relacionamos, las fotografías y su geolocalización que hacemos o intercambiamos, todo lo que vemos o escaneamos con la cámara del móvil, los acontecimientos de nuestra vida, las opiniones religiosas o políticas, nuestros intereses o preferencias, aspectos relacionados con nuestra salud, origen étnico o racial, creencias filosóficas o afiliación sindical, webs visitadas, cuentas, *hashtags* y grupos con los que conectamos, libretas de direcciones, registros de llamadas, historial de SMS, acciones y funciones utilizadas, fecha, hora, frecuencia y duración de nuestras actividades, qué publicaciones, vídeos y otro tipo de contenido vemos, nuestras compras u otras transacciones económicas como en juegos y donaciones, pagos, número de nuestras tarjetas de crédito o débito, datos la cuenta corriente, detalles de facturación, envío y contacto, dispositivos de usamos, marca, modelo, sistema operativo, sitios a los que accedemos y tiempo, idioma, zona horaria, número de teléfono móvil, dirección IP, velocidad de conexión, cookies, ac-

40. En enero del año 2025 se han contabilizado 5.560 millones de personas las que acceden a internet, lo que equivale al 67,9% de la población mundial. *DW Global Media Forum*, información disponible en <https://www.dw.com/es/dos-tercios-de-la-humanidad-están-ya-conectados-a-internet/a-70901668> (consultado el 30-09-2025).

41. Las diez redes sociales más usadas en el mundo, ordenadas por número de usuarios son: 1º. *Facebook*: 3.070 millones. 2º. *You Tube*: 2.530 millones. 3º. *Instagram*: 2.000 millones. 4º. *Tik Tok*: 1.590 millones. 5º. *Wechat*: 1.380 millones. 6º. *Snapchat*: 850 millones. 7º. *Douyin*: 766 millones. 8º. *Kuaishou*: 714 millones. 9º. *Reddit*: 606 millones. Y 10º. *Weibo*: 599 millones de usuarios. Véase *Marketing Paradise*, 4-03-2025, disponible en: <https://mkparadise.com/redes-sociales-mas-utilizadas> (consultado el 30-09-2025).

ciones y compras o servicios dentro y fuera de internet, con ellos o con proveedores de datos externos, etc. (la lista literal es interminable).

No debemos ocultar que lo anterior ya se divulga, con escasa relevancia, en la web institucional de estas empresas en la Unión Europea –no así en el resto del mundo–, pero, también debemos reiterar que, de un lado, nunca se dice que la cesión de tales datos son el principal, o más bien, el exclusivo «objeto» del contrato, esto es, la prestación que aporta el usuario a cambio de la utilización de los servicios de comunicación en todas las formas que ofrece, y de otro, que jamás lo denominan «contrato», que es una expresión que todo el mundo comprende y sabe, dado que aceptarlo le obligará a dar, hacer o no hacer, algo importante o, al menos, significativo.

Nada de lo anterior es fantasía y su relevancia social ya va calando en ciertos sectores ajenos al mundo jurídico, como el de la filosofía y el arte⁴², donde se comienza a reflexionar sobre la cuestión del objeto y finalidad de las redes sociales, por ejemplo, divulgándose fructíferos pensamientos que, aunque a muchos todavía les puedan parecer alarmistas o exagerados, están llenos de coherencia.

A la vista del mastodóntico poder de tan solo unas cuantas, muy pocas, empresas tecnológicas que controlan la práctica totalidad del nuevo mercado de las telecomunicaciones por internet, los motores de búsqueda, las redes sociales, además de la robótica y otros usos, los reguladores comunitarios y norteamericanos ya se están planteando la oportunidad de obligar a algunos de ellos a cuartear o dividir sus gigantes empresas que se han convertido, de facto, en un oligopolio de alcance universal.

Precisamente las primeras medidas que surgieron para proteger los derechos de los consumidores, en el último tercio del siglo pasado, fue fomentar la competencia eliminando los monopolios o limitando normativamente determinadas prácticas y abusos.

El segundo paso en materia de protección al consumidor fue poner coto a la contratación abusiva y fortalecer la posición de la parte débil en los contratos, y algo parecido hemos de fomentar en el mercado tecnológico de los datos personales como con timidez afrontan los legisladores.

42. El artista visual argentino Gustavo Romano (www.gustavoromano.org), con ocasión de la exposición de su colección *Algoritmia: arte en la era de la inteligencia artificial*, en el Museo Extremeño e Iberoamericano de Arte Contemporáneo de Badajoz, explicaba que: «Los gigantes de internet no nos reconocen como sujeto, sino más bien como mercancía: no somos su cliente, somos el producto» (*Diario Hoy*, de 6 de marzo de 2021, pág. 45). A nuestro entender, los efectos personales, sociales y jurídicos que se adivinan de sus acertadas consideraciones son verdaderamente impactantes y muy útiles para el mundo del derecho. El texto completo en formato PDF con las interesantes reflexiones del autor (como: «las nuevas economías se basan más y más en nuestro trabajo gratuito y voluntario– ya sea en forma de búsquedas en Internet, *likes* en redes sociales, o recomendaciones en tiendas *online*–, transformándonos en su producto, y explotando lo que podríamos definir como el oro del siglo XXI»), se encuentra disponible en <http://netescopio.mciac.es/algoritmia/algoritmia.html> (consultado el 1-10-2025).

II. Esbozo final

Este segundo paso es el que ahora nos toca afrontar para adecuar en materia de procesamiento y comercialización de datos personales y metadatos –redes sociales, motores de búsqueda, *Big Data*, robótica y todo lo que está por venir– a la impetuosa e imprevisible realidad tecnológica del tiempo en que vivimos, debiendo actualizarse algunos principios jurídicos y concretar, simplificándolos, nuevos tipos de contratación, así como la responsabilidad contractual y extracontractual, dada la marcada insuficiencia al respecto de la excelente dicción y operatividad del artículo 3.1 de nuestro Código civil, pues, por la vía interpretativa, ya no puede estirarse más un precepto tan genérico para una materia tan delicada y concisa como es la protección de los datos privados de los ciudadanos que tanto afecta a derechos fundamentales pues forma parte de estos.

Como se ve, al Derecho privado le queda mucho campo por arar en el universo de la protección jurídica de la privacidad en defensa del derecho fundamental a la protección de datos personales de los ciudadanos y ser contrapeso del irrefrenable poder invasivo derivado del imparable negocio de los datos, para tratar de lograr una cosecha eficiente y productiva, no varada en difusos debates etéreos, sino en propuestas claras y audaces que no se dilaten en el tiempo. Lamentablemente, la evolución del Derecho civil del siglo XXI ya no puede operar con los sosegados tiempos del siglo XIX que permitían una codiciada calma reflexiva: ahora la velocidad del Derecho resulta vertiginosa al serlo, aún más, la tecnología que aborda y cambia nuestras vidas, restringiendo derechos y ocasionando daños, lo que exige más rápidas respuestas jurídicas.

El Derecho civil actual, para ser efectivo e inmediato, ha de operar ágilmente, sin perder de vista el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴³, al que nuestro pionero artículo 18.4 de la Constitución de 27 de diciembre de 1978, se adelantó casi cuarenta años indicando que: «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad (...) y el pleno ejercicio de sus derechos»⁴⁴.

43. El artículo 8 de la Carta, bajo el título «*Protección de datos de carácter persona*», determina: «1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le 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 le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente». *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* proclamada el 7 de diciembre de 2000 y revisada el 17 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 tras el Tratado de Lisboa, y desde entonces la Carta pasó a ser jurídicamente vinculante y ahora tiene la misma validez jurídica que los tratados de la Unión Europea. La versión consolidada se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 14 de diciembre de 2007 (DO C 303), aunque incluyendo la actualización, en el DO C 202 de 7 de junio 2016, páginas 389-405.

44. Precepto constitucional patrio que incluso se adelantó al ulterior Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de

No se sugiere un recorte de derechos, como advierten, con equivocado alarmismo, quienes propugnan el libertino tránsito de los datos –ojo, personales, privados e incluso íntimos–, sino establecer las bases para una serie de barreras jurídicas sólidas, bien depuradas, que impidan o dificulten su comercialización salvaje sin acreditar la presencia de las tres «c»: conocimiento, consciente y consentimiento, prestados libremente, con el efecto de tener que afrontar una indemnización reparadora, en caso de resultar dañados, para que respondan civilmente, e incluso de forma objetiva, en ciertos casos, aquellas empresas o instituciones que procesan, comercializan y se lucran con nuestros datos personales, frente a quienes hayan padecido graves daños o perjuicios.

La propia libertad de contratar se protege coartando el libertinaje contractual. Tampoco somos partidarios del intervencionismo mutilador de libertades, ni de ampliar las normas sancionadoras –muy abultadas y casi siempre inútiles– ni la creación –más allá de la fértil AEPD– de comités regulatorios (¿son todos realmente útiles? ¿quién nombra y fiscaliza al controlador?) de empresas de motores de búsqueda, redes sociales, robots, internet de las cosas y otras tantas actividades que operan con nuestros datos personales, sino de centrar la cuestión de los daños causados a los ciudadanos por el tratamiento de estos en el mejor marco jurídico posible dentro de la responsabilidad civil.

Y, claro está, todo lo anterior –y más circunstancias que todavía no conocemos– es aplicable, desde luego, a la otra ‘novísima’ invención que inunda la presente realidad social que hasta el momento ni siquiera hemos querido nombrar en las anteriores páginas, esto es, el tsunami digital que ya nos está arrollando en la casi totalidad de los aspectos de nuestras frágiles vidas digitales, como es el nuevo y tan adorado becerro de oro que parece constituir la tan nombrada *inteligencia artificial* (IA), en sus más variadas versiones, vendida por unos –sus creadores– como la piedra filosofal, o denostada por otros, como una plaga bíblica, que presidirá y cambiará, según auguran, este segundo cuarto del siglo XXI que ahora arrostramos con incertidumbre. Pero esa ya es otra historia... (o no).

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.

1981 (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 1985), resultando ser el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante adoptado en el ámbito de la protección de datos.



Artículos Originales || Recibido: 15/07/2025 || Aceptado: 24/10/2025

Posición jurisprudencial del Tribunal Supremo acerca de la *cautela socini*

Jurisprudential position of the Supreme Court on the Socini Caution

Pedro Ródenas Cortés  0000-0001-7032-8077

Profesor de Derecho Civil, Universidad de Extremadura. España.

rodenas@unex.es

Resumen

El presente artículo tiene por objeto el estudio integral de la institución del usufructo legal atribuido al cónyuge viudo. Asimismo, se abordará con detenimiento la figura de la *cautela socini*, por su vinculación práctica con este derecho y su capacidad para modular la atribución usufructuaria en sede testamentaria. Aunque su configuración encuentra fundamento normativo en el Código Civil, su aplicación en determinados supuestos ha requerido la intervención interpretativa de la jurisprudencia.

En este contexto, se incluye un examen jurisprudencial de la doctrina emanada del Tribunal Supremo en relación con esta figura, destacando de forma particular la su sentencia de 10 de junio de 2014, como punto de inflexión jurisprudencial representando un apoyo absoluto e incondicional a la voluntad del testador, constituyéndose, además, en un referente esencial para la delimitación y comprensión de la naturaleza jurídica que define la denominada *cautela socini*.

Palabras clave: *cautela socini*, testador, legítima, cónyuge viudo, usufructo vitalicio.

Abstract

The purpose of this Final Degree Project is the integral study of the institution of the legal usufruct attributed to the widowed spouse. Likewise, the figure of the *cautela socini* will be approached in detail, due to its practical connection with this right and its capacity to modulate the usufructuary attribution in testamentary proceedings. Although its configuration finds its normative basis in the Civil Code, its application in certain cases has required the interpretative intervention of case law.

In this context, a jurisprudential review of the doctrine emanating from the Supreme Court in relation to this figure is included, highlighting in particular the Judgment of June 10, 2014. Said ruling represents an absolute and unconditional support to the will of the testator, constituting, in addition, an essential reference for the delimitation and understanding of the legal nature that defines the so-called *cautela socini*.

Keywords: Socini caution, testator, legitimate, widowed spouse, life usufruct.

Sumario

1. Breve exordio
2. La legítima
 - 2.1. Aproximación jurídica
 - 2.2. ¿Quiénes son los legitimarios?
 - 2.3. El usufructo universal del cónyuge viudo
3. Cautela Socini
 - 3.1. Concepto, origen y requisitos
 - 3.2. La intangibilidad de la legítima
4. Evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo
 - 4.1. Antecedentes
 - 4.2. Interpretación vigente de la *cautela socini* (STS de 10 de junio de 2014)
 - 4.3. Su armonización con los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española
 - 4.4. Consolidación jurisprudencial posterior

I. Breve exordio

El presente trabajo tiene por objeto realizar una investigación sobre la libertad del testador, concretando su voluntad y disposición de éstos para después de su fallecimiento, y la protección legal otorgada al cónyuge supérstite tanto en el ordenamiento jurídico español como en la jurisprudencia nacional, adentrándose en el complejo y fundamental ámbito del derecho sucesorio, sobre un enfoque particular en dos instituciones interconectadas que generan amplio debate doctrinal y jurisprudencial: el usufructo legal del consorte viudo y la denominada *cautela socini*.

La legítima, regulada en el artículo 806 del Código Civil, se define como una “porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos” y actúa como límite a la libertad de disposición del causante sobre sus propios bienes. Entre los herederos forzosos destaca el cónyuge viudo, a quien se le reconoce un derecho de usufructo sobre parte del caudal hereditario. Aunque el texto normativo establece un usufructo legal de alcance limitado, en la práctica es frecuente que el testador amplíe este derecho mediante la atribución del usufructo universal, figura que ha requerido una constante labor interpretativa por parte de la jurisprudencia debido a su insuficiente previsión normativa específica.

Sin embargo, la atribución del usufructo universal entra en conflicto directo con el régimen de legítimas y el principio de intangibilidad cualitativa que las protege en el derecho sucesorio español. En particular, el artículo 813 del Código Civil prohíbe imponer gravámenes, condiciones o sustituciones sobre la legítima, excepto algunas excepciones como pudiera ser la atribución del usufructo al cónyuge viudo sobre el tercio de mejora¹. Esta aparente contradicción genera un dilema que se articula en que, si bien la ley impide al testador gravar la legítima, la práctica testamentaria a menudo establece usufructos universales dejando en manos de los herederos legítimos la decisión de aceptar dicha disposición o impugnarla.

Los debates sobre la validez de estas disposiciones son extensos, al coexistir posturas que las consideran inválidas por contravenir el citado artículo 813 del Código Civil, y otras que sostienen que la prohibición se dirige al testador, pero no impide que el legítimo consienta tácita o expresamente en aceptar tales gravámenes.

Dentro de este contexto tiene su génesis la figura de la *cautela socini o gualdense*², tomando como fundamento el art. 820.3º CC, permite al testador ofrecer al legi-

1. El precepto previene una serie de prohibiciones para el testador, tales como no privar a los herederos de su legítima, a excepción de los supuestos previstos legalmente. Además, tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808 del Código Civil.

2. La *cautela socini* es llamada comúnmente cláusula o cautela Socini así como Gualdense (por apoyarse en un dictamen emitido por el jurisconsulto italiano del S.XVI Mariano Socini Gualdense) o cláusula angélica (por atribuirse

timario una atribución patrimonial superior a lo que por legítima le corresponde, a cambio de que acepte un gravamen sobre esta o, como expone el profesor Acedo Penco, permitirá a los herederos forzosos “escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador”³. La particularidad radica en que el legitimario tiene la opción de aceptar la disposición del testador, con el gravamen y un *quantum* mayor, o percibir su legítima estricta libre de cargas.

A pesar de su eminente influencia en el tráfico jurídico sucesorio, nuestro Código Civil no regula expresamente la *cautela socini* propiciando un debate doctrinal amplio y una exegesis jurisprudencial diversa hasta el dictado de la importantísima y unificadora Sentencia del Tribunal Supremo núm. 863/2011, como un punto de inflexión trascendental en la labor interpretativa pacífica. Se examinarán las controversias en torno a su validez, su alcance y los límites impuestos por el principio de intangibilidad de la legítima y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El objetivo es ofrecer una comprensión integral de esta figura, sus implicaciones prácticas y la consolidación de la doctrina jurisprudencial que la define en el Derecho de Sucesiones español.

2. La legítima

2.1. Aproximación jurídica

La sucesión *mortis causa* se configura como una institución jurídicamente reconocida y amparada por la Constitución Española (ex art. 33) que garantiza el derecho a la propiedad privada y a la herencia⁴. Esta figura, además, responde a una función social relevante, al asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas más allá del fallecimiento del causante⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico, se procede a asegurar la percepción de una cuota o porción del patrimonio hereditario a favor de ciertos parientes en línea recta

dicha fórmula a Ángel Ubaldi).

3. Acedo Penco, Ángel, *Compendio de derecho de sucesiones*, Dykinson, 2ª edición, 2024, pág. 122.

4. El artículo 33.1 de la Constitución reconoce como derechos la propiedad privada y la herencia, a continuación, en el apartado 2 proclama su función social y, en el apartado 3 garantiza 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 en las leyes. Esto es, reconoce constitucionalmente el instituto jurídico de la expropiación forzosa. La propiedad privada y la herencia se incluyen en el Capítulo Segundo del Título Primero, referente a los derechos y libertades, no se integra en los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª, sino que se sitúa entre los “derechos y deberes de los ciudadanos” de la Sección 2ª.

5. Díez Picazo, L y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de derecho civil, Vol. IV (Tomo I): Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. Tecnos, 2012, p.23.

(descendiente y ascendiente) y del cónyuge, que al morir el causante no se hallase separado o lo estuviere por culpa del difunto⁶.

Puede definirse la legítima como un derecho sobre el patrimonio del causante y no necesariamente sobre el caudal hereditario, que ostentan ciertos parientes próximos en el momento de la apertura de la sucesión si no han visto satisfecho su derecho antes. Correlativamente, es un límite a la libertad de testar y, en cierta medida, también a la libertad de donar en vida⁷.

Esta cuota o porción, denominada *quantum* proporcional o legítima, queda prevista en el art. 806 del Código Civil, conceptualizando que la legítima constituye aquella parte del patrimonio del causante sobre la cual este no tiene plena libertad de disposición, dado que la ley la destina obligatoriamente a ciertos herederos, denominados por ello herederos forzosos. Entendida la legítima como una institución capital en el derecho sucesorio, su definición es precisada por dicho precepto al determinarse como la “porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos”, debiendo tenerse en cuenta otros aspectos, entre los cuales destaca que el legitimario no es necesariamente heredero, dado que el Código Civil no establece que la legítima deba percibirse exclusivamente a través del título hereditario. En este sentido, el legitimario puede obtener su parte legítima mediante otras figuras jurídicas, como puede ser un legado o una donación.

Este heredero forzoso no tiene derecho a una cuota de la herencia propiamente dicha, pues la herencia está formada por activo y pasivo. Es decir, bienes y deudas. Para calcular la legítima se deben sumar los bienes del fallecido (valorados en el momento del fallecimiento), restarle las deudas y cargas, y luego añadir las donaciones que haya hecho en vida a los herederos. A esta suma neta se le aplica el porcentaje correspondiente según la ley (generalmente dos tercios para los hijos) y se divide entre los herederos forzosos para obtener la cantidad que le corresponde a cada uno.

El testador no tiene una prohibición de indisponibilidad absoluta de la legítima, puesto que el testador puede disponer en la forma y con las limitaciones establecidas por la ley⁸.

La sucesión *ab intestato* como la testamentaria quedan habilitadas para contemplar la legítima resultando que el testador, en ambos supuestos, tiene limitada su libertad de testar incluso en los casos en que existiendo testamento éste resulte ineficaz deberán ser tenidos en cuenta los derechos de los llamados herederos forzosos.

6. Román García, A.M.; De Peralta Carrasco, M y Casanueva Sánchez, I., *Derecho de Sucesiones*, Dykinson, 2ª edición, 2020, pág. 201.

7. López y López, Ángel Manuel, *Derecho de sucesiones*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, 2023, pág. 131.

8. López y López, Ángel Manuel, *Derecho de sucesiones...*, pág. 133.

2.2. ¿Quiénes son los legitimarios?

Los herederos legitimarios serán los hijos y ascendientes de sus padres y ascendientes; los padres y ascendientes de sus hijos y descendientes; y, por último, el cónyuge supérstite⁹.

La condición de legitimario puede ostentarse con independencia del título sucesorio por el que se acceda a la herencia, tal como se deduce del artículo 815 del Código Civil¹⁰. En consecuencia, el legitimario ostenta la condición de sucesor del causante, pudiendo adquirirla bien como heredero, cuando asume tanto la posición activa como pasiva del causante, esto es, a título universal, o bien como legatario, en cuyo caso únicamente sucede en la posición activa, es decir, a título particular, al recibir un legado o una donación imputable a la legítima¹¹.

Por lo tanto, legitimarios son los descendientes sin distinción respecto de los matrimoniales, extramatrimoniales, por naturaleza o adopción. A falta de descendientes, los ascendientes, y en todo caso el cónyuge viudo, que no es excluyente puesto que su legítima consiste en un derecho de usufructo, cuya cuantía es variable en función del grupo de parientes con los que concurra¹².

2.3. El usufructo universal del cónyuge viudo

A lo largo de la historia, nuestro derecho, ha buscado la forma de proteger al cónyuge que enviuda con la muerte de su consorte, hasta el punto de que el cónyuge es obligatoriamente considerado un legitimario a razón del vínculo matrimonial. A diferencia del resto de herederos, el cónyuge percibe su herencia en usufructo, es decir que tiene derecho al uso y al disfrute de los bienes y de los derechos heredados, pero no la propiedad sobre ellos¹³.

La noción genérica de usufructo, con reminiscencias al *Code français*, “repeliendo toda relación con la servidumbre”¹⁴, se contempla autónomamente en el art. 467

9. Este precepto fue renovado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. En virtud de esta reforma se produce la igualdad de los derechos de los hijos y descendientes y ascendientes, matrimoniales y no matrimoniales estableciendo como herederos forzosos, en primer lugar, a los hijos y demás descendientes en relación con sus progenitores y ascendientes. En ausencia de estos, ostentan dicha condición los padres y ascendientes con respecto a sus hijos y descendientes. Finalmente, el cónyuge viudo también es considerado heredero forzoso, en los términos y límites previstos ese texto normativo.

10. El tenor del precepto nos indica que el legitimario tendrá la “acción de complemento de la legítima, si el testador le hubiere dejado menos, por cualquier título, de lo correspondientes a sus derechos.

11. Blasco Gascón, Francisco de Paula, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, 2018, Tirant lo Blanch, pág. 119.

12. Albetosa del Río, J.; Badenas Carpio, JM, Cobas Cobiella, ME. *Derecho de sucesiones*, 2ª edición, 2023, Tirant lo Blanch, pág. 209.

13. Sánchez Hernández, Á., *El usufructo universal viudal y el artículo 820.3 CC*, Thomson Reuters, 2020, pág. 75.

14. Acedo Penco, Ángel, *Compendio de derechos reales*, 2ª edición, 2024, Dykinson, pág. 127.

del Código Civil al determinarlos como el “derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”.

Entrando en materia, el usufructo universal ha de ser entendido como un derecho real de goce, con raíces en el Derecho Romano, que otorga a su titular la facultad de poseer y utilizar la totalidad del patrimonio ajeno o de un conjunto patrimonial considerado como un todo, ya sea por disposición mortis causa o inter vivos, así como de aprovecharse de los frutos o beneficios que este pueda generar¹⁵.

No obstante, dicha persona carece de la potestad para enajenar, modificar, gravar o reducir el valor del bien, dado que la titularidad última recae en un tercero. Durante el tiempo en que se extienda este derecho, el usufructuario ejercerá el uso del bien, mientras que el llamado nudo propietario mantendrá la titularidad jurídica sin posibilidad de disfrute o explotación económica. Una vez concluido el usufructo universal, el propietario recuperará el pleno dominio sobre el bien, incluyendo tanto su propiedad como su uso. Este tipo de usufructo suele manifestarse principalmente en el ámbito del derecho sucesorio, siendo habitual en disposiciones testamentarias¹⁶.

El usufructo viudal, aunque comparte las mismas causas de origen que otras formas de usufructo, presenta particularidades que lo distinguen y cuya configuración ha sido moldeada principalmente por la jurisprudencia ante la insuficiencia normativa del Código Civil. Si bien la ley ofrece una regulación general, los tribunales han tenido que intervenir para resolver lagunas en casos complejos. Esta situación evidencia la necesidad de una regulación específica que atienda a las singularidades del usufructo del cónyuge viudo.

En el panorama actual, el Código Civil reconoce al cónyuge viudo un derecho de usufructo de carácter legal, parcial y de extensión variable, cuya cuantía, desglosada en el apartado anterior, depende de los herederos forzosos con los que concurra a la sucesión. No obstante, dicho usufructo es percibido en numerosas ocasiones como insuficiente por parte del cónyuge supérstite, lo que motiva, con frecuencia, la voluntad del testador de ampliar dicha cuota en favor de su pareja sobreviviente.

En este contexto, una de las disposiciones testamentarias más comunes entre cónyuges con descendencia común consiste en la atribución al viudo o viuda del usufructo universal sobre la totalidad del caudal hereditario. Esta figura permite al cónyuge sobreviviente el uso y disfrute de todos los bienes y derechos que integran la herencia, con el objeto principal de preservar su estabilidad patrimonial y evitar

15. Blasco Gascón, Francisco de Paula, *Instituciones... derechos reales...*, cit, págs. 511-513.

16. Roca Sastre, Ramón maría, *Estudios de Derecho Privado, Tómo II. Sucesiones*, Bosch, 1948, pág. 199.

que se vea despojado del control y aprovechamiento del patrimonio familiar, tal y como lo ejercía durante la convivencia con el causante¹⁷.

Aunque el usufructo universal a favor del cónyuge viudo es una práctica común en algunos sistemas forales, el Código Civil español no lo contempla terminológicamente, ya que esta figura entra en conflicto con el régimen de legítimas y el principio de intangibilidad cualitativa que protege estas porciones hereditarias dentro del derecho sucesorio español.

La doctrina coincide en que el principio fundamental del derecho de sucesiones es la autonomía de la voluntad, que permite a las personas decidir sobre el destino de sus bienes mediante testamento, siempre respetando los límites legales. La sucesión del causante queda reconocida *ex* artículo 658 del Código Civil al determinar que la sucesión puede basarse en la voluntad del causante o en la ley¹⁸, o en una combinación de ambas, aunque sin mencionar explícitamente la libertad de testar¹⁹.

El derecho sucesorio español, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el cual no es absoluto, sino que se encuentra restringido por la legítima y el principio de intangibilidad cualitativa que la protege. Esta limitación es especialmente evidente cuando el causante deja descendientes, pues debe reservar para ellos dos tercios de la herencia, quedando únicamente un tercio disponible para que pueda disponer sin restricción enlazándose con el artículo 813 del Código Civil impide imponer gravámenes, condiciones o sustituciones sobre la legítima, salvo las excepciones legalmente previstas, entre las que destaca el usufructo que corresponde al cónyuge viudo, que recae sobre el tercio de mejora en presencia de descendientes. En términos apriorísticos, no es posible constituir un usufructo universal que afecte a la totalidad del patrimonio hereditario cuando existan herederos forzosos, ya que ello vulneraría sus derechos legitimarios.

En principio, según pudiera considerarse la disposición testamentaria que establece un usufructo universal sobre la totalidad de la herencia es potencialmente inválida, al entrar en conflicto con la prohibición establecida en el artículo 813 del Código Civil. Según esta visión, tal nulidad implicaría que el cónyuge viudo estaría limitado a ejercer únicamente el usufructo legalmente reconocido. No obstante, una interpretación más matizada sostiene que la prohibición recogida en dicho artículo se dirige exclusivamente al testador, dejando al heredero forzoso la facultad reconoci-

17. López y López, Ángel Manuel, *Derecho de sucesiones...*, pág. 141.

18. La voluntad del testador manifestada en el testamento será denominada testamentaria y, a falta de éste, regirá lo dispuesto en la ley llamándose legítima, como determina el art. 658 del Código Civil.

19. Vázquez Lemos, A., *La cautela socini: una duda existencial*. En: *Derecho de sucesiones*, JMB Bosch, 2020, págs. 350-358.

da en el artículo 817 para reclamar la reducción de las disposiciones testamentarias que lesionen su legítima, como sería el caso de la extensión excesiva del usufructo²⁰.

Sin embargo, en la práctica, la realidad es totalmente diferente puesto que resulta frecuente que se establezcan usufructos universales en favor del cónyuge sobreviviente, conforme a los mecanismos previstos en los artículos 817 y 820 del Código Civil²¹, quedando en manos de los herederos legitimarios la decisión de aceptar tal disposición o impugnarla, pudiendo en tal caso solicitar la reducción de las disposiciones testamentarias que excedan la parte disponible o, en su defecto, entregar bienes.

Por ello, aunque el legislador impida que el testador imponga gravámenes sobre la legítima, no prohíbe que el legitimario consienta expresa o tácitamente en aceptar tales gravámenes, como podría ser un usufructo universal. De hecho, la ausencia de acción reductora por parte del heredero forzoso puede interpretarse como una manifestación tácita de conformidad. En esta línea, Ragel Sánchez sostiene que no debe considerarse nula la cláusula que impone dicho gravamen, ya que la nulidad privaría al legitimario de la posibilidad efectiva de solicitar la reducción prevista legalmente²².

3. Cautela Socini

3.1. Concepto, origen y requisitos

La *cautela socini*, llamada así en honor al jurista italiano Mariano Socino Gualdense²³, que emitió un dictamen favorable a su validez, en el siglo XVI, trata de imponer un gravamen sobre la legítima, que los legitimarios aceptan, una vez que se produce la apertura de la sucesión, no ejerciendo acción para eliminarlo, puesto que el testador ha ordenado que, para el supuesto de que la condición impuesta se acepte, se produzca una compensación de valor superior para el legitimario aceptante; no así para el que, contrariamente a la voluntad del testador, no admite dicho gravamen.

Dicha figura, también conocida como *cautela socini o gualdense*, es prevista por el artículo 820.3 del Código Civil, que contempla aquellos casos en los que a un legitimario le es atribuido más de lo que por legítima le corresponde, pero estableciendo

20. Ragel Sánchez, Luis Felipe, *La cautela gualdense o socini y el artículo 820.3º del Código Civil*, Dykinson, 2004, págs. 126-127.

21. Fuenteseca, M. y Noriega, L., *Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias*, Bosch Editor, 2020, pág. 455.

22. Ragel Sánchez, L. F., *La cautela gualdense...*, cit., págs. 126-127.

23. Ver nota 2, esta cláusula puede ser empleada por el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta.

un gravamen sobre ésta. Ante estos supuestos se permite a dicho legitimario escoger entre recibir aquello que fue ordenado por el testador, o percibir la legítima libre de gravámenes. Este precepto es el único que la contempla, se refiere sólo al usufructo o renta vitalicia, pero doctrina y jurisprudencia la aplican a toda carga o limitación que se establezca con tal previsión. Así lo previene la STS 863/2011:

La norma del Código Civil impone la cautela al caso que contempla; cualquier otra carga o limitación la impone el testador. Y las sentencias de 3 de diciembre de 2001 y 10 de julio de 2003 sancionan la validez de la cautela socini, si bien no se plantean -por ser obvio- que no pueda alcanzar a la legítima estricta²⁴.

Según la definición aportada por Vallet y Goytisolo, siendo frecuentemente aceptada por el derecho de sucesiones, con la *cautela socini* el testador ofrece un mayor *quantum* a cambio de una mayor merma en el *quale*, dándole al heredero la posibilidad de optar entre el *quantum* y el *quale* mínimos prefijados por la ley o el *quantum* mayor, pero debiendo soportar un gravamen sobre el *quale*²⁵.

Resulta frecuente aquella situación en la que el testador grava la legítima ofreciendo al legitimario, como compensación, una atribución patrimonial superior al valor de la cuota legal si acepta dicho gravamen, o estableciendo que sólo recibirá su legítima estricta sin cargas, si no acepta. El supuesto más frecuente es el del testador que deja al cónyuge viudo el usufructo de todos sus bienes y la nuda propiedad a sus hijos, con la advertencia de que el hijo que no acepte sólo recibirá la legítima estricta libre de toda carga. Pese a que su utilización es frecuentísima, nuestro Código Civil no ha previsto nunca una norma directa que regule esta cuestión.

*Otras fórmulas menos frecuentes, como sostiene Román García*²⁶, serán articularla en función de la prohibición de intervención judicial (juicio de testamentaria o de partición hereditaria). Mediante prohibición de enajenar lo recibido para mantener indivisa una explotación industrial, agrícola o fabril, sustituciones de descendientes del favorecido, etc.

Aunque se tratará de forma más pausada a continuación, a grandes rasgos y como introducción debo señalar que la doctrina ha debatido ampliamente sobre la validez de esta cláusula. Hay quienes se oponen a ella alegando en contra de su validez fundamentalmente las normas que de forma expresa prohíben gravar la legítima. Los partidarios de su eficacia insisten en que el supuesto de hecho es subsumible en el art. 820.3 Código Civil según el cual "Si la manda considera en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos

24. Véase la STS 863/2011, de 21 de noviembre, ECLI:ES:TS:2011:8159, dónde analizaba la inclusión de una legitimaria (hija) en la prohibición impuesta por su madre en testamento y la eficacia de la *cautela socini* respecto de todas las hijas.

25. Vázquez Lemos, A., *La cautela... una duda existencial...*, cit, pág. 456.

26. Román García, A.M.; De Peralta Carrasco, M y Casanueva Sánchez, I., *Derecho...*, cit, pág. 212.

forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de la que podía disponer libremente el testador.”

Se afirma que, en definitiva, los hijos o descendientes podrán optar entre no aceptar la disposición testamentaria y recibir su legítima estricta sin gravamen, o recibir una porción mayor a la que tienen derecho a cambio de aceptar el gravamen. De la legítima se predica la intangibilidad cualitativa (ex artículo 813 del Código Civil) y cuantitativa (ex artículo 815 del Código Civil) y esta última deberá ser respetada en todo caso por el causante porque si la partición lesionara los derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio.

En general, la reiterada doctrina jurisprudencial, se muestran favorables a su admisión; puesto que la renuncia se produce una vez abierta la sucesión voluntariamente por el legitimario; no siendo vulnerada la legítima en caso de no aceptar la condición impuesta por el testador tratando la *cautela socini* (ex art. 820.3 CC) garantizar el bienestar del cónyuge viudo mediante el respeto de los hijos a la elección efectuada por el cónyuge viudo²⁷.

En sentido estricto y como conclusión, se considera a la *cautela socini* como aquella previsión testamentaria concedida al legitimario que le otorga la potestad de elegir entre aceptar la disposición del testador por la que le concede más de lo que por legítima le corresponde pero sujetando ésta a gravamen, o limitándose a percibir con exclusividad lo que le corresponde en virtud de la legítima y renunciando al exceso. Sintetizando estos dos conceptos, es claro que la *cautela socini* no puede alcanzar a la legítima estricta. Es decir, el causante puede poner limitaciones o prohibiciones y dar la opción al legitimario de aceptarlas o verse reducido a percibir la legítima estricta; pero ésta resulta intangible. Por tanto, no cabe que una prohibición que la afecte y si se trata de prohibir la intervención judicial, nunca podrá impedir que la persona legitimaria acuda a los Tribunales en protección de la legítima estricta.

De cualquier manera, los debates esenciales, las grandes controversias en torno a la figura y las principales Sentencias emanadas por el Tribunal Supremo Español en torno a la interpretación, validez y límites de la *cautela socini* son tratadas a continuación en una amplia revisión jurisprudencial al respecto.

3.2. La intangibilidad de la legítima

Muy brevemente y sin restarle la importancia debida, pero acotando su exposición, abordamos la intangibilidad de la legítima desde la perspectiva expuesta en

27. Véase la reciente SAP de Madrid 6173/2025, de fecha 9 de mayo, ECLI:ES:APM:2025:6173, analizando un posible vicio de la voluntad de la actora o una posible actuación dolosa del resto de legitimarios, concretando la lectura del notario de las disposiciones testamentarias, y que la propia actora eligió no aceptar la elección de su propia madre como usufructuaria universal, resultando el efecto de la cláusula de *cautela socini* atribuir la legítima a la actora.

la STS 863/2011, de 21 de noviembre, como precedente inmediato de la insigne STS 731/2014, que aborda el mismo contexto fáctico, pero cada pronunciamiento analiza un aspecto distinto del conflicto familiar. En concreto, la primera se centra en la herencia materna, constituyendo así ambas resoluciones dos perspectivas complementarias de un mismo litigio sucesorio²⁸.

En el supuesto abordado, en su testamento, la madre estableció expresamente varias disposiciones. En nuestro caso destaca la prohibición de acudir a la vía judicial en relación con la partición testamentaria. No obstante, las hijas consideraron que se estaba produciendo una vulneración de sus derechos legítimos, por lo que ejercitaron acciones judiciales con el objetivo de preservar su legítima. Frente a ello, los hermanos favorecidos con la donación alegaron que la actuación de sus hermanas contravenía las disposiciones testamentarias de la madre y que aquellas debían quedar reducidas a la legítima estricta.

El Tribunal señala que el artículo 820.3 del Código Civil constituye el único precepto legal que contempla expresamente la *cautela socini*, y lo hace únicamente en relación con el usufructo universal o renta vitalicia. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina han extendido su aplicación a otras cargas o limitaciones impuestas por el testador, siempre que no afecten a la legítima estricta. Diversas sentencias del Tribunal Supremo han validado esta figura, pero dejando claro que su eficacia nunca puede alcanzar al núcleo intangible de los derechos legítimos, resaltando que:

Al entender que el acudir a la intervención judicial en defensa de la legítima estricta, no permite la aplicación de la *cautela socini*.

La solución que alcanza el Tribunal Supremo respecto al conflicto planteado es totalmente contraria a la de 2014, concluyendo de forma clara que el testador no puede condicionar ni restringir el ejercicio de los derechos legítimos mediante la imposición de una *cautela socini* que afecte a la legítima estricta. De este modo, se considera que cualquier cláusula testamentaria que prohíba el acceso a la vía judicial para la defensa de esta porción hereditaria mínima es contraria al principio de intangibilidad de la legítima, justificando que el acceso a los tribunales para este fin es un derecho que no puede ser restringido ni penalizado por voluntad testamentaria. En particular, el Alto Tribunal declara que la sanción establecida por la testadora (que pretendía reducir a la legítima estricta a quienes impugnaran judicialmente el

28. STS 8159/2011, de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:8159), se desestimó el recurso de casación motivándolo al entender que el acudir a la intervención judicial en defensa de la legítima estricta, no permite la aplicación de la *cautela socini*, la desestimación de la demanda que había interpuesto estos actuales recurrentes, significa que no sólo se desestima respecto a los anteriores, sino también respecto al doña Mercedes. En ninguna de ellas se le aplica, prescindiendo de si ésta ejercitó o no la acción judicial. Es decir, no se aplica la sanción que imponía la testadora, porque se había defendido la legítima estricta.

testamento) carece de validez y eficacia, y su aplicación supone una infracción del artículo 675 del Código Civil.

Esta interpretación supone una reafirmación y consolidación de una línea jurisprudencial previa, que se remonta a fallos como el de 19 de noviembre de 1901, en los que se ha sostenido que no puede impedirse la impugnación judicial de disposiciones testamentarias que vulneren derechos legítimos. Incluso en pronunciamientos posteriores, como la STS 5013/2007, el Tribunal ya había declarado que no procedía sanción alguna si los legítimos se limitaban a solicitar el complemento de su legítima²⁹.

Se configura como una línea jurisprudencial coherente, que protege los derechos legítimos frente a cualquier intento de restringirlos mediante disposiciones testamentarias contrarias al orden público sucesorio y la computación de las liberalidades para fijar las legítimas³⁰.

4. Evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo

4.1. Antecedentes

En su trayectoria, la jurisprudencia ha optado una postura de indiferencia a la hora de abordar la validez y la eficacia de la *cautela socini*. De hecho, no es hasta una época muy reciente que nuestra jurisprudencia ha admitido nítida y expresamente esta figura para el Derecho Civil. Esta falta de pronunciamiento llamaba la atención puesto que la *cautela socini* era una figura que, con carácter general y de forma habitual, quedaba consagrada dentro de las disposiciones del testador.

El principal problema que acontecía y que provocaba la falta de pronunciamiento al respecto se debe a que los litigantes habían situado el debate en torno a cómo debía ser interpretada la *cautela socini*, en vez de cuestionar su validez. Una validez que se daba por supuesta por las partes, órganos judiciales y registrales, cuyo debate fue

29. STS 5013/2007, de 15 de junio (ECLI:ES:TS:2007:5013) estableció que para compensar la lesión en la legítima de las actoras, calculada en base a lo expuesto en los fundamentos jurídicos, y, una vez conocida la cuantía exacta de dicha legítima, lo que se hará en ejecución de sentencia, se procederá al complemento de la legítima y, reducción de las donaciones, en su caso, en la forma que previenen, los fundamentos jurídicos de esta sentencia, con las consiguientes rectificaciones parciales o total de la referida partición.

30. Determina el fundamento jurídico quinto, de la anterior STS 5013/2007, que la computación de las liberalidades para fijar las legítimas (artículo 818 Código Civil), que es una operación necesaria y distinta de la colación, que es la aportación a la masa hereditaria, también en forma ideal o numérica, de las donaciones, siempre que se den los presupuestos del artículo 1035 y el testador no lo haya prohibido (artículo 1036). La computación comprende todas las donaciones hechas por el causante, es necesaria e imperativa para fijar las legítimas, y no se ve la razón por la que el donatario, por haber recibido una donación haya de aportar a la masa hereditaria los frutos de lo donado cuando la misma no perjudica derechos legítimos de nadie.

asumido definitivamente, ante las poco pragmáticas posturas de la doctrina, por los tribunales³¹.

Desde la perspectiva de la *cautela socini*, el año 2014 ha de catalogarse como el año clave, puesto que la STS de 10 de junio de dicho año marca un punto de inflexión en la materia, tanto desde el punto de vista de su validez, como de su interpretación³², permitiendo al testador otorgar a los legitimarios un valor superior a su legítima si cumplen una condición o prohibición.

Sin embargo, la jurisprudencia anterior a 2014 ha tenido pronunciamientos diversos sobre la *cautela socini*, existiendo resoluciones que van desde la admisión y validez de esta, hasta su inaplicación o la moderación de su intensidad³³.

En los inicios, muchas sentencias establecían los efectos de la inclusión en el testamento de la *cautela socini*, admitiéndola vagamente, pero sin pronunciarse en profundidad sobre la validez o no de la cláusula.

Los interesantes comentarios jurisprudenciales, como es el caso de la STS de 30 de enero de 1995, sustentan posiciones doctrinales como es el caso donde el causante dispuso en su testamento que otorgaba el usufructo universal y vitalicio a favor de su esposa, al tiempo que instituyó como únicos herederos universales a los dos hijos habidos dentro del matrimonio:

Según Roca Sastre esta cautela Socini o Gualdense es una cláusula lícita, y añade Vallet de Goytisolo que si al testador no le es lícito gravar la legítima del hijo, en cambio no es ilícito que el hijo acepte cualquier gravamen sobre su legítima³⁴.

Esta sentencia estableció una cláusula consistente en que aquel de los herederos que no respetara dicho usufructo únicamente tendría derecho a recibir lo que por legítima estricta le correspondiese. El usufructo atribuido a la cónyuge viuda se encuadraba dentro del tercio de mejora y del tercio de libre disposición, conforme a lo establecido por la normativa aplicable.

No obstante, con posterioridad a la apertura de la sucesión, se produjo la aparición de una hija extramatrimonial que no había sido preterida en el testamento intencionalmente, y que interpuso acción en defensa de su legítima, alegando una

31. Fajardo Fernández, Javier, “Cláusula testamentaria prohibitoria y cautela sociniana. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014 (5816/2014)”, Comentarios a las Sentencias de unificación de la doctrina (civil y mercantil), Dykinson, volumen 6, 2012-2013, págs. 723-740.

32. Véase la trascendental STS 838/2014, de fecha 10 de junio, ECLI:ES:TS:2014:5816, la cuál marca un hito jurisprudencial sobre la *cautela socini* para determinar que la interpretación jurisprudencial deberá centrarse en la interpretación y aplicación de esta cláusula testamentaria cumpliendo la voluntad íntegra del testador.

33. Ragel Sánchez, Luis Felipe, *La cautela gualdense...*, cit., pág. 314

34. STS 51/1995, de 30 de enero (ECLI:ES:TS:1995:9727), comenta la resolución que bajo el imperio del Derecho común era frecuente que los testadores dejaran a sus hijos una porción hereditaria que excediera de la legítima, pero sometida a limitaciones o gravámenes, y si el hijo no se hacía cargo de estos o atacaba la última voluntad, debía dejársele reducido a la legítima estricta.

infracción del principio de intangibilidad cualitativa derivada de la atribución del usufructo.

Como resultado del proceso judicial, se resolvió que la viuda solo podría recibir en plena propiedad el tercio correspondiente a la libre disposición, mientras que el usufructo vitalicio únicamente podría recaer sobre el tercio de mejora.

Destacamos también la STS 739/1999, donde el testador designó como heredera a su esposa y, al mismo tiempo, legó a sus progenitores ciertos bienes y derechos en concepto de legítima. Sin embargo, algunos de dichos bienes se encontraban gravados con una carga consistente en una renta vitalicia a favor de la cónyuge supérstite. Ante tal situación, los legatarios interpusieron una acción de impugnación respecto de la referida carga, alegando que la constitución de la renta vitalicia suponía una lesión de su legítima. No obstante, el Alto Tribunal desestimó dicha pretensión, considerando que no se había producido infracción alguna del régimen de legítimas, puesto que los beneficiarios habían aceptado previamente la legítima en los términos en que fue otorgada, incluyendo ese gravamen que sobre ella pesaba³⁵.

La STS 1132/2001, la recurrente impugnó en casación la validez de una cláusula testamentaria por la cual se atribuía al cónyuge viudo el usufructo universal de la herencia, alegando que dicha disposición vulneraba su legítima estricta conforme al artículo 813.2 del Código Civil. En fase de recurso modificó sustancialmente su posición inicial, lo que supuso una alteración radical del objeto procesal y de los fundamentos del recurso. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, al considerar que se introducía una cuestión completamente nueva en casación, lo que contraviene el principio de congruencia procesal y las garantías de contradicción. Asimismo, aclaró que el artículo 820.3 del Código Civil otorga directamente al legitimario la facultad de optar entre aceptar el gravamen del usufructo universal con una mayor participación, o recibir exclusivamente su legítima estricta, sin necesidad de que el testador lo prevea expresamente. Por tanto, al haberse declarado válida la cláusula testamentaria, la legitimaria debía ejercer dicha opción en el momento procesal oportuno y no en sede casacional. El Tribunal concluyó, por tanto, que no procedía aplicar la *cautela socini* en este caso, especialmente cuando era la propia recurrente quien inicialmente había negado su aplicación, lo que impedía otorgarle efectos de oficio sin incurrir en incongruencia procesal:

35. STS 5644/1999, de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:1999:5644), parte de la base de que el precepto del párrafo primero del artículo 133 (Compilación de Derecho Civil de Cataluña) es de derecho necesario -y que su vulneración produce la ineficacia *ipso iure*-, de la no aplicabilidad al caso del párrafo segundo del propio artículo referido a la *cautela socini*, para entender que la cláusula testamentaria litigiosa debió ser tenida por no puesta. Pero a continuación dice: “no obstante lo cual, no puede revocarse el pronunciamiento de la sentencia que estima la demanda promovida por la instituida heredera”, porque los legatarios recibieron como legado en pago de legítima, no sólo los bienes sobre que se impuso la obligación sino también otros, y no se ha producido prueba que permita establecer que la atribución efectuada a los legitimarios -apelantes-, incluida la carga impuesta, sea inferior a la legítima, y, por consiguiente, no procede eliminar dicha carga, teniéndola por no puesta.

Como dice acertadamente la sentencia recurrida, no se puede acceder a las pretensiones de la legitimaria demandante y aplicar de oficio la cautela sociniana que la propia demandante niega sea virtual en su propia demanda, entrañaría incongruencia con sus pretensiones³⁶.

En el supuesto de la STS 715/2003, el causante dispuso a favor de su esposa el usufructo universal sobre la totalidad de su herencia e instituyó como herederas universales por partes iguales a sus dos hijas, condicionando dicha atribución a que ambas respetasen íntegramente el usufructo conferido a la cónyuge viuda. Asimismo, estableció expresamente que, en caso de que alguna de ellas incumpliera dicha condición, ambas quedarían reducidas a recibir únicamente lo que por legítima estricta les correspondiese. Ante la negativa de una de las hijas a aceptar la carga impuesta, se ejecutaron las consecuencias previstas en la cláusula testamentaria, por lo que la viuda pasó a recibir en plena propiedad el tercio correspondiente a la libre disposición. El Tribunal Supremo, en esta sentencia³⁷, ratifica la validez de la denominada *cautela socini*, considerando que la misma se ajusta al marco legal sucesorio y no vulnera los derechos legitimarios.

Por su parte en la STS 339/2010, el testador impuso diversas cargas a los legitimarios, entre las que se incluía la obligación de respetar determinados legados, así como la designación de una sociedad como administradora de los bienes hereditarios por un período de diez años. La eficacia de estas disposiciones quedaba supeditada a que los legitimarios acatasen la voluntad del causante, disponiendo que, en caso de incumplimiento, su participación se reduciría a la legítima estricta. La sentencia analiza la controversia doctrinal existente en torno a la validez de este tipo de cláusulas. El Tribunal reconoce la existencia de una corriente doctrinal mayoritaria que avala la legalidad de este tipo de disposiciones testamentarias, en la medida en que buscan preservar la voluntad del causante sin vulnerar el contenido esencial de la legítima. Frente a ella, se sitúa una postura minoritaria que considera que tales cláusulas constituyen un fraude de ley, al imponer condiciones que pueden desvirtuar los derechos legitimarios, disponiendo que:

Aun cuando parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante aboga por su validez por su clara utilidad y el hecho de que no se

36. STS 9482/2001, de 03 de diciembre (ECLI:ES:TS:2001:9482), en este litigio la recurrente ha creído nulo el usufructo porque el testador no le ha concedido expresamente la opción. Declarada la validez de la disposición testamentaria, ha de optar, y no lo puede hacer, como pretende, en un recurso de casación.

37. STS 4886/2003, de 10 de julio, (ECLI:ES:TS:2003:4886), la interpretación errónea del art. 675 del Código Civil, que pretende que la sustitución debe limitarse al supuesto de premoriencia, hay que destacar que, con independencia de que el art. 774.2 del mismo cuerpo legal expresa que la sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior a menos que el testador disponga lo contrario, no toma en cuenta que nos hallamos ante un testamento notarial y de cierta complejidad y en el que el testador otorga a su cónyuge el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia, pero establece asimismo que en caso de que no fuese aceptada dicha fórmula por cualquiera de sus hijos y herederos, se trueca en la plena propiedad del tercio de libre disposición.

coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta³⁸.

El pronunciamiento se alinea con la doctrina mayoritaria, validando la cláusula en tanto que no contraviene los límites legales establecidos para la legítima.

4.2. Interpretación vigente de la *cautela socini* (STS de 10 de junio de 2014)

Especial relevancia en la materia que trata el presente trabajo es la que aporta la STS 838/2013, de 10 de junio, debido a la diversidad de aspectos que son tratados en la misma, y cuyo eje principal es que pone fin a la falta de unificación jurisprudencial que la *cautela socini* arrastraba acerca de su validez y eficacia, principal problema que a lo largo de los años se mantuvo vigente en nuestro país.

Un breve resumen fáctico nos adentrará en la problemática surgida y abordada por la resolución³⁹, el conflicto enfrenta a cinco hermanos, dos varones y tres mujeres, en un complejo litigio sucesorio iniciado tras el fallecimiento de sus progenitores, quienes en vida habían cedido casi la totalidad de las acciones de una importante sociedad inmobiliaria a los hijos varones. Aunque todos aceptaron en su momento las particiones de herencia, las hermanas terminaron impugnando judicialmente dichas operaciones al considerar que la donación de acciones realizada en 1972 vulneró su legítima, al no haberse incluido en el cómputo hereditario.

El conflicto jurídico, desarrollado a lo largo de más de dos décadas, se articuló en cuatro procesos paralelos, dos de los cuales fueron promovidos por las hermanas y dos por los hermanos. Las cuestiones centrales giraron en torno a si dicha donación debía computarse para calcular la legítima, y a la eficacia de las cláusulas testamentarias que sancionaban con la legítima estricta a quien impugnara las disposiciones del testamento, ya que el causante manifestó expresamente su voluntad de que la

38. STS 2529/2010, de 27 de mayo (ECLI:ES:TS:2010:2529) sobre la validez de la citada disposición testamentaria incorporándose al Código Civil, y así el apartado 3º del artículo 820 dispone que -Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador-, lo que supone la reducción de su porción hereditaria a la legítima.

39. STS 838/2013, de 10 de junio (ECLI:ES:TS:2014:5816), La redacción literal de las cláusulas controvertidas en el testamento es la siguiente: Octava.- Se prohíbe absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaria, aun cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidor; Novena.- Si por uno o varios de los herederos se incumpliere cualquiera de las prohibiciones contenidas en las cláusulas octava y décima, quedarán automáticamente instituidos herederos en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes; Décima.- Quiere expresamente el testador que se respeten totalmente y con estricta fidelidad las donaciones y legados, cualquiera que fuese su importancia y cuantía, que en vida haya hecho a cualquier persona y muy especialmente a su esposa e hijos, por lo que no tendrán tales liberalidades el carácter de colacionables, prohibiéndolo así sus herederos.

tramitación de la herencia se realizara por vía extrajudicial, confiando dicha función al contador-partidor.

En primer lugar, con respecto a la validez y límites de la *cautela socini*, los magistrados que integraban la Sala Primera, del Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de casación e infracción procesal consideraron que el ejercicio de la facultad del testador para disponer y distribuir su patrimonio, incluida la posibilidad de incorporar la *cautela socini* en el testamento, no vulnera los límites que impone la legítima. Esto se debe a que su configuración conlleva necesariamente una opción que garantiza al legitimario la percepción de su porción legítima, es decir, la legítima estricta, salvaguardando así su derecho esencial dentro de la sucesión:

No se observa, por tanto, que la potestad dispositiva y distributiva del testador que supone la cautela socini infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, pues la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela, determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta.

Asimismo, se añadió que únicamente aquellas impugnaciones que cuestionan directamente las disposiciones testamentarias adoptadas por el causante, son las que se oponen frontalmente a dicha previsión, lo cual activa, como medida sancionadora, la atribución de la legítima estricta.

Por el contrario, aquellas impugnaciones que tengan por objeto denunciar irregularidades en la ejecución del testamento, como son la omisión de bienes integrantes del caudal hereditario, la asignación de bienes sin haber procedido previamente a la liquidación de la sociedad de gananciales, o la inclusión de bienes que no forman parte del patrimonio hereditario, entre otras, quedan al margen de la sanción prevista por el testador. Al ser contrarias a la norma, tales impugnaciones no pueden vincularse, ni de manera general ni específica, con la prohibición testamentaria derivada de la aplicación de la *cautela socini*, y, en consecuencia, no dan lugar a la penalización correspondiente.

El Tribunal también se pronunció con motivo de fijar los criterios que permitan una distinción entre la cláusula prohibitoria y *cautela sociniana*. Estableció que cláusula prohibitoria y *cautela sociniana* no son dos categorías necesariamente excluyentes, e incluir a la primera en la segunda o no hacerlo depende fundamentalmente de la amplitud con que se defina la sociniana debiendo analizarse las perspectivas metodológicas del sistema de legítimas con incidencia en la libertad de testar⁴⁰.

40. Señala el apartado 7, del citado fundamento jurídico segundo que la libertad de testar deberá ser analizada desde un prisma integrador, esto es, “tanto de su función o papel de límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador, como su función de derecho subjetivo del legitimario con extensión a las acciones que en beneficio propio, y a su arbitrio, pueda ejercitar en defensa de su legítima”.

Siguiendo con lo anterior, el Tribunal Supremo dedica los apartados 6 a 10 del fundamento jurídico segundo, a desarrollar una larga reflexión sobre la naturaleza y validez de la *cautela sociniana* en general. Según él, aunque podría parecer que desde el punto de vista del testador la cláusula es válida (porque permite al legítimo elegir una opción en la que recibe el mínimo legal) y desde el punto de vista del legitimario no (porque no se le puede prohibir que defienda ante los tribunales su derecho subjetivo a recibir la legítima que legalmente le corresponda), ambos no son contradictorios, sino complementarios, y por tanto la *cautela sociniana*, en general, es válida. Desglosando lo dictado por el Tribunal Supremo se identifican las siguientes ideas:

- Señala que desde el plano doctrinal, conviene destacar que la figura de la *cautela socini* ha sido ampliamente reconocida en la práctica testamentaria como una herramienta habitual dentro de las facultades dispositivas del testador, especialmente en línea con las más recientes manifestaciones de las denominadas *cautelas* de opción compensatoria⁴¹.
- La controversia gira, esencialmente, en torno a su posible carácter ilícito, al entenderse que puede suponer una carga indebida sobre la legítima de los herederos forzosos. Esta discusión no ha sido completamente resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuya doctrina se ha orientado, en gran medida, hacia un enfoque casuístico, valorando las circunstancias concretas de cada supuesto y, en particular, el alcance de la prohibición de acudir a los tribunales como parte de la *cautela*. Las resoluciones judiciales han oscilado entre la validación de esta figura y su inaplicación.
- Establecen que para un correcto análisis de la problemática que plantea la interacción entre la *cautela socini* y el sistema de legítimas, es imprescindible partir de las coordenadas metodológicas que ofrece este último, ya que incide de manera directa en la delimitación de la libertad de testar. La legítima cumple una doble función dentro del ordenamiento sucesorio: por un lado, actúa como límite objetivo a la capacidad dispositiva y distributiva del testador, restringiendo su autonomía en favor de determinados herederos forzosos; y, por otro, constituye un derecho subjetivo del legitimario, que le permite, en su calidad de titular de ese derecho, ejercitar las acciones pertinentes para su protección y defensa ante cualquier menoscabo.
- A partir de esta dualidad funcional, se hace necesario distinguir los diferentes planos desde los cuales puede abordarse el estudio de la legítima. Así, en el pla-

41. Sin embargo, no puede pasarse por alto la controversia que históricamente ha suscitado su utilización, cuestionada por parte de la doctrina científica desde los orígenes de la figura en el siglo XVI, cuando fue defendida por el jurista Mariano Socino Gualdense, quien emitió un dictamen favorable a su aplicación, al concretar que “el Derecho se halla al servicio de la vida, y hay que interpretarlo -pronunciarlo- de modo que cumpla sus fines” procurando “suavizar y adaptar la intangibilidad de la legítima romana y dar mayor libertad a los padres testadores”.

no estrictamente valorativo, la legítima como límite a la libertad de testar resulta especialmente relevante para determinar la validez de determinadas cláusulas testamentarias, como es el caso de la *cautela socini*, en cuanto instrumento que condiciona la atribución patrimonial a la no impugnación del testamento. Este análisis permite examinar si dicha figura vulnera, o no, los límites que impone el sistema de legítimas al poder de disposición del causante.

- Por otro lado, desde una perspectiva más funcional y procesal, la legítima entendida como derecho subjetivo conecta directamente con la facultad del legitimario de acudir a la vía judicial en defensa de su derecho, ya sea para reclamar su porción legítima o para cuestionar disposiciones testamentarias que la afecten.
- Esta diferenciación entre la legítima como límite estructural del sistema sucesorio y como derecho subjetivo ejercitable resulta fundamental para una interpretación sistemática de la cuestión, ya que permite ubicar con mayor claridad los márgenes de actuación tanto del testador como del legitimario, y delimitar los efectos jurídicos derivados de figuras como la *cautela socini* dentro del testamento.
- En cuanto a la interpretación sistemática de la *cautela socini*, el Tribunal fija en la sentencia que debe comenzar, necesariamente, por el examen de su validez conceptual dentro del marco del contenido dispositivo del testamento. Este análisis requiere tener presente el papel que desempeña la legítima en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que es el límite impuesto por el legislador a la libertad del causante para organizar su sucesión. Así, en la medida en que la legítima constituye una restricción objetiva a la autonomía de la voluntad del testador, debe valorarse si la introducción de esta figura vulnera dicho límite⁴².
- Desde esta óptica, la respuesta de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria ha sido favorable a la admisión de la *cautela socini* como una cláusula lícita en el ámbito sucesorio. Si bien es habitual que esta figura se exprese en términos que pudieran parecer sancionadores (pues prevé consecuencias jurídicas desfavorables para el legitimario que impugne el testamento), lo cierto es que, analizada en su esencia, no implica una infracción del régimen de legítimas, ni constituye un supuesto de fraude de ley.
- Lejos de imponer una condición ilícita o de constituir una carga directa sobre la legítima, lo que supondría una contradicción al artículo 813 del Código Civil, la *cautela socini* se configura como una facultad alternativa atribuida al legitimario poseyendo plena libertad para optar, conforme a su propio interés,

42. Dispone el párrafo 8, del fundamento jurídico segundo, que se otorga plena validez conceptual de esta figura: “En este sentido, y atendida la función de la legítima como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la *cautela socini*”.

entre dos vías: la primera consistente en aceptar la disposición testamentaria en los términos fijados por el causante o impugnarla judicialmente para reclamar la porción legítima estricta que le corresponde, renunciando en consecuencia a cualquier mejora adicional o atribución complementaria. Esta configuración permite, incluso, que el legitimario pueda optar por renunciar íntegramente a la herencia, una vez abierta la sucesión, ejerciendo de manera libre y consciente su voluntad sucesoria.

- En este contexto, puede afirmarse que el testador, al introducir una cláusula de estas características, no está transgrediendo los límites legales derivados del sistema de legítimas, sino que está articulando una fórmula que, dentro del respeto al ordenamiento jurídico, busca preservar la coherencia de su voluntad mortis causa. La legitimidad de este planteamiento se refuerza, además, cuando la partición hereditaria es realizada por el propio testador, conforme a lo previsto en los artículos 1056 y 1075 del Código Civil, lo que evidencia que la autonomía dispositiva del causante no desaparece, sino que coexiste con los derechos de los herederos forzosos, siempre que se respeten sus límites esenciales.
- Desde el plano conceptual, la *cautela socini* puede considerarse conforme a derecho cuando se estructura como una opción voluntaria ofrecida al legitimario, y no como una coacción o sanción que vulnere su legítima. La clave de su validez reside, precisamente, en que la decisión final corresponde siempre al heredero forzoso, quien, en ejercicio de su libertad, podrá aceptar, rechazar o impugnar las disposiciones testamentarias según le convenga, sin que ello implique una transgresión de sus derechos legitimarios fundamentales.
- Prosiguiendo la coherencia con la línea argumentativa previamente desarrollada y atendiendo a la importancia que la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo venía reconociendo al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, cabe destacar que dicho principio dejó de concebirse como una simple pauta interpretativa, para adquirir el rango de auténtico principio general del Derecho. Esta evolución ha tenido una especial proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones, donde dicho principio se concreta en la aplicación del llamado *favor testamenti*, es decir, la tendencia a preservar la validez del testamento siempre que ello sea jurídicamente posible⁴³.
- Resulta más comprensible que el enfoque centrado en la legítima como derecho subjetivo del legitimario, en especial en lo que respecta a la posibilidad de acudir a la vía judicial para preservar su intangibilidad, no debía entenderse en oposición con la dimensión conceptual. En efecto, desde una perspectiva jurídico-dogmática, la cláusula testamentaria que impide el recurso a los tribu-

43. En este sentido, cabe citar diversos pronunciamientos del Alto Tribunal que consolidan esta interpretación, como las STS de 30 de octubre de 2012, STS de 20 de marzo de 2013 y STS de 28 de junio de 2013 entre otras.

nales frente a las actuaciones del comisario contador-partidor no compromete el contenido sustancial del derecho del legitimario, quien mantiene íntegra su facultad de ejercer las acciones legales en defensa de su legítima. La eficacia de dicha prohibición opera exclusivamente en el ámbito de la voluntad del testador, en tanto constituye un elemento configurador de la opción prevista en la *cautela socini*, sin que ello implique contradicción alguna entre los planos materiales y testamentarios que estructuran esta figura.

Los efectos de su aplicación son reconocidos en la necesidad de trazar una distinción clara entre las impugnaciones que pueden ser legítimamente prohibidas por el testador y, en su caso, sancionadas con la reducción de derechos hereditarios, y aquellas que deben permitirse incluso si el testamento las proscribiera⁴⁴. El problema radica en evitar que una interpretación excesivamente restrictiva vacíe de contenido el derecho del legitimario a defender su legítima, al tiempo que se preserve la eficacia de la voluntad del testador. En este sentido, se sostiene que el mínimo indisponible que garantiza el equilibrio entre ambas dimensiones es precisamente la legítima estricta.

Desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial, se acepta generalmente que el legitimario debe conservar el derecho a impugnar cuando no dispone de otra vía para comprobar si se han vulnerado sus derechos. Además, se ha planteado que solo debería aplicarse la sanción testamentaria si la acción resulta infundada. La jurisprudencia mayoritaria avala esta visión flexible. Son numerosas las resoluciones que permiten la impugnación pese a la existencia de una cláusula prohibitiva, mientras que los supuestos en que se ha sancionado al legitimario por impugnar han sido históricamente excepcionales. De este modo, el criterio dominante es que la sanción prevista en la *cautela socini* solo debe operar cuando la impugnación carece manifiestamente de fundamento.

4.3. Su armonización con los derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española

Analizamos, en último lugar de este recorrido, la importante STS 254/2014, de 3 de septiembre, que versa sobre aplicación de la *cautela socini* por reclamación litigiosa de un legado. En este caso el testador, sin tener herederos forzosos, otorgó diversos legados y designó a un albacea contador-partidor, incluyendo una cláusula que prohibía expresamente la intervención judicial en la herencia, en forma de *cautela socini* y bajo sanción de pérdida del legado en caso de incumplimiento y acrecentando su

44. Desde la validez conceptual de la figura, como sostiene el párrafo 11, del fundamento jurídico segundo, se debe indicar que: “solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria”.

parte al caudal hereditario remanente. Uno de los legatarios acudió a los tribunales para impugnar la actuación del albacea, al considerar que había dificultado el pago de los legados. El tribunal, en aplicación estricta de la cláusula testamentaria, declaró la pérdida del legado para el demandante, al haber contravenido la voluntad del causante al iniciar un procedimiento judicial⁴⁵.

En este caso, el Tribunal Supremo se pronuncia remitiéndose a su propia jurisprudencia que caracteriza y delimita la validez de la *cautela socini*, y fija como nueva doctrina jurisprudencial que no se opone ni entra en colisión con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva consagrados en el artículo 24 de la Constitución Española⁴⁶, de forma que no está sujeta a una interpretación restrictiva más allá del marco legal que configura la STS 838/2014, antes ya tratada.

El Tribunal se manifiesta también sobre la relación entre la *cautela* y la actuación del albacea y son varias, a la vez que peculiares, las afirmaciones sentadas en esta sentencia del Tribunal Supremo. Dispone el Tribunal que, pese a que no existe legitimario alguno, la doctrina jurisprudencial de *cautela socini* es de aplicación, e incluso, ampliando así el ámbito de aplicación de *cautela*:

puede alcanzar a cualquier beneficiario de la herencia, ya sea este heredero o, como el caso que nos ocupa, legatario de la misma. En este sentido, la interpretación de la cláusula testamentaria (cuarta del testamento) no ofrece lugar a dudas -al prohibir la intervención judicial en la herencia- esto es, con independencia de que dicha intervención sea operada por los herederos o por los legatarios.

45. STS 254/2014, de 03 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:3743), trata la validez de la *cautela socini* dispuesta como el carácter injustificado de la intervención judicial a raíz de la acción de remoción del cargo de albacea, donde se aprecia la ineficacia del legado por no darse las condiciones previstas en la cláusula testamentaria

46. El derecho a la tutela judicial es el equivalente, en el Derecho anglosajón, a la obligación de respetar el due process of law, que también aparece contemplado en las Enmiendas VI y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América. Es el derecho a la tutela judicial efectiva un auténtico derecho fundamental de carácter autónomo y con contenido propio (STC 89/1985), pero igualmente el Tribunal Constitucional precisa, en relación con su naturaleza, que no es la de un derecho de libertad ejercitable sin más, directamente a partir de la Constitución, sino la de un derecho de prestación, que sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal (STC 99/1985). De forma muy sucinta se podría estructurar, siguiendo a los profesores De Esteban y González-Trevijano, de la siguiente forma. En primer lugar, tenemos el derecho de libre acceso a los Jueces y Tribunales; en este sentido la STC 223/2001 señala que desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, este Tribunal ha venido reiterando que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial proclamado por el artículo 24.1 CE consiste en el acceso a la jurisdicción; con idéntico sentido encontramos también las SSTC 73/2004, 237/2005, 119/2008, 29/2010. Ello implica tres cuestiones; primera, dirigirse al órgano judicial competente; segunda, la admisión de cualquier tipo de pretensión -independiente es evidentemente que prospere o no-; tercera y última, el costo de los procesos no puede ser un obstáculo (el artículo 119 de la Constitución consagra la justicia gratuita en los términos que establezca la ley, en concreto, la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita). En segundo lugar está el derecho a obtener una sentencia que ponga fin al litigio suscitado en la instancia adecuada (SSTC 144/2003, 290/2006, 24/2010). En tercer término, el derecho al cumplimiento de la sentencia (artículos 117.3 y 118 CE y SSTC 224/2004, 282/2006, 20/2010). Por último, en cuarto lugar, el derecho a entablar los recursos legales (SSTC 37/1993, 111/2000, 21/2002, 59/2003). En lo que respecta al procedimiento civil, en relación con el 24 CE, en esta materia de recursos, ver el artículo 469.1.4 y 469.2, sobre el recurso extraordinario por infracción procesal en el proceso civil de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En segundo lugar, el Alto Tribunal expresa que es crucial diferenciar la función de la legítima como límite a la libertad dispositiva del testador y como derecho subjetivo del legitimario y ha de partirse de la base de que la *cautela socini* no constituye un fraude de ley, ni un gravamen ilícito sobre la legítima:

La aplicación de la cautela socini, en el presente caso, no guarda relación con el carácter justificado o no del ejercicio de la acción de petición del legado, sino que trae causa de la previa intervención judicial provocada por la legataria en su demanda de remoción o separación del cargo de albacea, de 8 de mayo de 2009, contrariando e esta forma lo dispuesto por el testador (cláusula sexta del testamento).

Además, pese a que se basa en la libertad dispositiva y distributiva del testador relacionada con la libertad de testar, y como se había propugnado con la anterior sentencia, solo los contenidos dirigidos a combatir este ámbito de libertad son los que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria.

Por tanto, lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la *cautela socini* es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la *cautela socini*:

La respuesta, en el presente caso, debe ser afirmativa en ambos sentidos pues tanto de la disposición testamentaria aplicable (cláusula sexta), en donde se le nombra albacea -con las más amplias facultades, incluso para entregar legados-, como lo dispuesto por el artículo 902 del Código Civil, regla 3ª -vigilar la ejecución de todo lo demás ordenado en el testamento y sostener, siendo justo, su validez en juicio u fuera de él-, se observa que el albacea contador partidario al no proceder al pago o entrega del legado de cantidad lo hizo conforme a lo dispuesto en el testamento ante el incumplimiento de la prohibición ordenada, lícitamente, por el testador (cláusula quinta)⁴⁷.

En este caso, el Tribunal infirió que el contenido impugnatorio trataba de combatir el ámbito dispositivo ordenado por el testador, ya que lo que se pretendía era la remoción del albacea y, por consiguiente, la alteración de lo ordenado y querido por el mismo. Sin embargo, autores como Sánchez Socías, entienden que en este caso el Tribunal Supremo se pronuncia de manera precipitada sobre la *cautela sociniana*, “desconociendo la historia y tratando de complementar la STS 10 de junio con la de

47. Como señala el fundamento de derecho segundo, en su apartado sexto, el presente caso “se encuadra, técnicamente en los supuestos de ineficacia derivada de la extinción de un legado, valido *ab initio*, pero ineficaz por no darse las circunstancias o condiciones prevista a tal efecto”.

3 de septiembre de 2014, en la que ni siquiera hay legitimarios”⁴⁸, ampliando el concepto de la figura a todo tipo de sanciones testamentarias que traten de combatir lo dispuesto por el testador independientemente de la existencia de herederos forzosos.

4.4. Consolidación jurisprudencial posterior

La línea jurisprudencial inaugurada con la sentencia de 10 de junio de 2014 que marcó un punto de inflexión entorno a la figura de la *cautela socini* ha sido posteriormente reafirmada y desarrollada por posteriores sentencias del Tribunal Supremo.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la STS 717/2014, de 21 de abril de 2015, en la que se contempla expresamente la validez de una cláusula testamentaria que prohíbe cualquier tipo de intervención judicial en el ámbito de la herencia, estableciendo como consecuencia que los herederos o legatarios que actúen en contra de dicha prohibición pierdan los derechos que les hubieran sido atribuidos. En dicha resolución, se insiste en que no basta con constatar la existencia de una actuación judicial para aplicar la sanción derivada de la *cautela socini*, sino que debe analizarse el contenido y la finalidad de la impugnación formulada. Solo aquellas acciones que persigan directamente alterar o impugnar el esquema dispositivo y particional establecido por el testador entran dentro del ámbito de la prohibición, dando lugar, por tanto, a la aplicación de la sanción testamentaria, que se traduce en la atribución exclusiva de la legítima estricta:

Conforme al contexto doctrinal descrito, no cabe duda que el contenido impugnatorio del testamento y partición que subyace en la acción ejercitada por la heredera demandante, ya sea calificada de acción de suplemento, del artículo 815 del Código Civil, ya sea de acción de rescisión de la partición, del artículo 1074 del Código Civil, se dirige a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por la testadora, de forma que incurre frontalmente en el marco de la prohibición dispuesta y comporta la sanción correspondiente, esto es, el acrecimiento de los derechos hereditarios a favor de los demás herederos y la atribución de la legítima estricta al beneficiario impugnante. En este caso, de la legítima prevista en la Compilación de Navarra⁴⁹.

En el caso concreto, la demandante interpuso una acción tendente a cuestionar el contenido de las disposiciones testamentarias, contrariando de forma directa la

48. Sánchez Socías, Luís. “La constitucionalidad de la *cautela socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima”, revista el Notario del Siglo XXI, número 59, enero 2015, Colegio notarial de Madrid, en ella se pronuncia el autor sobre la novedad jurisprudencial concretando que: “La novedad principal de la jurisprudencia de 2014 es afirmar que la *cautela socini* no impone a los herederos o legatarios una renuncia ilegítima al derecho del artículo 24.1 de la Constitución”.

49. STS 717/2015, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2015:1929), en este caso, la testadora había contemplado la *cautela socini* en la cláusula undécima de su testamento, con el siguiente tenor: “Prohíbe toda intervención judicial en su herencia y expresamente dispone que aquel que impugnase lo establecido en este testamento, por cualquier motivo, quedará privado de cualquier derecho sobre la herencia de la testadora”.

voluntad expresada por la causante. Por ello, el Tribunal acordó que debía quedar reducida a la legítima estricta, perdiendo los derechos sucesorios que le habían sido previamente conferidos.

De igual forma resolvió el Tribunal Supremo en su Sentencia 248/2018, al concluir que la *cautela socini* es admisible dentro de la libertad de testar y de elección del legitimario (no afectando al plano material, en cuanto a que el legitimario tiene todos sus derechos a defender su legítima, y sí pudiendo afectar a aquellos contenidos impugnatorios que se dirijan a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador). Esta sentencia alega que tal *cautela* no puede operar cuando ampara un acto ilícito o contrario a derecho:

Lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la cautela socini es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la cautela socini⁵⁰.

Por su parte, las STS 464/2018, de 19 de julio⁵¹, son especialmente relevantes al reiterar la aplicación de la *cautela socini* en contextos sucesorios donde no existían herederos forzosos, lo que refuerza y consolida el criterio interpretativo establecido ya por la STS 838/2014. En esta sentencia se confirma la validez de la *cautela socini* como cláusula testamentaria que permite al causante condicionar la atribución de derechos sucesorios, estableciendo que su incumplimiento puede dar lugar a la pérdida de lo atribuido más allá de la legítima estricta. No obstante, el Alto Tribunal aclara que no toda intervención judicial activa automáticamente esta sanción, sino que debe analizarse el contenido y finalidad de la actuación procesal. Solo se considera infringida la cláusula cuando el legitimario o legatario cuestiona el esquema distributivo ordenado por el testador.

50. STS 248/2018, 25 de abril (ECLI: ES:TS:2018:1507), desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurrirán frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. “Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción”.

51. STS 2854/2018, de 19 de julio (ECLI:ES:TS:2018:2854), también interesa puntualizar que el objeto de la aplicación de la *cautela socini*, esto es, el recurso a la intervención judicial en el presente caso, no queda referenciado en la propia acción de petición o entrega del legado de cantidad que dio curso a la demanda ejercitada, pues en su correcto entendimiento la petición del legado y su ejercicio justificado constituye una facultad inherente a la posición jurídica del legatario que el testador no puede abrogar o limitar ya que, en su caso, articula el derecho del legatario a obtener, conforme a la disposición testamentaria, el pago de su legado.

Concretamente, el Tribunal distingue entre la legítima acción de petición de legado, que no infringe por sí misma la cláusula restrictiva, y las múltiples actuaciones judiciales de los demandantes, incluidas acciones civiles, mercantiles y penales, que tienen por objeto alterar la voluntad del causante, cuestionando la distribución hereditaria y el desempeño del albacea. Al considerar que estas impugnaciones exceden el ejercicio legítimo de defensa de derechos y buscan modificar la estructura sucesoria fijada en el testamento, el Supremo entiende que se ha vulnerado la prohibición establecida por el testador, procediendo así la aplicación de la *cautela socini* y la correspondiente pérdida de los derechos testamentarios discutidos.

Aún más cercana es la STS 199/2020, que resuelve un conflicto sucesorio derivado de la impugnación de acuerdos adoptados en una junta de accionistas. Tras múltiples procedimientos paralelos, el Tribunal Supremo analiza la validez del ejercicio de derechos por parte de los legatarios, así como la eficacia del legado en cuestión, y aplica con claridad la *cautela socini* prevista en el testamento, que prohibía expresamente cualquier intervención judicial bajo pena de pérdida de los derechos legados.

El Alto Tribunal ratifica que la *cautela socini* opera como una condición testamentaria válida en ausencia de herederos forzosos, y cuya transgresión por parte de los legatarios, al promover múltiples acciones judiciales, incluyendo la impugnación del albacea y del reparto heredado, activa legítimamente la sanción prevista.

En conclusión, el Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre la *cautela socini*, afirmando que su eficacia sancionadora se proyecta cuando la intervención judicial tiene por finalidad alterar la voluntad del testador y no simplemente proteger la legítima estricta. La sentencia reconoce que, en tales supuestos, es jurídicamente procedente que el legatario pierda sus derechos sucesorios si incumple la condición establecida, reforzando así la autonomía de la voluntad testamentaria frente a impugnaciones injustificadas.

Conclusiones sucintas

La *cautela socini* posee una presencia significativa en la práctica jurídica, al ser incorporada con frecuencia en testamentos y aplicada en un elevado número de procesos hereditarios. Frente a las restricciones impuestas por el principio de intangibilidad de la legítima, muchos testadores recurren a esta cláusula como mecanismo para modular el reparto de sus bienes, buscando una mayor autonomía dispositiva dentro de los márgenes permitidos por el ordenamiento jurídico.

El análisis de la *cautela socini* en relación con el usufructo del cónyuge viudo en el sistema sucesorio español evidencia la tensión existente entre la libertad dispositiva del testador y la garantía de los derechos de los legitimarios, además, esta cláusula testamentaria se configura como un mecanismo útil para equilibrar ambos princi-

pios, permitiendo al causante organizar su sucesión sin vulnerar el contenido esencial de la legítima.

Dentro del ámbito jurisprudencial, especialmente desde la STS 838/2014, se ha consolidado la validez de la *cautela socini* siempre que se configure como una opción libre y voluntaria del legitimario. Este pronunciamiento supuso un punto de inflexión, al entender que dicha cláusula no vulnera el contenido esencial de la legítima ni contraviene el artículo 813 del Código Civil, dado que no impone un gravamen forzoso sobre la legítima, sino que deja al legitimario la elección entre aceptar la disposición testamentaria, con una atribución mayor sujeta a cargas, o limitarse a recibir su legítima estricta libre de condiciones. Esta interpretación ha sido acogida por la doctrina mayoritaria, al considerar que no existe coacción, sino una manifestación válida de la autonomía de la voluntad.

Además, el Tribunal Supremo ha delimitado los supuestos en los que la aplicación de la *cautela socini* puede desplegar efectos sancionadores. Esta distinción garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución Española, afirmando el Alto Tribunal que ningún testador puede privar al legitimario del derecho a acudir a los tribunales para reclamar su legítima. Así, se evita que la *cautela socini* se convierta en una cláusula disuasoria contraria al orden público sucesorio.

Con el paso de los años la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ampliado progresivamente el ámbito de aplicación de la *cautela socini*, extendiéndola más allá de los supuestos con legitimarios y tratando de resolver los conflictos y controversias que se suscitaban alrededor de esta figura, avalando su validez incluso en herencias sin herederos forzosos, permitiendo su aplicación a cualquier beneficiario, sea heredero o legatario. Bajo mi punto de vista, esta evolución demuestra la versatilidad de la figura como mecanismo para reforzar la voluntad del testador en distintos escenarios sucesorios. No obstante, debe tenerse en cuenta que la *cautela socini* exige una redacción testamentaria técnica y precisa, ya que su aplicación puede generar graves conflictos si no se delimita adecuadamente. La distinción entre impugnaciones legítimas, que no activan la sanción, y aquellas que se oponen frontalmente a la voluntad del causante es especialmente delicada, por lo que al respecto se ha requerido un análisis casuístico por parte de los tribunales.

En definitiva, la figura se ha consolidado como un instrumento eficaz para articular la sucesión conforme a los deseos del testador, en particular para proteger al cónyuge viudo mediante el usufructo universal. El Tribunal Supremo, mediante una doctrina coherente y respetuosa con el principio del *favor testamenti*, ha contribuido decisivamente a su legitimación, aportando claridad interpretativa y reforzando la seguridad jurídica en materia sucesoria.

Bibliografía

- Acedo Penco, Ángel, *Compendio de derecho de sucesiones*, Dykinson, 2ª edición, 2024, pág. 122.
- Albentosa del Río, J; Badenas Carpio, JM, Cobas Cobiella, ME. *Derecho de sucesiones*, 2ª edición, 2023, Tirant lo Blanch, pág. 209.
- Blasco Gascón, Francisco de paula, *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, 2018, Tirant lo Blanch, pág. 119.
- Díez Picazo, L y Gullón Ballesteros, A. *Sistema de derecho civil, Vol. IV (Tomo I): Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. Tecnos, 2012, pág. 23.
- Fajardo Fernández, Javier, “Cláusula testamentaria prohibitoria y cautela sociniana. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2014 (5816/2014)”, *Comentarios a las Sentencias de unificación de la doctrina (civil y mercantil)*, Dykinson, volumen 6, 2012-2013, págs. 723-740.
- Fuenteseca, M. y Noriega, L., *Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias*, Bosch Editor, 2020, pág. 455.
- López y López, Ángel Manuel, *Derecho de sucesiones*. 4ª edición. Tirant lo Blanch, 2023, pág. 131.
- Ragel Sánchez, Luis Felipe, *La cautela gualdense o socini y el artículo 820.3º del Código Civil*, Dykinson, 2004, págs. 126-127.
- Roca Sastre, Ramón maría, *Estudios de Derecho Privado, Tomo II. Sucesiones*, Bosch, 1948, pág. 199.
- Román García, A.M.; De Peralta Carrasco, M y Casanueva Sánchez, I., *Derecho de Sucesiones*, Dykinson, 2ª edición, 2020, pág. 201.
- Sánchez Hernández, Á., *El usufructo universal viudal y el artículo 820.3 CC*, Thomson Reuters, 2020, pág. 75.
- Sánchez Socías, Luís, “La constitucionalidad de la *cautela socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima”, *revista el Notario del Siglo XXI*, número 59, enero 2015, Colegio notarial de Madrid.
- Vázquez Lemos, Ana, *La cautela socini : una duda existencial. En: Derecho de sucesiones*, JMB Bosch, 2020, págs. 350-358.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 14/11/2025 || Aceptado: 04/12/2025

Radiografía sobre la fiscalidad de la caza: una materia imponible al servicio del poder tributario propio de las CC.AA. Especial referencia a la aplicación del impuesto extremeño sobre aprovechamientos cinegéticos

Radiography of hunting taxation: a taxable subject matter at the service of the autonomous communities' own tax power, with special reference to the application of the Extremaduran tax on game exploitation

María Sonia García Bachiller  0009-0009-7550-8566

Profesora de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Extremadura, España.
msgarciab@unex.es

Juan Calvo Vérguez  0000-0002-6988-687X

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Extremadura, España.
jucaver@unex.es

Resumen

El presente trabajo analiza el régimen fiscal aplicable a la actividad de la caza, con especial atención al Impuesto sobre aprovechamientos cinegéticos, tributo propio de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Partiendo de la delimitación del poder tributario regional se estudian los principales elementos que integran el esquema liquidatorio del citado gravamen, analizándose además la proyección del régimen fiscal de la caza en los principales Estados de la Unión Europea.

Palabras clave: Unión Europea; Constitución Española; Comunidades Autónomas; Extremadura; Poder tributario regional; tributo propio; LOFCA; sector de la caza; Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos.

Abstract

This paper analyzes the tax regime applicable to hunting, with particular attention to the Hunting Rights Tax, a tax specific to the Autonomous Community of Extremadura. Starting with the delimitation of regional taxing power, the main elements comprising the tax assessment scheme for this levy are examined. It is also analyzed the tax regime for hunting in the main Member States of the European Union.

Keywords: European Union; Spanish Constitution; Autonomous Communities; Extremadura; Regional taxing power; own tax; LOFCA; hunting sector; Tax on Hunting Resources.

Sumario

1. Concepto y límites del poder tributario. Marco normativo del poder tributario de las CC.AA.
2. Principios generales y específicos del ordenamiento tributario regional
 - 2.1. Principios constitucionales tributarios aplicables al ordenamiento tributario regional
 - 2.2. Principios específicos del ordenamiento tributario regional
 - 2.3. La especial importancia del principio de coordinación
3. La fiscalidad sobre el aprovechamiento de cotos privados de caza. La aplicación del Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos de Extremadura
 - 3.1. El Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos de la Comunidad Autónoma de Extremadura
4. La fiscalidad de la caza en los principales países europeos
 - 4.1. Tributos sobre la caza en Portugal
 - 4.2. Tributos sobre la caza en Italia
 - 4.3. Tributos sobre la caza en Francia
5. Reflexiones finales

I. Concepto y límites del poder tributario. Marco normativo del poder tributario de las CC.AA.

Podemos definir el poder tributario como el conjunto de potestades atribuidas por el ordenamiento a determinadas instituciones públicas (Parlamento y Poder Ejecutivo) y a entes públicos territoriales, cuya concreción depende de la organización político-territorial del Estado mismo (en relación con nuestro ordenamiento, Comunidades Autónomas y Municipios). Existen en consecuencia tantos poderes tributarios como ordenamientos, a pesar de que no todos ellos presenten el mismo contenido (el municipal ofrece, como es sabido, un alcance menor que el estatal). Todos ellos cuentan además con un conjunto de fuentes y normas comunes, comenzando por la propia Constitución.¹

La determinación del poder tributario debe realizarse separándola de la situación jurídica del acreedor tributario. Ciertamente se trata de conceptos que, en ocasiones, aparecen mezclados. La Administración constituye un acreedor privilegiado, dada la presunción de legalidad que caracteriza a algunos de sus actos, la existencia de otras presunciones a su favor en relación con aspectos concretos de la obligación tributaria o la propia autotutela del crédito tributario, con una pluralidad de manifestaciones concretas muy importantes. Incluso la propia ejecución del crédito ha constituido siempre una facultad del propio acreedor. Todas estas prerrogativas pertenecen, en consecuencia, a la cualidad de aquél.

¿Cuál es el contenido del poder tributario? Dicho poder abarca el establecimiento de tributos, el ejercicio de la potestad reglamentaria y de organización, de interpretación, de decisión de pretensiones contra la propia gestión tributaria y del ejercicio de la actividad de inspección (investigación). Se trata de un conjunto de funciones que queda fuera del círculo conceptual de cualquier acreedor, por muy privilegiado que sea, dado que pertenecen justamente a otra esfera, en este caso, a un poder público concreto.

Frente al poder tributario los sujetos de derecho se hallan en una situación de sujeción. Si, por ello, entendemos que la posición de los privados no es la misma que frente al acreedor civil (donde la situación es de obligado), la citada afirmación sería cierta; ahora bien, si lo que se quiere decir es que el sujeto de derecho está inerte jurídicamente, la referida afirmación resulta más discutible.

1. Véanse a este respecto con carácter general, entre otros, los trabajos de ARSUAGA NAVASQUES, J. J., “El poder tributario en España”, *Crónica Tributaria*, núm. 34, 1980, CAZORLA PRIETO, L. M^a., “Consideraciones sobre el poder tributario. Su estructura en la Ley General de diciembre de 1963”, en la obra colectiva *Estudios de Derecho Tributario*, vol. I, IEF, 1979 y *Poder tributario y Estado contemporáneo*, IEF, 1981 y SAINZ DE VICUÑA, A., “El ámbito territorial de las normas tributarias”, en la obra colectiva *Estudios de Derecho Tributario*, vol. I, IEF, 1979.

El poder tributario representa un poder jurídico que, como tal, sólo puede ser ejercido en los términos previstos en las normas, quedando sometido al control del Tribunal Constitucional (TC) y de los Tribunales ordinarios. Como todo poder jurídico, ofrece un carácter abstracto, al no contemplar una situación concreta. Y es permanente, en el sentido de que no necesita ser revalidado. En suma, frente a la concreción y finitud que caracteriza a la situación de acreedor, el Poder presenta los rasgos de abstracción y permanencia.

Su estudio resulta del mayor interés en el marco de un Estado de Derecho, ya que permite conocer su origen (legitimación), sus manifestaciones concretas y tipificadas, sus límites y su control (constitucional y ordinario). En suma, se trata de un poder estrictamente jurídico.

Las fuentes del poder tributario son la Constitución y la ley. Ellas son las que le atribuyen carácter jurídico y las que le otorgan legitimación, como es lógico en un Estado de Derecho. Así las cosas, dentro de nuestro ordenamiento, las distintas manifestaciones del poder tributario antes indicadas detentan una legitimación y un apoyo constitucional concretos. Unas veces de manera directa, como sucede con el establecimiento de los tributos (art. 31 y 133 CE); y en otras ocasiones, a través de un conjunto de habilitaciones específicas a la Administración tributaria que son válidas, obviamente, para la Administración tributaria (arts. 97, 98 y 103) en relación con las potestades reglamentaria, de organización, de decisión de pretensiones en su propio círculo administrativo y de inspección o investigación.

Todos los principios constitucionales legitiman pues el ejercicio del poder tributario. Y, en la medida en que éste sólo puede ser ejercitado dentro de aquéllos, constituyen también su límite. Colocar el origen del poder tributario en la Constitución tiene un gran valor político, jurídico y científico. Ello no significa, sin embargo, que la ley no juegue también su papel, si bien como atribución primaria. Y es que la Constitución y la ley presentan dos vertientes distintas: como fuente de legitimación y como límite.

Dentro del poder tributario inciden además otros principios constitucionales generales (seguridad jurídica, no indefensión, tutela judicial efectiva, etc.), los cuales recorren todo el proceso de producción y aplicación de las normas. Su juego se da, de manera prioritaria, en la vertiente limitativa más que en la propiamente legitimadora.

Por otra parte siendo el poder tributario, por definición, un poder jurídico, todas sus manifestaciones se hallan sometidas a un control de esta naturaleza: desde su manifestación más importante (el establecimiento de tributos a través de un acto con valor de ley), el cual queda sometido al control de constitucionalidad, hasta cualquiera de las restantes exteriorizaciones, que resultan sujetas a la jurisdicción y a los tribunales correspondientes.

El poder tributario se encuentra asimismo unido al poder político y, más concretamente, al ordenamiento tributario. Ello explica que el conjunto de los Estados modernos conozcan de la existencia de varios poderes: estatal (o central), federal, regional (en aquellos Estados en los que exista este tipo de organización política) y municipal. En definitiva, el número de poderes tributarios dependerá de los distintos tipos de organización política existentes.

En todo caso, el poder tributario sólo se le reconoce a los entes de naturaleza política, esto es, a los entes públicos territoriales representativos de los intereses generales. Como ya sabemos, en nuestro Estado resulta posible aludir a la existencia de tres tipos de poderes: estatal, regional (CC.AA.) y municipal. Asimismo, la integración de España en la Unión Europea (UE) determina la existencia de otro poder tributario adicional, el correspondiente a la Comunidad Europea como Organismo Supranacional, con personalidad jurídica propia e Instituciones dotadas de poder específico.

Pues bien, la existencia de varios poderes tributarios dentro de un mismo Estado no supone una separación tajante entre ellos. Ni siquiera determina la existencia de ordenamientos estancos. En primer lugar, resulta de aplicación a todos ellos la Constitución, como norma fundamental que es común a todos ellos.

En segundo término, las leyes generales son de aplicación, normalmente, a todos los poderes. Por otra parte, la incidencia del principio de reserva de ley estatal exige un mínimo en relación incluso con los ordenamientos regional y municipal. Téngase presente que la existencia del poder tributario no determina por sí sola una obligación de dar o de hacer a cargo de los sujetos privados. Es necesario un hecho concreto previsto en la ley ante cada obligación concreta. Porque, si bien la tributación constituye, económica y sociológicamente, un fenómeno de “flujo continuo”, jurídicamente no es así. El Derecho permite discutir las manifestaciones del citado poder, exigiendo la interposición entre él y la obligación concreta de un hecho determinado y aislado y con una efectualidad predeterminada.

La actividad de control (constitucional y legal) y los órganos encargados de ella, son también de aplicación común. Y, finalmente, el poder tributario comunitario se superpone e incide sobre los tres poderes clásicos intraestatales.

Los preceptos constitucionales de atribución originaria de estos poderes son múltiples. Así, dispone el art. 133 CE que “La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante ley. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Por su parte, el art. 140 CE establece la autonomía de los Municipios, lo que implica la existencia de una atribución implícita de poder tributario. Y el art. 142 de la Norma Fundamental considera a los tributos propios de las Haciendas Locales como elemento principal de su financiación. Téngase pre-

sente a este respecto que el tributo propio constituye la expresión más adecuada del poder tributario de un Ente público.

A todo se ha de añadir que el art. 156 CE atribuye autonomía financiera (y, por ello, tributaria), a las Comunidades Autónomas. Y, en relación con el poder tributario comunitario, permite el art. 93 de la Norma Fundamental la atribución a una Organización internacional de competencias constitucionales.

Dentro de un plano constitucional, el poder financiero y tributario se concreta en la atribución de una serie de competencias constitucionales financieras: aprobar los Presupuestos, autorizar el gasto público y establecer y ordenar los recursos financieros necesarios para su financiación. Y, en un Estado de estructura plural en el que se produce una distribución vertical del poder político y, por ende, del poder financiero y tributario, tales competencias resultan atribuidas por la Constitución a los diferentes Entes públicos territoriales para el desarrollo y ejecución de sus competencias materiales.

Así, por ejemplo, en virtud de la trascendencia que el principio de reserva de ley adquiere en materia financiera y tributaria, son los órganos del poder legislativo del Estado (Cortes Generales) y de las CC.AA. (Asambleas Legislativas) lo que, a través de la ley, establecen la ordenación fundamental de la actividad financiera y tributaria. Debido a ello las competencias constitucionales tributarias son, en primer término, competencias de normación. El poder tributario se presenta como un poder normativo en materia tributaria cuyo titular coincide con el poder legislativo, esto es, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las CC.AA.

A la hora de analizar los límites existentes al poder tributario hemos de referirnos, en primer término, a aquellos que la Constitución impone al poder asumido por cada uno de los entes públicos territoriales que integran en Estado. Cuando el Estado o las CC.AA. legislan en materia financiera y tributaria, cuando establecen un tributo o aprueban sus respectivos presupuestos, se hallan limitados por el conjunto de los mandatos, principios y valores establecidos en la Constitución.

Los límites al poder tributario de los Entes públicos deben buscarse, en primer término, dentro de las normas y principios que integran la llamada “Constitución financiera” y que, en líneas generales, aspiran a afrontar y a resolver las siguientes cuestiones: cómo distribuir las competencias financieras para la organización y asignación de los recursos financieros disponibles y para la ordenación del gasto público entre los diferentes Entes públicos territoriales; y cómo distribuir las cargas públicas entre los ciudadanos que, de una parte, han de concurrir a su financiación (fijando los criterios de contribución al sostenimiento de los gastos públicos) y que, de otra, se han de beneficiar de la equitativa asignación de los fondos públicos disponibles.

La concurrencia de Entes públicos dotados de poder o competencias constitucionales representa la primera gran exigencia constitucional que han de respetar todos y cada uno de los titulares del poder tributario. Porque, si bien estos gozan en principio de una amplia libertad de configuración normativa de su Hacienda Pública, es decir, del sistema de ingresos y gastos que les permita desarrollar sus funciones y los fines propios de sus respectivos ámbitos territoriales y competenciales, esta inicial libertad de configuración supone el respeto de la libertad de configuración atribuida al resto de entes públicos territoriales. Tal y como declaró el TC en sus Sentencias 45/1986, de 17 de abril, y 13/1992, de 6 de febrero, el ejercicio del poder tributario de un ente público no puede suponer el vaciamiento o la anulación del ámbito competencial correspondiente a los restantes entes territoriales.

Junto a estos límites directamente derivados de la norma constitucional, es posible aludir a la existencia de un segundo bloque de límites contenidos en los principios generales que establecen los criterios de sujeción al poder tributario y que rigen la aplicación del ordenamiento interno, tanto en el tiempo como en el espacio.

¿Cuáles son los principales criterios de sujeción existentes en relación con el poder tributario? Tal y como hemos tenido oportunidad de precisar, el poder tributario es abstracto. Precisamente por ello demanda el establecimiento de un conjunto de criterios de sujeción que permitan su aplicación a determinadas situaciones y, por ende, a sujetos concretos. En efecto, son necesarios unos hechos determinados que habiliten a las Administraciones Públicas encargadas de la aplicación de los tributos, y a través de los cuales queden obligados los sujetos pasivos.

Si partimos de que el poder tributario representa una manifestación de soberanía, podríamos establecer una secuencia soberanía-territorio-poder tributario, máxime si tenemos en cuenta que aquella se ha ejercido teórica e históricamente sobre un territorio delimitado, siendo éste un presupuesto esencial de la soberanía misma.

Ahora bien, la anterior afirmación demanda efectuar un conjunto de precisiones. En primer lugar, el conjunto de las relaciones económicas y jurídicas presentan cada día un carácter más internacional, lo que otorga a los criterios de sujeción una complejidad e importancia notables. La territorialidad constituye un principio básico; representa el verdadero punto de partida, si bien cada día requiere la adopción de mayores correcciones y matizaciones. Y, en segundo término, dentro de una misma soberanía (ya se ponga la titularidad inmediata de la misma en el poder constituyente o en el poder constituido) existen distintos poderes tributarios (estatal, regional y municipal). Cada uno de ellos demanda sus propios criterios de sujeción. Se trata de una necesidad lógica, política y, finalmente, jurídica.

Ciertamente, el establecimiento de unos criterios de sujeción “justos” se presenta como una decisión difícil y muy influenciada por razones políticas, económicas y estrictamente recaudatorias. Han de buscarse criterios ajustados a la propia lógica

tributaria, lo que constituye una labor complicada, entre otras razones, porque no siempre los normalmente admitidos son indiscutibles.

Los ejemplos que podrían citarse como supuestos discutibles son muy numerosos y variados: el valor añadido puede gravarse en origen o donde se realice el consumo final; las rentas de capital mobiliario pueden tributar en el Estado desde el que se realiza la aportación o en el del prestatario pagador; las transmisiones *mortis causa* deben quedar sujetas al poder tributario correspondiente a la residencia del causante o causahabiente; el gravamen de los actos y negocios jurídicos sometidos a imposición puede realizarse en el Estado donde se celebren o en aquél donde hayan de surtir efecto; y los préstamos con lugar de pago definido pueden gravarse en éste o en el domicilio o la residencia del pagador.

En líneas generales, cada Estado o bloque de ellos suele preferir la adopción de unos criterios de sujeción a otros, según favorezcan o no a sus características y necesidades económicas.

El criterio de territorialidad, es decir, de sujeción al poder tributario del territorio con el que el contribuyente está suficientemente vinculado, tiene un carácter general, constituyendo el punto de partida básico de cualquier reflexión que pretenda realizarse. Dos son las principales razones de su extensión: de una parte, se ajusta bien a los conceptos de soberanía (en su vertiente económica) y poder tributario, que están en los orígenes de la imposición; y, de otra, supone, por la permanencia en que consiste la territorialidad misma, un consumo de servicios públicos en el territorio de que se trate, lo que justifica desde una perspectiva económica y política la sujeción. Una vez que el criterio de territorialidad ha adquirido una amplia aceptación en casi todos los Estados, interesa su mantenimiento y extensión, ya que la coincidencia en él evita el surgimiento de situaciones de doble imposición.

En el ámbito de aquellos tributos que tienen como objeto de imposición los bienes inmuebles, las explotaciones económicas o las actividades profesionales con base física, el criterio de territorialidad es aún más acusado. Y en el caso de los bienes inmuebles, este criterio aparece casi como indiscutible, salvo en determinados ordenamientos, en relación con el Impuesto sobre Sucesiones, aunque siempre con una técnica de deducción unilateral por lo pagado en otro Estado.

En el caso específico de los impuestos personales, universales por la afectación imperativa de toda la materia gravada al contribuyente, el criterio de sujeción viene determinado por la residencia habitual para las personas físicas. Basta la permanencia de un tiempo concreto mayoritario dentro de un período dado para que se considere la vinculación con un poder y, en consecuencia, la sujeción a un impuesto.

En relación con las personas jurídicas también juega de manera muy principal la vinculación con un territorio y, por ello, con un poder, al considerarse como criterio

de sujeción el domicilio social o la sede de su dirección efectiva. En estos impuestos personales se extiende cada vez más el criterio patrimonial de centro de intereses como manifestación de residencia habitual, que ofrece una mejor verificación y, probablemente, una mejor justicia que la simple relación física con un territorio.

¿Qué debe entenderse por centro de intereses? *A priori*, no nos hallamos ante una cuestión fácil. En primer lugar, habrá que atender al lugar donde un sujeto realiza su actividad empresarial o profesional. Y, en segundo término, donde gestiona su patrimonio. Se trata de un criterio que determina también la residencia habitual, aunque en realidad contiene una esencia distinta a la presencia física en un determinado territorio.

Por lo que respecta a los impuestos reales (transmisiones aisladas, elementos patrimoniales singulares, incrementos de patrimonio instantáneos y locales, actos jurídicos, consumo, etc.), la regla general es también la de la territorialidad.

En suma, la aplicación del criterio de territorialidad requiere una verificación administrativa, en ocasiones no fácil, dado que presenta un importante componente fáctico. De ahí que siempre que resulte posible, debido a la consideración del aspecto espacial del impuesto, deba buscarse la vinculación con el territorio que ofrezca menos dudas y que cierre el paso a fenómenos de simulación y de fraude de ley.

Tal y como indicamos anteriormente los criterios de sujeción acompañan necesariamente a todos los poderes tributarios ya que, dada la abstracción de estos, resultan imprescindibles para su aplicación y ofrecen una menor dificultad en su verificación, en la medida en que los hechos gravados presentan una más fácil delimitación y una ubicación territorial más limitada.

Así, dentro de nuestro ordenamiento se proyectan sobre las Comunidades Autónomas y los Municipios, siendo las dificultades distintas en cada ordenamiento: mientras las Comunidades Autónomas ofrecen una notable complejidad, los Municipios presentan una problemática mínima.

¿Cuáles son los criterios establecidos en el ordenamiento español? La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) se refiere a los mismos en su art. 11, de conformidad con el cual:

“Los tributos se aplicarán conforme a los criterios de residencia o territorialidad que establezca la ley en cada caso. En su defecto, los tributos de carácter personal se exigirán conforme al criterio de residencia y los demás tributos conforme al criterio de territorialidad que resulte más adecuado a la naturaleza del objeto gravado”.

Se trata de un precepto con un claro carácter subsidiario. No obstante, recoge la lógica fiscal, partiendo de la distinción entre tributos personales y reales: residencia para aquéllos y territorialidad para éstos.

Los criterios de sujeción al poder tributario pueden ser establecidos a través de vías diferentes. En primer lugar, por el Poder Legislativo de cada Estado, ya que todos los criterios resultan sometidos al principio de reserva de ley y, en consecuencia, de manera unilateral. Podríamos indicar que se trata de un método que acompaña siempre a una ley tributaria, dado que resulta consustancial a la misma, sin perjuicio de que con posterioridad puedan corregirse a través de un acuerdo internacional. Incluso podrían llevar una cláusula de reciprocidad internacional, aplicándose (cuando supongan una excepción en relación con el régimen tributario normal) si otro Estado (el que proceda) actúa de la misma manera con un residente del otro Estado. En definitiva, una cláusula de reciprocidad, como en cualquier otra materia.

Un segundo método de establecimiento de criterios de sujeción al poder tributario sería a través de un acuerdo de esta naturaleza (caso de los convenios para evitar la doble imposición). Esta fuente puede contribuir a limitar el poder tributario de cada Estado a través de la corrección o, simplemente, de un enunciado más ajustado a la realidad o a los intereses de cada interviniente, en relación con los que cada Estado hubiera establecido unilateralmente con anterioridad.

Dichos Convenios internacionales pueden presentar además una segunda finalidad, como es la de corregir (no ya evitar) la doble imposición que se produzca. Los métodos que se establecen para lograr la consecución de este segundo objetivo son diversos: método de exención, en virtud del cual la materia gravada en otro Estado contratante no tributa en el propio; y de imputación, en virtud del cual dicha materia tributa también en el Estado del que es residente, permitiéndose no obstante la deducción de lo pagado en el impuesto homólogo del otro Estado. Cada uno de estos métodos admite a su vez la adopción de variantes distintas.

Los llamados Convenios para evitar la Doble Imposición (CDIs) sirven al fomento de las relaciones económicas internacionales, facilitando la circulación de recursos humanos y económicos. Esta es ya una finalidad de carácter plausible. No obstante, y al mismo tiempo, contribuyen a la consecución de una mejor justicia tributaria, toda vez que tales fenómenos de doble imposición son, por definición, contrarios a la capacidad económica y a la equidad. Todo ello ha motivado que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) haya establecido y ofertado diversos modelos de convenios (sobre Renta, Patrimonio, Sucesiones, etc.) que han alcanzado una importante difusión y aceptación entre los Estados, obteniendo además una buena acogida en la doctrina, y situándose en una línea de colaboración entre las distintas Administraciones tributarias.

En el caso de los distintos poderes tributarios intraestatales (estatal, regional y municipal) los criterios de sujeción se determinan por el Poder Legislativo de cada Estado a través de leyes de coordinación, y siempre con respeto a la Constitución. Aquí la fijación unilateral no resulta posible, a diferencia de lo que sucede en el plano

internacional, ya que la Ley Fundamental vincula a todos ellos (también al estatal), lo que supone no un convenio (en sentido propio), y sí la conciliación por el Poder Legislativo de todos los aspectos e intereses en juego. Volvemos a insistir en la conveniencia de que estas leyes tengan carácter de orgánicas, tanto por la necesidad de una mayoría parlamentaria cualificada como por su especial fuerza de resistencia.

Un tercer grupo de límites, cada vez más importantes, son los derivados de la pertenencia del Estado a la comunidad internacional. La concurrencia de los poderes financieros y tributarios propios de los Estados que coexisten en el orden internacional tiende a provocar, en particular en materia tributaria, la aparición de problemas de doble imposición y de evasión fiscal internacional cuya solución puede afrontarse mediante la aplicación de normas de Derecho Tributario interno que integran el denominado “Derecho Tributario Internacional” o a través de normas convencionales pertenecientes al “Derecho Internacional Tributario” (Tratados Internacionales) que condicionan y limitan el poder impositivo de los Estados.

Finalmente hemos de referirnos a los límites impuestos al poder tributario del Estado como consecuencia de su adhesión a las Comunidades Europeas. En estas Comunidades creadas y creadoras de Derecho, junto a las normas que les dieron origen, y las que ellas mismas producen para el ejercicio y la realización de sus funciones, deben tenerse en cuenta un conjunto de principios (definidos básicamente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo), y un sistema de valores y objetivos.

Ha sido el citado Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien, a través de su jurisprudencia, ha venido perfilando los caracteres y los rasgos esenciales (eficacia y directa y primacía) que posibilitan la consolidación del Derecho Comunitario como ordenamiento y como sistema jurídico. Ahora bien, a pesar de que la eficacia directa y la primacía del Derecho Comunitario se hallan implícitas en los Tratados, el fundamento y la fuente de validez de estos últimos y, por consiguiente, del Derecho Comunitario derivado, se halla en las Constituciones internas de los Estados miembros. Y es que el carácter supranacional con el que se refleja la especificidad del Derecho Comunitario no supone reconocer a este ordenamiento jurídico una fundamentación al margen de las Constituciones nacionales de los Estados.

Con carácter general las Comunidades Autónomas gozan de un amplio poder tributario que recorre todas las manifestaciones del mismo, esto es, no ya sólo la aplicación de los tributos, sino también la creación de éstos (tributos propios) y la normación de determinados elementos de la estructura de los tributos cedidos, principalmente el tipo de gravamen. Este amplio poder jurídico al que nos referimos representa una manifestación concreta, quizás la más importante, de la autonomía tributaria y, en definitiva, del autogobierno atribuido por la Constitución a las Comunidades Autónomas.

La amplitud de este poder normativo en el ámbito de los tributos propios resulta especialmente significativa. No es, lógicamente, absoluta, con independencia de la incidencia de los principios constitucionales (reserva de ley, generalidad y capacidad económica, fundamentalmente). Téngase presente a este respecto que la reserva de ley establece un contenido mínimo que debe ser respetado por el legislador de cada Comunidad Autónoma.

En materia de tasas este poder normativo deberá respetar los presupuestos legales que dan lugar a su establecimiento (utilización de dominio público o realización de actividades administrativas), así como su incidencia particular en el sujeto pasivo y el límite del coste del servicio o actividad. Y, en relación con las contribuciones especiales, los límites presentan un carácter paralelo: realización de una obra pública o establecimiento o ampliación de un servicio público; incidencia particular sobre el sujeto pasivo y límite del coste de la obra o servicio.

Finalmente, por lo que respecta a los impuestos propios, habrán de ser respetados los distintos principios específicos establecidos al efecto por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), a saber: territorialidad, no interferencia y separación de ordenamientos. A estos límites hay que añadir aquellos que resulten del ordenamiento tributario de la Unión Europea, los cuales inciden sobre el conjunto de poderes tributarios de los Estados miembros y, en consecuencia, también sobre los de las CC.AA.

2. Principios generales y específicos del ordenamiento tributario regional

Esta diferenciación que proponemos entre principios generales y específicos dentro del ordenamiento tributario de las CC.AA. responde, a nuestro juicio, a la idea de que los primeros, integrados por los llamados principios constitucionales, resultan de aplicación al conjunto de los ordenamientos, incluido obviamente el de estos entes territoriales. En cambio los segundos únicamente serían de aplicación a las Comunidades.

A pesar de ello cabe aludir a la existencia de un conjunto de situaciones peculiares. Así por ejemplo existen determinados principios contenidos en la Norma Fundamental (caso de los principios de coordinación y solidaridad) que tienen su razón de ser en la existencia de las CC.AA. y en la necesidad de proceder a armonizar su poder financiero y, más precisamente, su poder tributario, con el Estado y con los restantes entes públicos.

2.1. Principios constitucionales tributarios aplicables al ordenamiento tributario regional

La aplicación del principio de generalidad al ordenamiento tributario autonómico no debe plantear problema alguno por el simple hecho de la diversidad tributaria a que pueda dar lugar la autonomía tributaria de las Comunidades Autónomas. Téngase presente que el citado principio únicamente adquiere su verdadero sentido en el círculo de un mismo poder. En consecuencia será dentro de cada Comunidad donde pueda discutirse la eventual vulneración del mismo.

Dispone el art. 19.2 de la LOFCA que “En el ejercicio de las competencias normativas [...] las Comunidades Autónomas procurarán mantener una presión fiscal efectiva global equivalente a la del resto del territorio nacional”. Lo cierto es, sin embargo, que esta indicación legislativa carece de un verdadero valor normativo propiamente dicho, no vinculando en consecuencia a las citadas entidades.

Es más, ni siquiera creemos que se esté refiriendo de manera directa al citado principio de generalidad, dado que la existencia de una eventual falta de paralelismo en la presión fiscal no tiene por qué provenir de discriminaciones subjetivas o de grupos, no permitiendo en consecuencia una reacción jurídica de los contribuyentes en base a la transgresión de la indicada generalidad.

Por su parte el principio de capacidad económica no parece plantear en este ámbito las dudas que, en determinados casos, podía llegar a suscitar en el ámbito del Derecho Tributario Municipal, debido a la menor importancia que adquieren los casos de doble imposición en el plano autonómico, actualmente limitados a los impuestos cedidos y, más precisamente, a la participación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) a través de la técnica del “tramo interno” en lugar de la del “recargo externo”.

Por lo que a los impuestos propios se refiere, la situación ha venido complicándose en los últimos tiempos a la luz de la aparición de figuras impositivas tales como los impuestos sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente, sobre las grandes superficies, etc., muchas de ellas recurridas ante el Tribunal Constitucional y, en determinados casos, declaradas inconstitucionales.

De cualquier manera, su juego potencial parece ser el mismo que el que podría originarse en cualquier otro ordenamiento tributario, debiendo considerarse como un método de creación de tributos y como límite ante esa misma producción. El propio Tribunal Constitucional ha insistido en la necesidad de respetar este límite en relación con la creación de tributos al señalar en su Sentencia 221/1992, de 11 de diciembre, que:

“El principio de capacidad económica opera, por tanto, como un límite al poder legislativo en materia tributaria. Aunque la libertad de configuración del legislador deberá, en todo caso, respetar los límites que derivan de dicho principio constitucional, que quebraría en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente o ficticia”.

Mayores dudas plantea el juego del principio de reserva de ley, específicamente en relación con nuestra Constitución. Recuérdesse que dicha reserva lo es de una ley estatal, esto es, promulgada por las Cortes Generales. La invocación que se efectúa a la misma en los arts. 31.3 y 133.1 de la Ley Fundamental no deja lugar a dudas.

La redacción de este último precepto es especialmente clara. El principal argumento constitucional quedaría recogido en el número segundo del precepto, cuando establece que “Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales podrán establecer y exigir tributos de acuerdo con la Constitución y las Leyes”. Estas leyes para las CC.AA. son las estatales, con independencia de que lo puedan ser también las suyas propias.

Obsérvese por tanto como la Constitución delega en el legislador estatal la función y la responsabilidad de concretar el sistema de distribución de competencias financieras y tributarias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, limitándose al señalamiento de los principios básicos a los que el legislador estatal ha de ajustar su libertad de configuración normativa. Tal y como precisa el TC en su Sentencia de 13 de julio de 2000:

“La Constitución no predetermina cuál haya de ser el sistema de financiación autonómica, sino que atribuye esa función a una Ley Orgánica, que cumple de este modo una función delimitadora de las competencias financieras estatales y autonómicas previstas en el art. 157 CE”.

Lógicamente la Ley estatal ha de presentar un contenido mínimo, debiendo regular el conjunto de elementos esenciales del tributo a la luz de las finalidades de la reserva. Ahora bien, teniendo presente que las CC.AA. podrán producir leyes o disposiciones con fuerza de ley, ¿ha de seguir siendo el contenido mínimo de la ley estatal el mismo o debe, por el contrario, reducirse en el caso de los tributos de tales Comunidades?

A priori la Constitución permite dos posibilidades. Una primera, de carácter implícito, sería que la normación tributaria de las CC.AA. se hiciese por leyes estatales (orgánicas u ordinarias) y sin carácter exhaustivo, permitiendo así una coordinación normativa a través de leyes autonómicas complementarias.

Y una segunda alternativa sería proceder a articular la normación tributaria autonómica a través de la configuración de una Ley orgánica específica que tendría necesariamente un carácter general básico y armonizador de los dos poderes tributa-

rios en juego (estatal y autonómico). Esta segunda posibilidad queda expresamente recogida en el art. 157.3 CE, de conformidad con el cual:

“Mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el precedente apartado primero (relativas a los ingresos tributarios, entre otras), las normas para resolver conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado”.

Pues bien el Poder Legislativo hizo uso de esta segunda facultad establecida bajo la expresión “podrá regularse”, que resultaba más lógica, debido a su carácter de ley general y orgánica, así como más operativa, al regular y armonizar la relación entre poderes tributarios en una misma disposición y no en una pluralidad de normas sucesivas.

Así las cosas la LOFCA de 1980, dictada a consecuencia de este planteamiento constitucional, ha cubierto la exigencia de reserva de ley estatal a través del establecimiento de una normación global y mínima de cada categoría de tributos. En relación con las tasas y las contribuciones especiales incorpora la citada ley orgánica la doctrina clásica elaborada en torno a estas dos categorías tributarias y sus límites tradicionales y lógicos de coste del servicio o de la obra. Incluso con posterioridad se ha añadido la doctrina legal y jurisprudencial elaborada por el TC acerca de los precios públicos.

El principio de igualdad, proyectado sobre la distribución del poder entre los diferentes entes públicos territoriales del Estado, se manifiesta básicamente en las exigencias del art. 139.1 CE, de conformidad con el cual, “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”, y del art. 138.2 CE, a cuyo tenor “las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales”.

Ahora bien, debe quedar claro que el principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes.

2.2. Principios específicos del ordenamiento tributario regional

Con carácter general el llamado principio de instrumentalidad, derivado del art. 156.1 CE, se traduce en la explícita vinculación constitucional entre las competencias financieras y las competencias materiales de las Comunidades Autónomas. La autonomía financiera de éstas se vincula “al desarrollo y ejecución de las competencias” que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las Leyes.

Esta conexión o vinculación constitucional entre potestades o competencias financieras y el ámbito material de las competencias comporta una doble consecuencia. En primer lugar, de carácter negativo, en cuanto límite para las CC.AA., dado que éstas ostentan la titularidad de los poderes que les confiere el bloque de la constitucionalidad (y entre ellos, obviamente, el poder financiero y tributario) sólo en los límites de sus competencias. Y, en segundo término, la referida vinculación competencial determina una consecuencia de carácter positivo, que se concreta en el hecho de que la autonomía y, desde luego, la suficiencia financiera de las CC.AA., forman parte del contenido inherente de su ámbito material de competencias, constituyendo una garantía de su autonomía política.

En definitiva, el poder financiero se concreta en la atribución a los entes públicos territoriales de las competencias financieras necesarias para atender a la realización de sus competencias materiales, de manera tal que sin competencias financieras no existen o son puramente nominales las competencias materiales atribuidas a las Comunidades Autónomas. Éstas deben disponer de los recursos necesarios y suficientes para la prestación de los servicios correspondientes a las competencias que asumen.

Al amparo del llamado principio de territorialidad, la eficacia y el alcance territorial de las normas y de los actos de las CC.AA. vienen impuestos por la organización territorial del Estado, respondiendo a la necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por las distintas Comunidades Autónomas.

Como es sabido, este principio de territorialidad queda establecido en el art. 9 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas de 1980, de conformidad con el cual los elementos patrimoniales, rendimientos, gastos, negocios, actos, hechos y transmisiones sólo pueden gravarse por las Comunidades Autónomas si existe una vinculación, es decir, un punto de conexión determinado, con su territorio. Dicha vinculación con el territorio puede referirse a la ubicación de los bienes, a la generación de los beneficios o gastos, al nacimiento o cumplimiento de las obligaciones o a la residencia de los adquirentes de los bienes. Ya el propio art. 157.2 CE se encarga de precisar que las CC.AA. no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio.

No obstante, a pesar de que la formulación de este principio parece sencilla, lo cierto es que su establecimiento y aplicación se presenta en determinados casos complicado. Así, por ejemplo, es perfectamente discutible el lugar donde ha tenido lugar la celebración de un determinado negocio jurídico, donde se ha obtenido un rendimiento o se ha realizado un gasto, o donde debe cumplirse una concreta obligación.

Porque, si bien el principio de territorialidad resulta clarificador cuando se gravan bienes, actividades o determinados gastos, no sucede lo mismo en otras situaciones. De ahí precisamente la necesidad de los llamados puntos de conexión, que no son sino criterios de vinculación legales con un concreto poder tributario a través de los cuales podemos precisar a cuál de los distintos poderes (central, regional o municipal) queda sometido un determinado hecho.

Por otra parte, y tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 118/1996, de 27 de junio, 126/2002, de 23 de mayo y 168/2004, de 3 de octubre, el límite territorial de las normas y actos de las Comunidades Autónomas no puede significar, en modo alguno, que les esté vedado a sus órganos, en el ejercicio de sus competencias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional.

El principio de no interferencia económica o principio de neutralidad se concreta, a través del art. 139.2 CE, en el principio de libre circulación de bienes y personas en todo el territorio nacional. Dentro del ámbito específico de las medidas tributarias se refiere a dicho principio el art. 2.1.a) de la LOFCA, en virtud del cual, “el sistema de ingresos de las Comunidades Autónomas deberá establecerse de forma que no pueda implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales ni suponer la existencia de barreras fiscales en el territorio español, de conformidad con el artículo 157.2 de la Constitución”, así como el art. 9 de la LOFCA en su apartado c), al disponer que “los impuestos propios no podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios capitales”.

El propio apartado segundo del art. 157 CE se encarga de precisar que las CC.AA. no podrán adoptar medidas tributarias que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios. Ciertamente nos hallamos ante una exigencia que también ha estado presente en el espíritu y en la letra del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, siendo por tanto de cumplimiento obligatorio. La libre circulación de personas, mercancías y servicios capitales no podrá originar privilegios económicos o sociales ni comportar cargas trasladables a otras Comunidades.

A priori la primera parte de la formulación de este principio parece carecer de sentido en la actualidad, dada la trascendencia adquirida por la libre circulación y, sobre todo, a la luz de la citada exigencia comunitaria. Mayores problemas plantea, sin embargo la interdicción relativa a “no afectar a la ubicación de empresas”. ¿Se está refiriendo esta interdicción al propio territorio, o puede referirse también a otros?

La cuestión no es ni muchos menos baladí. Por el contrario, tiene interés en relación con aquellas medidas de competencia fiscal adoptadas por una determinada Comunidad que puedan tener incidencia en otra, produciendo fenómenos de deslocalización o dando lugar a decisiones de desinversión que probablemente no se hubiesen planteado en un marco de neutralidad fiscal.

En todo caso, tal y como puso de manifiesto el TC en su Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, no toda medida obstaculizadora de la libre circulación debe reputarse inconstitucional. En palabras del Tribunal:

“[...] no toda incidencia es necesariamente un obstáculo. Lo será, sin duda, cuando intencionadamente se persiga la finalidad de obstaculizar la circulación. La infracción del referido principio se producirá pues cuando las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquéllas persiguen”.

Por otra parte, este principio de no interferencia al que nos referimos presenta un acusado carácter interterritorial. En efecto, hoy por hoy carece de sentido referir la prohibición de afectar a la ubicación de empresas al propio territorio de la Comunidad, ya que lo que se pretende es justamente lo contrario, es decir, la ubicación. Su razón de ser no es otra que la interdicción de aquellas medidas que produzcan la deslocalización en un territorio concreto. Ahora bien, la prohibición de estas medidas chocaría con el principio de autonomía tributaria.

A nuestro juicio, la problemática planteada en la actualidad por este principio de no interferencia económica puede referirse a la denominada “ubicación de empresas”, ya que la de personas exige, como sabemos, el cumplimiento de la residencia efectiva, siendo además la incidencia fiscal proyectada sobre la misma muy escasa.

Dicha interferencia sobre la ubicación de las empresas actuaría en un doble sentido: negativo, pudiendo obstaculizar su establecimiento en el propio territorio, si bien esta circunstancia habría de apoyarse en circunstancias no económicas tales como las medioambientales, que exigirían además un respaldo legal; y positivo, a través de la adopción de medidas fiscales favorables orientadas a producir la deslocalización de empresas ya instaladas en otras Comunidades o incluso la desviación territorial de determinados proyectos empresariales.

Por lo que respecta al principio de separación, son dos los supuestos a considerar. De una parte, el que incide sobre los ordenamientos estatal y autonómico, al que se refiere el art. 6.2 de la LOFCA cuando dispone que “Los tributos que establezcan las Comunidades Autónomas no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado”. Ciertamente, dada la actual extensión adquirida por los Impuestos estatales sobre la Renta y el Patrimonio así como por la imposición existente sobre el consumo, parece difícil que pueda tener lugar la determinación de hechos imponibles nuevos distintos a los ya establecidos por las leyes del Estado.

Al margen del criterio interpretativo que pueda adoptarse en torno a la diferenciación existente entre los conceptos “hecho imponible” y “materia imponible” (recuérdese que el Tribunal Constitucional afirmó en su Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, que “[...] no cabe identificar materia imponible con hecho imponible [...])

Lo que prohíbe el citado precepto es la duplicidad de hechos imponibles estrictamente”) no resulta fácil hacer frente a la citada prohibición. El establecimiento de tributos propios por parte de las CC.AA. se presenta por tanto como una labor complicada, dado el carácter rotundo que presenta el principio de separación en este art. 6.2 de la LOFCA.

Esta separación se produce también en la dirección contraria, no pudiendo recaer los tributos estatales sobre hechos imponibles gravados por las Comunidades Autónomas. Lógicamente esta separación no puede ser interpretada en términos absolutos, dado el carácter estatal inherente a la reserva de ley orgánica y ordinaria existente; sí comporta, no obstante, la obligación de compensar adecuadamente a la Comunidad Autónoma de que se trate, tal y como precisa el art. 6.4 de la LOFCA.

El segundo supuesto que plantea este principio de separación es el que se origina en relación con el ordenamiento municipal. Al amparo de lo establecido por el art. 6.3 de la LOFCA “las Comunidades Autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen local reserve a las Corporaciones Locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple”.

Resulta por tanto necesaria la previsión de una ley municipal para que las CC.AA. puedan ejercer este poder tributario, circunstancia esta complicada máxime teniendo en cuenta la defensa de la autonomía municipal que llevan a cabo las leyes sobre tributación local, así como la insuficiencia tributaria que históricamente ha caracterizado a estas entidades. La separación afecta en este caso a las materias imponibles y no a los hechos imponibles, como sucede en el caso del Estado, lo cual dificulta aún más si cabe el establecimiento de impuestos propios por parte de las Comunidades Autónomas que recaigan sobre una materia imponible municipal.

En cualquier caso, y tal y como ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/2004, de 16 de diciembre, nos hallamos ante la única prohibición de doble imposición en materia tributaria que se encuentra expresamente recogida en el bloque de la constitucionalidad, y que garantiza que sobre los ciudadanos no pueda recaer la obligación de pagar doblemente al Estado y a las Comunidades Autónomas o a las Entidades Locales y a las CC.AA. por un mismo hecho imponible.

El llamado principio de solidaridad presenta un carácter constitucional, como lo demuestra su regulación en el art. 156 CE, a cuyo tenor “Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera [...] con arreglo a los principios [...] de solidaridad entre todos los españoles”. No nos hallamos sin embargo ante un principio de carácter común (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con los principios de generalidad o de capacidad económica), sino específico del ordenamiento tributario autonómico. En efecto la autonomía financiera y, por ello, tributaria, de

las CC.AA. aparece estrechamente ligada a este principio de solidaridad. En cierta medida podríamos afirmar que la solidaridad constituye, junto con la autonomía, la “clave de bóveda” sobre la que se sustenta la nueva organización territorial del Estado.

A priori el principio de solidaridad proyecta sus exigencias, no sólo a las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino también a las relaciones de estas últimas entre sí que, además, deben velar en sus respectivos ámbitos territoriales por la realización interna del citado principio.

Al amparo de su proyección interterritorial, la solidaridad requiere que, en el ejercicio de sus competencias, las Regiones se abstengan de adoptar decisiones o de realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general, teniendo en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí y que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses. En otras palabras, la solidaridad interterritorial exige el reconocimiento de una comunidad de intereses entre las distintas CC.AA. y el comportamiento leal de todas ellas en el ejercicio de sus respectivas atribuciones y competencias.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior la solidaridad interterritorial obliga también al Estado a velar por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, lo que comporta la adopción de medidas que aseguren la redistribución de la riqueza entre las distintas Comunidades Autónomas y la igualdad en los niveles de provisión de los servicios públicos esenciales o básicos.

Desde diversos sectores de la doctrina se ha atribuido a este principio un papel esencial. A nuestro juicio, sin embargo, su relevancia tributaria es, en la actualidad, reducida. Ciertamente podría hablarse de una solidaridad entre Comunidades Autónomas. Si embargo dicha solidaridad no existe. La misma tan sólo se produce entre el Estado y determinadas entidades de esta naturaleza a través del llamado Fondo de Compensación Interterritorial, que tiene precisamente esta finalidad. Y ello con independencia de la existencia de diversos programas estatales o de la Unión Europea concretos que podríamos igualmente enmarcar en esta teleología.

La solidaridad se halla presente además en la distribución de la participación en los ingresos del Estado a través de la implantación de diversos criterios que han de respetar el citado principio tales como la relación inversa de la renta por habitante por habitante de la Comunidad Autónoma respecto a la del resto de España, el porcentaje de desempleo o la relación de déficit en servicios locales e infraestructura, entre otros. Sin embargo este conjunto de criterios, a pesar de pertenecer al círculo de los ingresos, carecen de naturaleza tributaria. Nos hallamos en el campo de los gastos públicos y no en el de los tributos.

Quizás las únicas referencias implícitas o expresas a la solidaridad de naturaleza tributaria que puedan existir sean, en primer lugar, las relativas a la prohibición de privilegios económicos o sociales, a las que se refiere el art. 2 de la LOFCA. No obstante, desde nuestro punto de vista se trata de una declaración que se sitúa más en el área del principio de generalidad tributaria, que excluye cabalmente estas diferencias subjetivas o grupales.

Más interés ofrece en cambio, en relación con este principio de solidaridad, el art. 19.2 de la citada Ley Orgánica (redactado en su día por la Ley 3/1996, de 27 de diciembre, de modificación de la LOFCA que regula las competencias normativas en relación con los impuestos cedidos), disponiendo que, en su ejercicio, “Las Comunidades Autónomas observarán el principio de solidaridad entre todos los españoles conforme a lo establecido al respecto en la Constitución”.

Pues bien, la única posibilidad de entronque tributario del citado precepto sería la consideración de la solidaridad como una interdicción de la denominada “competencia fiscal”, ya sea en general o en relación con supuestos específicos relativos a la ubicación de las empresas o a la localización de las inversiones. El objetivo no sería otro que evitar que se influyese en la deslocalización o en la ubicación de unidades productivas por parte de unas Comunidades Autónomas en perjuicio de otras.

A la aplicación del principio de solidaridad como límite de la autonomía tributaria se refirió el Tribunal Supremo (TS) en su Sentencia de 7 de abril de 1997, precisando al respecto la necesidad de que se actúe a través del principio de coordinación. En palabras del Tribunal:

“[...] El principio constitucional de autonomía financiera [...] no está exento de límites, pues el propio precepto garantizador lo sujeta a dos principios supraordenados: el de coordinación con la Hacienda estatal y el de solidaridad entre todos los españoles [...] La acomodación a estos principios que operan como límites de la autonomía financiera, incluida la específica de los territorios forales vascos, ha de lograrse a través de los mecanismos que, con derivación algunos en el propio texto constitucional, señalan las leyes”.

Todas estas consideraciones nos sirven para concluir que, como ya apuntamos con anterioridad, el principio de solidaridad ofrece un escaso juego en el ámbito tributario. Y el único que podría otorgársele sería sacrificando una parte significativa de la limitada autonomía existente en el ámbito de los impuestos cedidos, que es donde cabría la posibilidad de plantear la cuestión. Porque los impuestos propios presentan un establecimiento limitado; y, por otra parte, carecería de sentido que la propia Comunidad Autónoma optase por limitar su establecimiento en el campo de la competencia fiscal.

En suma, el principio de solidaridad encuentra su principal campo de aplicación en el ámbito del gasto público así como en el relativo a los criterios de participación

en los ingresos del Estado. Si una determinada Comunidad tuviese una atribución de poder tributario en el aspecto que fuese (capacidad normativa más elevada, mayor atribución de impuestos, fijación de un porcentaje superior en los impuestos de recaudación compartida, etc.), podríamos afirmar que se estaría vulnerando el citado principio de solidaridad. Y es que, partiendo de un modelo de igualdad pre-establecido, la Comunidad más beneficiada restaría ingresos al Estado, reduciendo este menor ingreso las políticas de solidaridad del Estado con otras Comunidades al disminuir la financiación de aquél.

Por último, el denominado principio de lealtad institucional resulta formalmente incorporado al art. 2.1.e) de la LOFCA como uno de los principios con arreglo a los que se ejerce la actividad financiera de las Comunidades Autónomas en coordinación con la Hacienda del Estado. Señala el citado principio que la lealtad institucional determina la valoración del impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones del Estado legislador en materia tributaria o la adopción de medidas de interés general que, eventualmente, puedan hacer recaer sobre las Comunidades Autónomas obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, las cuales deben ser objeto de valoración anual en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.

Téngase presente que, en un Estado de estructura compuesta, el ejercicio del poder financiero de los entes territoriales ha de desarrollarse dentro de sus respectivos ámbitos competenciales, sin que ello suponga el vaciamiento o la anulación de ámbitos competenciales ajenos ni la alteración del orden constitucional de distribución de competencias.

Así, por ejemplo, señala el TC en su Sentencia 48/2004, de 5 de marzo, que las exigencias derivadas de la lealtad institucional podrían resultar vulneradas ante cualquier transferencia de recursos de una Hacienda territorial a otra impuesta unilateralmente por una de ellas, siempre que esta transferencia forzosa de recursos no encuentre una habilitación expresa en el bloque de la constitucionalidad.

2.3. La especial importancia del principio de coordinación

La importancia que adquiere el principio de coordinación en el ámbito de la recaudación tributaria autonómica es indudable, dada la existencia de tres ordenamientos tributarios en nuestra organización política. Es más, el hecho de que cada uno de estos tres ordenamientos (estatal, regional y municipal) disponga de su propio poder tributario y de su propia Administración, demanda necesariamente la existencia de una cierta coordinación.

A la coordinación que ha de producirse entre el Estado y las Comunidades Autónomas se refiere de entrada el art. 156 de la Constitución cuando señala que “Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera [...] con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal [...]”.

El principio de coordinación con la Hacienda estatal constituye un instrumento imprescindible para la adopción de una política económica, presupuestaria y fiscal general que garantice el equilibrio económico y la estabilidad presupuestaria, contribuyendo a estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. Tal y como tuvo oportunidad de precisar el TC en su Sentencia 32/1983, de 28 de abril:

“[...] debe procederse a articular medios y sistemas de relación entre la Hacienda estatal y las Haciendas autonómicas que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta, exigencias todas ellas que conectan con los principios de colaboración, solidaridad y lealtad constitucional que inspiran la ordenación de la Hacienda en el Estado autonómico”.

Así las cosas, el principio de coordinación exige a las CC.AA. la acomodación de su actividad financiera a las medidas oportunas que adopte el Estado tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa.

El principio de coordinación contribuye a ordenar además toda la “vida” de los tributos, desde su creación hasta su gestión, refiriéndose a la totalidad de elementos y fases que integran la vida de éste.

¿Es la coordinación el resultado de una negociación entre Administraciones? Basta echar una mirada al proceso de construcción de nuestro Estado autonómico (que, partiendo de un Estado centralizado evoluciona hacia la dotación de un autogobierno y hacia una transferencia de servicios), para estimar que así es.

De hecho, en la actualidad, para la consecución de una adecuada coordinación entre la actividad financiera de las CC.AA. y la de la Hacienda del Estado, el art. 3 de la LOFCA crea el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las CC.AA. como órgano consultivo y de deliberación.

Ahora bien, ello no significa que no podamos hablar al mismo tiempo de la existencia de una actividad normativa y jurisprudencial. Tal y como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/1983, de 28 de abril, “[...] la coordinación debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades”.

Dentro del ámbito de los tributos propios la coordinación ha de producirse, no ya sólo en relación los principios constitucionales generales, sino también con los

principios específicos y con las actividades administrativas. En este sentido, al estar los tributos propios previstos en nuestra Constitución, quedando sometidos a sus principios, la coordinación debe posibilitar un ajuste entre los distintos principios tributarios de manera tal que estos puedan jugar al mismo tiempo en los campos estatal y autonómico.

Como ya hemos indicado, en relación con los impuestos propios, la coordinación con la reserva de ley estatal ha sido realizada por la LOFCA a través del establecimiento de diversos principios específicos que han de ser observados por la ley autonómica en su establecimiento. Así las cosas dichos tributos propios han de quedar sometidos a los citados principios específicos.

¿Qué sucede en relación con las tasas y contribuciones especiales? Como es sabido las tasas y contribuciones especiales de las CC.AA. tienen igualmente la consideración de tributos propios. En líneas generales la LOFCA ha recogido la doctrina clásica existente en torno a estas figuras tributarias, con la principal particularidad de que, además de respetar el conjunto de principios generales, deben hacer frente a diversos principios de carácter específico tales como no superar el coste del servicio (en el caso de las tasas) o el de la obra o establecimiento del servicio (contribuciones especiales).

La ley autonómica de establecimiento de estos tributos habrá de recoger necesariamente estos criterios de cuantificación. Los problemas de coordinación que puedan llegar a plantear serán mínimos: en el caso de las tasas, debido al marcado carácter territorial del servicio que les sirve de soporte económico; y el supuesto del establecimiento y ampliación de contribuciones especiales por obras y servicios, debido a la misma razón.

Por lo que respecta a los impuestos autonómicos propios, sabemos ya que la coordinación con la reserva de ley es articulada a través de la LOFCA, que configura un conjunto de principios específicos susceptibles de ser observados por la ley autonómica en el establecimiento de los mismos (principios de territorialidad, no interferencia y separación de los ordenamientos tributarios).

La coordinación en relación con el principio de generalidad tributaria no parece que plantee problema alguno, ya que este principio implica una relación del sujeto pasivo con cada poder tributario concreto. Mayor juego puede ofrecer en cambio la coordinación en el ámbito del principio de capacidad económica, ya que la función de límite desarrollada por este principio podría resultar de interés cuando un impuesto autonómico propio incida sobre la misma materia imponible que un impuesto estatal.

3. La fiscalidad sobre el aprovechamiento de cotos privados de caza. La aplicación del Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos de Extremadura

La Ley 1/1970 de 4 de abril, de caza, junto con su desarrollo reglamentario (Decreto 506/1971, de 25 de marzo) constituye el marco de referencia básico para ciertos aspectos fundamentales en materia cinegética. Si bien no crea un impuesto en sentido estricto, sí prevé la existencia de tasas y cánones ligados a licencias y aprovechamientos de cotos privados. Por otro lado, establece la denominación², y regulación de los mismos.

Resulta especialmente significativo que, a pesar de que el Título VIII del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 abril, derogara el Impuesto sobre los Gastos Suntuarios, el Impuesto sobre el Aprovechamiento de Cotos Privados de Caza fuese el único que permaneciera vigente, aunque fuera de manera provisional.

Así, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante LRHL) se dispuso en su día que:

“[...] hasta el día 1 de enero de 1991, continuarán exigiéndose las Licencias Fiscales de Actividades Comerciales e industriales y de Actividades Profesionales y de Artistas, así como los recargos existentes sobre las mismas. Igualmente, y hasta la misma fecha, los Ayuntamientos podrán continuar exigiendo los Impuestos Municipales sobre Radicación, Publicidad y Gastos Suntuarios”.

No obstante, el artículo 5º de la Disposición derogatoria del Real Decreto-Ley 4/1990, de 28 de septiembre, posteriormente reflejado en la Ley 6/1991, de 11 de marzo, dispone que los Ayuntamientos conservan la facultad de exigir Impuestos sobre los Gastos Suntuarios únicamente en su modalidad de aprovechamiento de cotos privados de caza³.

A este respecto, resulta llamativo y discutible el hecho de que el legislador considerara necesario recurrir a la figura del Real Decreto-Ley para aprobar normas relacionadas con la caza, teniendo en cuenta el carácter “de extraordinaria y urgente necesidad” que establece el art. 86 de la CE para esta norma.

2. El art. 15.2 de la Ley 1/1970 de 4 de abril, de caza define el coto como “toda superficie continua de terrenos susceptible de aprovechamiento cinegético que haya sido declarada y reconocida como tal, mediante resolución del Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales”. Por otro lado, el art. 16 establece la posibilidad de que los propietarios o titulares constituyan cotos privados siempre que reúnan las superficies mínimas establecidas en la Ley.
3. El Real Decreto-Ley 4/1990, de 28 de septiembre establece en el art. 5º que “Se modifica la disposición transitoria tercera de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, que queda redactada en los términos siguientes: A partir del 1 de enero de 1991, los Ayuntamientos podrán continuar exigiendo el Impuesto Municipal sobre Gastos Suntuarios, en lo referente, exclusivamente, a la modalidad de coto privado”.

En este sentido, en la Exposición de Motivos de esta, el Gobierno justifica dicha urgencia ante la necesidad de evitar el vacío normativo que podría causar la implantación de la propia LRHL. Del mismo modo, considera la pertinencia de garantizar los ingresos municipales en este periodo transitorio⁴.

3.1. El Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos de la Comunidad Autónoma de Extremadura

La Ley autonómica 14/2010, de 9 de diciembre, de caza, desarrollada por el Decreto 34/2016, de 15 de marzo y modificada por la Ley 12/2014 de 19 de diciembre y la Ley 9/ 2019 de 5 de abril de caza, tasas y precios públicos, regula y ordena la actividad cinegética en Extremadura.

Aunque este tema ha sido ampliamente tratado, merece una reflexión la posible incompatibilidad e intromisión competencial que la ley autonómica pueda suscitar respecto al Impuesto Suntuario Local en su modalidad de Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos en Extremadura.

Así, el art. 6º de la ley 6/1991, de 11 de marzo, por la que se modifica parcialmente el Impuesto sobre Actividades Económicas establece de manera inequívoca que los Ayuntamientos serán quienes tengan la potestad de exigir el impuesto objeto de estudio. También añade que seguirán en vigor todas las disposiciones normativas que rigen esta modalidad, explicitándolo en la letra d) del artículo 372 del Texto Refundido en materia de Régimen Local (aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril).

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LRHL, dispone que, de acuerdo con el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, estas tendrán potestad tributaria para establecer y exigir tributos en la materia gravada por el Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos de Cotos de Caza y Pesca. Asimismo, el impuesto que la Comunidad Autónoma cree, será compatible con el municipal, si bien su importe se deducirá del impuesto autonómico.

4. En su Exposición de Motivos el Real Decreto-Ley 4/1990 establece que “Ante estas dificultades, la Ley 5/1990, de 29 de junio, sobre medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria, ha decidido introducir algunas modificaciones en la regulación legal del impuesto, las cuales se concretan en los términos siguientes: ... en segundo lugar, se pospone hasta el 1 de enero de 1992 el comienzo de la aplicación del impuesto en lo referente a las actividades agrícolas, ganaderas, forestales y pesqueras, manteniéndose, como medida complementaria, durante 1991 la vigencia del Impuesto Municipal sobre Gastos Suntuarios en la modalidad de éste que grava el aprovechamiento de los cotos privados de caza y pesca.” Para finalizar con la justificación de que “todas estas medidas deben ser adoptadas de forma inmediata, pues las mismas, y sobre todo el retraso del comienzo de la aplicación del impuesto hasta el 1 de enero de 1992, condicionan definitivamente la actividad normativa que deben desarrollar los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales mediante la aprobación de las correspondientes Ordenanzas fiscales...Por todo ello, queda plenamente justificado el carácter extraordinario y urgente de las medidas adoptadas por el presente Real Decreto-ley”.

En este sentido se pronuncian los profesores Orón Moratal⁵ y Álvarez Arroyo⁶, para quienes la incompatibilidad reside en la sustitución del impuesto local por el autonómico, lo que no ocurre en el caso presente. Además, conforme a la normativa aplicable, cualquier incidencia puede solventarse evitando la merma de la recaudación local⁷ con la oportuna compensación prevista legalmente.

Sin embargo, la Junta de Extremadura ha considerado que el Impuesto Municipal de Gastos Suntuarios, que grava el aprovechamiento de cotos de caza, grava el mismo hecho imponible que el Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos creado por la Junta. Por ello y, siguiendo con lo dispuesto por el TC sobre la necesidad de aplicar las medidas pertinentes para evitar la doble imposición, se ha aprobado la posibilidad de deducirse el importe abonado a los Ayuntamientos en el impuesto pagado a la Junta.

3.1.1. Naturaleza del impuesto

El Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos es un impuesto potestativo y, por lo tanto, debe incluirse entre los de la su misma naturaleza. Así, el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales enumera entre ellos al Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO) y el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU).

Además, el impuesto es de naturaleza real, directa y propio de la Comunidad Autónoma de Extremadura⁸.

3.1.2. Hecho imponible

El hecho imponible del impuesto extremeño determinado en el artículo 2 del Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en

5. Orón Moratal, G., “*El impuesto municipal sobre gastos suntuarios: el aprovechamiento de los cotos de caza*”. Revista técnica Tributaria, nº 30, vol.3 (1995), pág. 88. <https://revistatecnica tributaria.com/index.php/rtt/issue/view/110/108>. (Fecha de consulta 10 noviembre de 2025).
6. Álvarez Arroyo, F., “*Breves consideraciones acerca de los Impuestos propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura*”. Anuario Facultad de Derecho de Cáceres, nº 11, pág.210.
7. El Profesor Checa González, en su trabajo “*Los impuestos propios de las CC. AA. Sus límites y la forma de superarlos*”. Anuario Facultad de Derecho nº 20, 2002, pág. 60, reflexiona también sobre el límite que el art. 6.3 de la LOFCA impone a las CC.AA. en relación a la creación de tributos propios que puedan solaparse con figuras impositivas locales existentes. En este sentido, considera que la potestad tributaria de las Corporaciones Locales no se ve afectada siempre que el tributo autonómico no interfiera en la capacidad económica y recaudatoria local; en sus propias palabras “que para nada perturbe, ni incida en forma alguna, en el poder tributario local, esto es, un impuesto regional que no venga a atentar contra la capacidad recaudatoria de las Corporaciones Locales”.
8. La Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura en su Disposición final primera introduce modificaciones en las disposiciones legales en materia de tributos propios de Extremadura, aprobado por Decreto Legislativo 2/2006, de 12 de diciembre. Así, la nueva redacción respecto a la naturaleza y objeto del Impuesto modifica la redacción del art. 1 sobre la naturaleza y objeto del Impuesto.

materia de Tributos Propios, lo constituye el aprovechamiento cinegético, tanto de caza mayor como menor, de los terrenos situados en territorio extremeño que hayan sido autorizados administrativamente a un titular determinado.

Asimismo, el apartado tres del mismo artículo concluye que no están incluidos los Cotos Regionales de Caza, las Reservas de Caza y las Zonas de Caza Limitada excluyendo, por tanto, los terrenos de gestión pública. De ello se deduce que, en la práctica, el impuesto se refiere fundamentalmente al aprovechamiento en cotos privados de caza⁹.

Con relación al hecho imponible, puede plantearse la cuestión de si en base al mismo puede considerarse este tributo como ecológico. En este sentido Herrera Molina rechaza tal posibilidad, al considerar que la pretensión de este impuesto no es la preservación de la fauna, sino gravar el beneficio de la explotación cinegética¹⁰.

Pese a lo anterior, se puede apreciar en este tributo cierta finalidad extrafiscal. Esta afirmación encuentra respaldo en la propia Ley 14/2010 reguladora del impuesto. En este sentido, y más allá de su propósito recaudatorio, la Ley de manera implícita lo configura como una herramienta de política ambiental orientada a la gestión y ordenación del territorio.

En esta misma línea el impuesto grava aprovechamientos cinegéticos autorizados previamente por la Administración. Asimismo, aplica tipos impositivos diferenciados según la clasificación de los cotos y prevé beneficios¹¹ fiscales para fomentar la conservación de la riqueza cinegética y penalizaciones¹² para quienes no cumplan con las normas establecidas.

9. La Ley de caza de Extremadura enumera y define, en sus artículos del 16 a 22, los terrenos que se encuentran bajo gestión pública, entre los que se incluyen explícitamente las Reservas de Caza y los Cotos Regionales de Caza. De igual modo, clasifica los Cotos de Caza en Sociales y Privados e incluye los Refugios para la Caza. Por último, establece la existencia de Zonas de Caza limitada. Por su parte, la definición de coto la encontramos en el art. 15 de la Ley 1/1970 de 4 de abril, en virtud del cual “Se denomina coto de caza toda superficie continua de terrenos susceptible de aprovechamiento cinegético que haya sido declarada y reconocida como tal”.
10. Herrera Molina, P. M., “*Derecho Tributario Ambiental. La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*”. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 2.000. Pp. 318, 319. El mismo autor, hace también referencia a la STC 14/1988 al establecer en el FJ 11 B que “los actores no niegan la existencia de una capacidad económica real o potencial en los titulares de los cotos de caza y, por tanto, la existencia de una renta virtual cuya mayor o menor dimensión condiciona la cuantía del Impuesto”.
11. El art. 8 del Decreto Legislativo 2/2006 de 12 de diciembre establece las siguientes bonificaciones de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Caza: “a) Una bonificación del 20 por 100 por aquellos cotos de caza que obtengan la Certificación de Calidad. b) Una bonificación del 10 por 100 por aquellos cotos situados en terrenos incluidos en la Red de Áreas Protegidas de Extremadura y que cuenten con instrumentos para su ordenación, uso, gestión o, en su caso, medidas reglamentarias de conservación. El beneficio tributario se aplicará sobre la parte de la superficie del coto que se encuentre incluida en el Área Protegida. c) Una bonificación del 7 por 100 por aquellos cotos privados de caza mayor abiertos con superficie igual o superior a mil hectáreas. d) Una bonificación del 15 por 100, con el límite máximo de 1.200 euros, por aquellos cotos en los que se hubieran invertido cantidades destinadas a su mejora o conservación durante el año natural inmediato anterior a la fecha del devengo del impuesto, siempre que el importe bonificado fuera inferior o igual al importe de la inversión”.
12. Asimismo, el art. 7 del mismo Decreto señala que cuando “como consecuencia de una resolución sancionadora ejecutiva, un coto de caza resulte suspendido, el tipo de gravamen aplicable durante todo el período de suspensión

3.1.3. Sujeto pasivo

Conforme al artículo 3 del Decreto Legislativo 2/2006 son sujetos pasivos en condición de contribuyentes las personas físicas o jurídicas y las entidades a que se refiere el art. 35.4 de la LGT (esto es, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que constituyan una unidad económica o patrimonio separado), titulares de la autorización administrativa para el aprovechamiento cinegético privativo, siempre que estos se encuentren en territorio regional e independientemente del domicilio del contribuyente.

En el punto dos del mismo artículo, corresponde a los propietarios o poseedores de los terrenos y a los titulares de los cotos el colaborar con la Administración para difundir la riqueza cinegética de sus terrenos.

3.1.4. Periodo impositivo y devengo

La redacción del artículo 10 del Decreto Legislativo 2/2006 concreta el carácter anual del impuesto extremeño, coincidente con la temporada cinegética, extendiéndose el periodo impositivo del 1 de abril al 31 de marzo del año siguiente. El impuesto se devenga el primer día de dicho periodo.

No obstante, en los supuestos de declaración de alta, el periodo impositivo se inicia en la fecha de la autorización administrativa prolongándose hasta la finalización del periodo impositivo en curso. En este caso, el impuesto se devengará cuando se haya producido la primera autorización administrativa de aprovechamiento cinegético.

A pesar de la precisión con la que la Ley se refiere a los elementos anteriores, resulta interesante reflexionar acerca de una posible existencia de discrepancia en la determinación del sujeto pasivo en el momento de realizar el pago.

En este caso, y al contrario de lo especificado en el artículo 373 d) del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril¹³, no existe duda de que el obligado tributario es únicamente quien ostenta la titularidad de la autorización administrativa para el aprovechamiento privado de un coto de caza. Así, no existe la posibilidad de con-

será el vigente en cada periodo impositivo, teniendo en cuenta la base imponible existente en el momento de cometerse la infracción de la que deriva la suspensión”

13. El art. 373 d) (ahora derogado) de la mencionada Ley dispone que “Los titulares de los cotos o las personas a las que corresponda por cualquier título el aprovechamiento de caza o pesca en el momento de devengarse el Impuesto. Teniendo la condición de sustituto del contribuyente el propietario de los bienes acotados, a cuyo efecto tendrá derecho a exigir del titular del aprovechamiento el importe del Impuesto para hacerlo efectivo al municipio en cuyo término radique el coto de caza, pesca o la mayor parte de él.” La titularidad de los cotos la ostentaba el titular del aprovechamiento, por tanto, el obligado tributario. Sin embargo, en el momento del devengo (31 de diciembre) podría no conocerse su identidad, por lo que el sustituto en este caso (el propietario de los terrenos), estaría obligado al pago del impuesto.

fusión en la determinación del contribuyente y la figura de sustituto que determina el art. 36.3 de la LGT¹⁴.

En el caso de la presente Ley del impuesto, solo cabría la posibilidad de confusión en la identificación de los obligados cuando el titular de la autorización administrativa no coincida con el propietario de los terrenos. De la misma forma, podría surgir la confusión cuando en el periodo impositivo cambia la titularidad de aprovechamiento, por lo cabría la posibilidad de que el propietario fuera reclamado al pago como responsable subsidiario, pero no como sustituto del contribuyente.

Con todo, la propia Ley resuelve la posible confusión determinando que el obligado es quien en el momento del devengo ostente la titularidad efectiva.

3.1.5. Base imponible y tipo de gravamen en los cotos privados.

La Ley de caza de Extremadura dispone que la base imponible del impuesto viene determinada por la superficie del coto en hectáreas, al a la que se le aplican tipos de gravámenes específicos según la clase el tipo de coto.

Sirva de ejemplo el gravamen aplicado a los cotos privados, diferenciando entre los de caza menor y mayor. Así:

Tabla 1. Cotos privados de caza menor.

Extensivo	2,21 euros /hectárea
Más jabalí	2,50 euros /hectárea
Menor extensivo	3,32 euros /hectárea

Tabla 2. Cotos privados de caza mayor.

Abierto	3,50 euros /hectárea
Cerrado	5,25 euros /hectárea

Fuente: Portal Tributario Junta de Extremadura: <https://portaltributario.juntaex.es/PortalTributario/web/guest/impuesto-sobre-aprovechamientos-cinegéticos>. (Fecha de consulta 10 noviembre 2025).

Finalmente, en caso de que en un coto de caza mayor se realice aprovechamiento intensivo de caza menor, se incrementará en un euro por hectárea el gravamen anterior.

A esto hay que añadir la mención que la propia Ley hace al respecto de cómo tributan los cotos que está parcialmente cercados, aclarando que la parte cercada tributa como coto cerrado y la parte abierta como coto abierto.

14. Como es sabido señala el citado precepto de la Ley 58/2003 que “Es sustituto el sujeto pasivo que, por imposición de la ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma”.

4. La fiscalidad de la caza en los principales países europeos

4.1. Tributos sobre la caza en Portugal

Atendiendo al tenor de la Ley de Bases Generales sobre la Caza portuguesa (nº 173/99, de 21 de septiembre), la misma puede considerarse como una de las leyes de regulación cinegética con un mayor enfoque ecológico. Consciente de la contribución al desarrollo económico del país, sobre todo de las áreas rurales, está orientada hacia la preservación de la fauna a través del equilibrio entre el medio ambiente y la actividad cinegética.

La Ley, en su artículo 38n y 38m, establece que corresponde al Gobierno fijar las tasas relacionadas con la actividad cinegética. Asimismo, en determinadas circunstancias, se reserva la capacidad de reducirlas e incluso de eximir del pago a las zonas que el Ministerio de Agricultura considere de interés para el desarrollo rural.

Debemos concluir que, si bien no existe en Portugal un impuesto específico, sí se prevé la existencia de una tasa anual aplicable a las zonas de caza.

El devengo de dicha tasa tiene lugar el 1 de enero y se debe por cada hectárea o fracción de concesión en esa fecha dependiendo el montante a pagar del tipo de zona de caza.

En lo que aquí nos interesa, se distinguen la Zona de Caza Asociativa (ZCA), que representa la mayor parte de superficie de caza y está gestionada por asociaciones, y la Zona de Caza Turística (ZCT), gestionada por particulares para uso exclusivamente comercial, principalmente orientado al turismo cinegético.

Aunque el pago puede realizarse por el total de la tasa entre el 1 de febrero y el 31 de mayo, existe la posibilidad de dividirlo en dos plazos. En concreto, un primer plazo entre el 1 de febrero y el 31 de mayo en el que se debe abonar el 30% del total de la tasa y, un segundo plazo correspondiente al 70% restante pagadero del 1 de agosto y el 31 de octubre.

Tabla 3. Tasas aplicables a las Zonas de Caza en Portugal.

TIPO DE TASA		HASTA EL 31-05-2025	DEL 01/06/25 AL 31/05/26
Solicitud de concesión o anexión	ZCA	107,21€	109,59€
	ZCT	208,15€	212,77€
Tasa anual de mantenimiento de la concesión por hectáreas	ZCA	0,91€	0,92€
	ZCT	2,01€	2,05€
Solicitud de renovación fuera de plazo:			
Entre 6 a 3 meses antes de plazo		315,25€	322,24€
Entre 3 meses y el término de plazo		441,18€	450,98€

Fuente: ICNF (*Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas*) <https://www.icnf.pt/api/file/doc/2b2f06390d4bfe57> (Fecha de consulta 8 noviembre 2025).

4.2. Tributos sobre la caza en Italia

Al amparo del artículo 117¹⁵ y 119¹⁶ de la Constitución Italiana de 1947 las Regiones tienen competencia para establecer tributos en materia de caza.

Así, respecto a la normativa regional en materia cinegética, destaca el art. 3.1 de la Ley 281 de 16 de mayo de 1970. Según este, los impuestos sobre las concesiones regionales se aplican a los actos y disposiciones adoptados por las regiones en el ejercicio de sus funciones, o por los entes locales en el ejercicio de las funciones regionales que les han sido delegadas de conformidad con los artículos 117 y 118 de la Constitución, indicados en la tarifa específica aprobada mediante decreto del Presidente de la República, con valor de ley ordinaria.

Estos actos y disposiciones se incluyen en la tarifa específica aprobada por Decreto-Legislativo número 230, del 22 de junio de 1991, que detalla, en los números 15, 16 y 17, las cuantías del impuesto de concesión regional correspondiente a cada caso, según el tipo de actividad.

Las concesiones anteriores se refieren a licencias de puesto fijo de caza, concesión para la creación de empresas cinegético-venatorias por cada hectárea y fracción de la misma y de centro privado de cría de caza. A esto se suma la autorización para cazar con rifles de diferentes características (uno, dos o más de dos disparos) y la caza con halcones y con arco y, por último, el permiso para la captura de aves con redes.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, el sujeto pasivo de los tributos es, por tanto, quien solicita el acto administrativo determinado (autorizaciones, licencias) para el ejercicio de una actividad específica.

En tal sentido, el art. 23 de la Ley número 157, de 11 de febrero de 1992, reguladora de la protección de la fauna silvestre homeotérmica y la caza, establece que las regiones están autorizadas a crear una tasa de concesión regional para la obtención de los recursos necesarios, con el fin de cumplir los objetivos de la propia Ley.

Si bien es cierto que se les aplicaban las tasas sobre las concesiones regionales solo a las Regiones con estatuto ordinario, la Ley número 549, de 28 de diciembre de 1995, extendió esta facultad a las Regiones con estatuto especial. Además, se incrementó la facultad a las mismas de decidir si aplicar o no dichas tasas¹⁷.

15. “La Región dictará para las materias que a continuación se enuncian normas legislativas dentro de los límites de los principios fundamentales del Estado, con tal que las normas mismas no se opongan al interés nacional ni al de otras Regiones: ...caza; pesca en aguas interiores; agricultura y bosques...”

16. “Las Regiones tendrán autonomía financiera en las formas y con los límites establecidos por leyes de la República, que la coordinarán con las Haciendas del Estado, de las Provincias y de los Municipios. Se asignarán a las Regiones tributos propios y participaciones en los tributos del Erario Público, en proporción a las necesidades de las Regiones para los gastos necesarios en orden al cumplimiento de sus funciones normales”.

17. Según el art. 8.1 del Decreto-Legislativo. 6 de mayo de 2011, número 68, desde el 1° de enero de 2013, el tributo sobre las concesiones regionales se convirtió, en las Regiones con estatuto ordinario, en un “tributo propio regional”). Esto permite a las Regiones regular el impuesto con más detalle e incluso eliminarlo si así lo consideran pertinente.

Tabla 4. Comparativa del tributo sobre actividad cinegética en algunas regiones italianas.

	PIEMONTE	VÉNETO	LOMBARDÍA
	Tasa de expedición y anual	Tasa de expedición y anual	Tasa de expedición y anual
Licencia de puesto de caza fijo	55,78		55,78
Concesión de constitución de:			
1) Empresa agroturística y cinegética, por cada hectárea o fracción.	4,13		
2) Empresa de caza de fauna silvestre per cada hectárea o fracción.	2,07	3,13	3,13
3) Centro privado de producción de caza	247,90	278,37	278,37

Fuentes: https://www.regione.piemonte.it/web/sites/default/files/media/documenti/2024-02/tabella_determinazione_della_tassa_.pdf. (Fecha consulta 8 noviembre 2025)
<https://www.regione.veneto.it/web/tributi-regionali/oncensione-di-costituzine-di-a-azienda-faunistico-vanetoria-e-agituristico-venatorie-b-centro-priv>. (Fecha consulta 8 noviembre 2025).
<https://www.regione.lombardia.it/wps/portal/istituzionale/HP/servizi-e-informazioni/imprese/tributi-e-canoni-per-le-imprese/tassa-sulle-concessioni>. (Fecha consulta 8 noviembre 2025).

Cabe añadir que la tasa de concesión puede aumentarse hasta un 20% mediante ley regional y que una vez haya sido abonado, el acto o disposición queda exento de otro equivalente en cualquier otra Región, aunque tenga efectos fuera de la que lo dictó.

Tal como se ha indicado en los párrafos precedentes, en Italia cabe la posibilidad de que las Regiones que así lo decidan apliquen un tributo equivalente al Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos. A pesar de que no existe un listado definitivo de Regiones que sí lo aplican sirva de ejemplo entre las que gravan esta actividad, el Piamonte, el Véneto y la Lombardía.

4.3. Tributos sobre la caza en Francia

En líneas generales, Francia tiene una concepción de la caza similar a la de los países antes citados y, sobre esta base, ha configurado su línea de actuación.

La defensa de la actividad cinegética se refleja en el artículo L420-1 del Código del Medio Ambiente que la define como actividad ambiental, cultural, social y económica, añadiendo que garantiza un verdadero equilibrio agro-silvo-cinegético. Además, debido a que es una actividad de interés general, el Estado es quien ejerce la supervisión y control de la misma.

En lo que concierne a los tributos que gravan los aprovechamientos cinegéticos, en Francia no existe un impuesto específico como tal. No obstante, resulta pertinente afirmar que el arrendamiento del derecho de caza se incluye en la categoría de los ingresos inmobiliarios.

Sin embargo, si en dicho arrendamiento se incluyen servicios o si los animales abatidos se entregan al propietario del terreno para su posterior venta (o son vendidos directamente por el arrendatario), estos beneficios gravarían entonces en la categoría de beneficios industriales y comerciales¹⁸.

En cuanto a los contribuyentes, es el propio Código del Medio Ambiente que, en el Capítulo IV Título II, establece las disposiciones relativas a la caza (licencias, terrenos, modalidades, concesiones, sanciones, entre otras). De este se deduce que el propietario del terreno lo es también del derecho de caza, puesto que de acuerdo con el art. L422-1 “Nadie tiene derecho a cazar en terrenos de otro sin permiso del propietario o de sus causahabientes”.

Por su parte, el Código Rural y de la Pesca Marítima regula lo relativo al arrendatario agrícola quien, según dispone, tiene derecho a cazar en los terrenos arrendados¹⁹, lo que no quiere decir que posea los derechos de la caza.

En caso de existir un usufructuario, será este quien ostente el derecho de caza puesto que es él quien tiene el derecho al disfrute.

Finalmente, el Impuesto sobre la Renta de las Actividades Económicas se refiere como gastos deducibles, a los justificados y necesarios para el propio objetivo de la empresa y para sus actividades²⁰.

18. El art.14 del Código General de Impuestos (CGI) prevé que “los ingresos de las propiedades edificadas y de los bienes asimilados, así como los de las propiedades no edificadas de cualquier naturaleza, se incluyan en la categoría de los ingresos inmobiliarios, cuando no estén integrados en los beneficios de una empresa industrial, comercial o artesanal de una explotación agrícola o de una profesión no comercial. Así, cuando estén incluidos en los beneficios de una empresa industrial, comercial o artesanal, de una explotación agrícola o de una profesión no comercial, los ingresos de las propiedades en cuestión se determinan conforme a las reglas propias de la categoría de beneficios a la que se encuentran vinculados” <https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1231-PGP.html/identifiant%3D-BOI-RFPI-CHAMP-10-30-20170405> (Fecha de consulta 8 noviembre 2025).
19. Dispone el Art. L415-7 del Código Rural y de la Pesca Marítima que “Los usufructuarios tiene derecho a cazar en los terrenos alquilados”.
20. El Impuesto sobre los Beneficios Industriales y Comerciales (BIC), dentro del epígrafe sobre “Los gastos de las actividades de caza y pesca “determina que “La exclusión como gastos deducibles, de los gastos y cargas relacionados con el ejercicio de la caza, así como con el ejercicio no profesional de la pesca, es oponible a todas las empresas, cualquiera que fuere la naturaleza de su actividad. No obstante, se admite que dichos gastos sigan siendo deducibles cuando se acredite que, debido al propio objeto de la empresa, son necesarios para sus actividades”. Asimismo, continúa precisando que son deducibles “los gastos en los que incurre una empresa cuyo objeto es el ejercicio profesional de la caza con vista a la venta de la misma, o la explotación comercial de un coto con objeto de arrendarlo o percibir los derechos de entrada de los usuarios”. <https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1451-PGP.html/identifiant%3D-BOI-BIC-CHG-30-20-20140218> .(Fecha de consulta 8 noviembre 2025).

5. Reflexiones finales

La actividad cinegética constituye, sin duda alguna, un tema de enorme controversia debido principalmente a la compleja relación existente entre caza y naturaleza. Si bien a este Trabajo de investigación no le corresponde enjuiciar su dimensión ética, resulta pertinente destacar la diversidad de ámbitos implicados en el debate, entre ellos los aspectos socioeconómicos y medioambientales.

Conciliar la caza como actividad tradicional y cultural con la conservación de la biodiversidad ha constituido el objetivo del legislador, que ha considerado un factor clave establecer regulaciones normativas precisas. De igual manera, es fundamental implementar directrices basadas en criterios éticos para lograr que la actividad cinegética tenga un impacto positivo en el medio ambiente.

Ya a mediados del siglo XX Europa se encontraba inmersa en un periodo de reconstrucción y desarrollo económico por lo que la protección del medio ambiente se limitaba a la función agrícola y ganadera. Solo en la década de los años setenta se observa la incorporación de dicho concepto como bien protegido en un marco constitucional en la mayoría de los países europeos.

Nuestra Constitución establece en su artículo 45 que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. Asimismo, implica a los poderes públicos como garantes de la protección del mismo, del uso racional de los recursos naturales y de la mejora de la calidad de vida. Igualmente, atribuye a la sociedad un papel activo y solidario en la conservación y defensa del medio natural.

Este artículo, ubicado en el Capítulo III entre “los principios rectores de la política social y económica”, constituye un principio normativo que informa y orienta al ordenamiento jurídico, incluyendo de manera implícita al ámbito tributario.

Por otro lado, en relación con el tema objeto de estudio, resulta interesante vincular el artículo anterior con el 128 de la C.E. (Título VII) “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. En consecuencia, el aprovechamiento privado de todo recurso natural (incluidos los recursos cinegéticos) debe estar subordinado al bien común. Corresponde a los poderes públicos gravar estas actividades, asegurando la redistribución de los recursos en aras del beneficio social.

La Constitución Española otorga a los poderes públicos libertad para utilizar cualquier instrumento a su alcance con el fin de garantizar la protección del medio ambiente y la mejora de la calidad de vida asociada a este. Entre dichos instrumentos pueden incluirse medidas preventivas, disuasorias o de fomento, como la exigencia del pago de tributos o ciertos beneficios fiscales.

Teniendo en cuenta el Derecho Comparado, si bien no existe un equivalente exacto al artículo 45 de nuestra Constitución, podemos identificar ciertos paralelismos en el establecimiento de principios que deben regir la actuación respecto al medio ambiente en las Constituciones portuguesa de 1976²¹ y la italiana de 1947²².

Herrera Molina señala en su Libro *Derecho tributario ambiental. La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario* la inclusión de la materia ambiental en artículos como el 20.º de la Constitución alemana. Tal y como subraya el citado autor “el Estado protegerá los fundamentos naturales de la vida en el marco del ordenamiento constitucional, teniendo también presente su responsabilidad frente a las generaciones futuras, mediante la legislación, el poder ejecutivo y la jurisprudencia, de acuerdo con la ley y el Derecho”. Añadiendo que “la doctrina

21. La Constitución portuguesa sitúa dentro del título III “Derechos y obligaciones económicas, sociales y culturales” al art. 66, vinculando el derecho al ambiente no solo al espacio físico, también a la calidad de vida. Asimismo, es una de las primeras Constituciones en otorgar explícitamente, protección constitucional al medio ambiente.

“Artículo 66. Medio ambiente y calidad de vida.

1. Todos tienen derecho a un medio ambiente humano, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo.

2. Para asegurar el derecho al medio ambiente, en el marco de un desarrollo sostenible, incumbe al Estado, por medio de organismos propios con la vinculación y la participación de los ciudadanos:

- a. Prevenir y controlar la polución y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión.
- b. Ordenar y promover la ordenación del territorio, de manera que haya una correcta localización de las actividades, un desarrollo socio-económico equilibrado, y la protección del paisaje.
- c. Crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares, de manera que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico y artístico.
- d. Promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica con respecto al principio de solidaridad entre generaciones.
- e. Promover en colaboración con los gobiernos locales, la calidad medioambiental de las poblaciones y de la vida urbana, particularmente en el plano arquitectónico y en la protección de las zonas históricas.
- f. Promover la integración de objetivos medioambientales en las diferentes políticas de ámbito sectorial.
- g. Promover la educación medioambiental y el respeto por los valores del medio ambiente.
- h. Asegurar que la política fiscal compatibilice el desarrollo con la protección del medio ambiente y la calidad de vida”.

22. En la reforma de la Constitución italiana de 2022 se introdujo la protección del medio ambiente. Se añade la referencia explícita a la protección del medio ambiente, la diversidad y los ecosistemas. También se establece un límite a la libertad económica por razones medioambientales y, como veremos en el epígrafe siguiente, al igual que en la C.E., centraliza la competencia en el Estado para asegurar una protección uniforme en todo el territorio nacional. Así, en el art. 9 establece que “la República promueve el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Salvaguarda el entorno natural y el patrimonio histórico y artístico de la Nación. Salvaguarda el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras. La ley del estado regula los modos y las formas de protección de los animales”

El art. 41 dispone que “La iniciativa económica privada es libre. No puede desarrollarse en perjuicio del interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la salud, al medio ambiente, a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana. La ley establecerá los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada pueda coordinarse y dirigirse a fines sociales y medioambientales”.

Por su parte el art. 117.2º señala que “el poder legislativo es ejercido por el estado y por las Regiones dentro de los términos establecidos por la Constitución y en cumplimiento de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los acuerdos internacionales. El Estado tiene facultad exclusiva para legislar sobre las materias siguientes: ...protección del medio ambiente, del ecosistema y del patrimonio cultural”.

considera que la expresión “fundamentos naturales de la vida” (natürliche Lebensgrundlagen) equivale al medio ambiente natural”²³.

Según establece la Constitución en su artículo 137 “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.

Además, y con el fin de alcanzar un equilibrio entre los factores implicados (sociedad, economía, naturaleza), la Constitución Española hace referencia al reparto competencial en esta materia. Así, el artículo 148.1. 9ª determina que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en “la gestión en materia de protección del medio ambiente”.

Por su parte, el artículo 149.1. 23ª establece que corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre la protección del medio ambiente. Todo ello “sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”.

No obstante, y a pesar del listado de competencias previsto en los artículos precedentes, la delimitación entre la competencia exclusiva y la legislativa básica del Estado podría resultar difícil de precisar. De esta manera, y si entendemos que la competencia estatal sobre el medio ambiente se extiende a un concepto global, se podría deducir que las CC. AA. tuvieran sus competencias restringidas en favor del Estado.

Sería más razonable interpretar que la labor estatal consiste en establecer un marco normativo mínimo, común y racional en materia medioambiental que deba ser respetado por todos los poderes. Del mismo modo, las CC.AA. tendrían la capacidad para ampliar los niveles de protección en este ámbito.

En este sentido Pablo Artiñano y Soledad Muñoz en su Libro “La protección municipal del medio ambiente. La licencia de actividades calificadas”²⁴, hacen referencia a la sentencia del TC 102/1995, de 26 de junio²⁵, sobre la distribución de compe-

23. Herrera Molina, P. M., “*Derecho Tributario Ambiental. La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2.000. Pág. 26.

24. Artiñano del Río, P. y Muñoz Fernández, S., “*La protección municipal del medio ambiente. La licencia de actividades calificadas*”, Ed. La Ley – Actualidad, 1998. Pp. 27, 29.

25. Tal y como afirma el TC en la citada Sentencia “El carácter polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que afecte a los más variados sectores del ordenamiento jurídico y provoca una correlativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por eso mismo, el medio ambiente da lugar a unas competencias, tanto estatales como autonómicas, con un carácter metafóricamente “transversal” por incidir en otras materias”. Continúa expresando que “un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en el espacio, pudiendo pues, coexistir títulos competenciales diversos. Así, junto al medio ambiente, los de ordenación del territorio y urbanismo, agricultura y ganadería, montes y aprovechamientos forestales, o hidráulicos, caza y pesca o comercio interior entre ellos. Ello

tencias entre el Estado y las CC.AA. En la misma línea cabe destacar la sentencia emitida por ese mismo Tribunal 170/1989, de 19 de octubre²⁶.

Por su parte, y en virtud del art. 137 de la Constitución, las Entidades Locales tienen garantizadas constitucionalmente su autonomía para la gestión de sus propios intereses.

Esta autonomía implica la capacidad de las Corporaciones Locales de ejercer potestades normativas mediante ordenanzas. Asimismo, las CC.AA. deben reconocerles los medios financieros suficientes para el correcto ejercicio de sus competencias.

Basándonos en las Sentencias del TC previamente comentadas, corresponde al Estado dictar las normas básicas que garanticen un marco común. Sin embargo, ello no exige uniformidad, ya que el propio texto constitucional al aludir a los “respectivos intereses” admite implícitamente la existencia de diferencias entre los entes territoriales.

La norma básica se concreta en la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL). A este respecto y en un sentido amplio, esta Ley es estatal, por lo que las CC.AA. no pueden vulnerar el contenido que figura en la misma.

La propia LRBRL en su artículo 27 establece la posibilidad de que tanto el Estado como las CC.AA. deleguen el ejercicio de algunas de sus competencias (entre ellas las relacionadas con el medio ambiente) sin que ello implique la transferencia de titularidad. Todo ello dentro de un marco de eficiencia administrativa y cooperación entre Administraciones²⁷.

significa, además que sobre una misma superficie o espacio natural pueden actuar distintas Administraciones pública para diferentes funciones o competencias, con la inexorable necesidad de colaboración”. Del mismo modo la citada Sentencia expone que “lo dicho nos lleva a concluir que lo básico, como propio de la competencia estatal en esta materia, cumple más bien una función de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia establezcan niveles de protección más altos”.

26. De acuerdo con lo declarado por el TC en este pronunciamiento “La legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten “normas adicionales” o un plus de protección. Es decir, la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimo que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas, con competencia en la materia, establezcan niveles de protección más altos que no entrarían por solo eso en contradicción con la normativa básica del Estado. El sentido del Texto constitucional es el de que las bases estatales son de carácter mínimo y, por tanto, los niveles de protección que establecen pueden ser ampliados o mejorados por la normativa autonómica”.
27. Señala concretamente el citado precepto que “1. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en los Municipios el ejercicio de sus competencias [...] 3. Con el objetivo de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes: a) Vigilancia y control de la contaminación ambiental. b) Protección del medio natural...”

En materia tributaria, la delegación implica la potestad de los Ayuntamientos de gestionar parte de la protección ambiental, en particular, mediante la concesión de licencias.

La expedición de estas queda supeditada a un informe vinculante de la Comunidad Autónoma, lo que establece un sistema de control conjunto entre ambas administraciones.

Con carácter general la evolución de la actividad cinegética ha requerido la implicación institucional destinada a la conservación de la naturaleza vigilando y regulando la compatibilidad de esta con otros sectores productivos, culturales y económicos. Sirva de ejemplo las palabras de Isidoro Casanueva y Manuel de Peralta en el Libro *Principios básicos de Derecho agrario* al referirse a la importancia de la Ley de Caza en Extremadura, subrayando que “en las dehesas de esta región la caza es una utilización compatible y compartida con la actividad agropecuaria que se lleva a cabo en ellas”²⁸.

Como se ha puesto de relieve en este trabajo, en gran parte de las legislaciones europeas se reconoce unánimemente el carácter medioambiental de la caza y esto justifica su reconocimiento como actividad de interés general.

Por otro lado, un estudio presentado en el Parlamento Europeo revela que los más de 12 millones de cazadores en Europa generan un gasto alrededor de 96.300 millones de euros anuales. Además, el sector tiene con un impacto en la economía equivalente al 0,99% del PIB, aportando más de 180.000 millones de euros anuales y más de un millón de empleos²⁹.

Así, resulta indudable el peso específico del sector y el impacto socioeconómico de la caza y de las industrias vinculadas a ella en Europa, sin olvidar su importancia para el desarrollo del mundo rural.

Como ejemplo, la relevancia del sector cinegético en Francia se traduce en que más del 77% de los cazadores proceden de zonas rurales, contribuyendo a la economía del país con 3.600 millones (PIB), incluyendo 2.900 de IVA el año 2022³⁰.

Por su parte, la caza en España genera 10.190 millones de euros de PIB y 199.000 empleos, de los que 45.000 son directos. A esto hay que añadir los 1.200 millones

28. Casanueva, Sánchez y De Peralta, Manuel, *Principios básicos de Derecho agrario*, Librería Técnica Universitaria FIGUEROA-2 2006. Pág.187.

29. Real Federación Española de Caza, “La caza y el tiro deportivo aportan 180.000 millones de euros al año y generan 1,1 millones de empleos en 30 países europeos”, 2025. (Fecha de consulta 10 noviembre 2025).

30. Fédération Nationale des Chasseurs, “La Chasse en France aujourd’hui et demain, plus qu’une pratique” <https://www.chasseurdefrance.com/wp-content/uploads/2024/06/Etude-FNC-Propo-Finale-Web-9.pdf>. (Fecha de consulta 10 noviembre 2025).

que aporta a las arcas del Estado³¹. Aunque según los datos ofrecidos por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, en comparación con años anteriores podría apreciarse un estancamiento y falta de apoyo del sector (reflejado en el número de licencias emitidas), también se aprecia cierta recuperación³².

No obstante, con los datos económicos aportados, no es de extrañar que la caza sea considerada como uno de los pilares esenciales de la economía nacional. Además, ni que decir tiene su importancia como elemento cultural y tradicional inherente al mundo rural en Extremadura. Todo ello, unido al auge del sector turístico en la Región³³, permite augurar una larga vida a la caza como potencial herramienta de impulso económico.

En lo que a los ingresos públicos respecta, y teniendo en cuenta que nuestra Región tiene establecido el Impuesto de Aprovechamiento Cinegético (del cual procede más del 82% del total recaudado), este aporta una cantidad constante de alrededor de seis millones de euros al año³⁴.

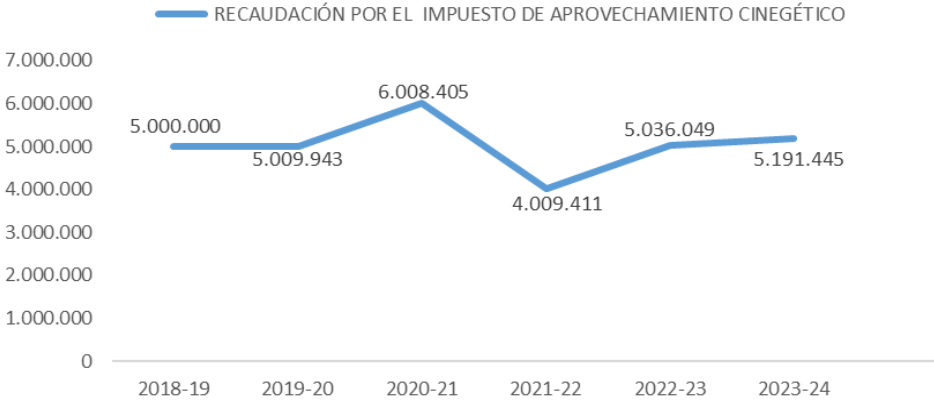


Gráfico 1. Tendencia de los ingresos públicos procedentes del Impuesto sobre el Aprovechamiento Cinegético. Fuente: Fedexcaza, “Informe anual de la situación de caza en Extremadura” (varios años). <https://www.fedexcaza.com/investigacion/informe-anual-de-situacion-de-la-caza-en-extremadura/>. (Fecha de consulta 12 noviembre 2025).

31. Fundación Artemisan, “El PIB que genera la caza en España equivale al volumen del sector textil en el país”, 2025. <https://fundacionartemisan.com/el-pib-que-genera-la-caza-en-espana-equivale-al-volumen-del-sector-textil-en-el-pais/>. (Fecha de consulta 10 noviembre 2025).
32. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, “Avance de estadística forestal 2023” <https://www.miteco.gob.es/content/dam/mitesco/es/biodiversidad/estadisticas/forestal-anuario-2023.pdf>. Pág. 32. (Fecha de consulta 11 noviembre 2025).
33. Álvarez Palomino, P., “El turismo cinegético como recurso económico en la provincia de Cáceres. Un análisis de su potencial en el mercado turístico internacional” Cámara Oficial de Comercio e Industria de Cáceres, 2007. Pág. 10. El autor define el turismo cinegético como “el conjunto de actividades que pueden realizar las personas durante sus viajes y estancias en un espacio donde las especies cinegéticas y su ecosistema son el recurso a través del cual giran o se desarrollan dichas actividades (caza mayor, caza menor, caza fotográfica, avistamiento de aves, disfrute del espectáculo de la berrea del ciervo,...etc).
34. Federación Extremeña de Caza (Fedexcaza), *Situación actual de la caza en Extremadura. Informe anual temporada 2023/24*. https://www.fedexcaza.com/wp-content/uploads/2025/11/informe_caza_23_24.pdf. Pág. 293. (Fecha de consulta 11 noviembre 2025).

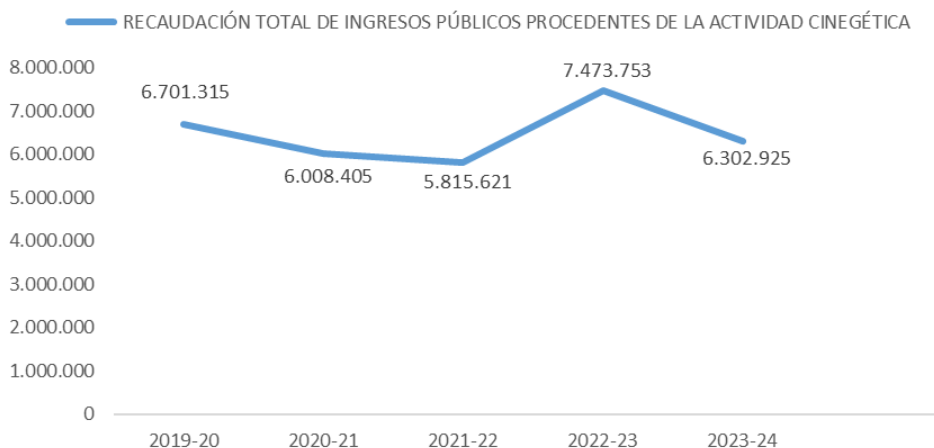


Gráfico 2. Recaudación total de ingresos públicos procedentes de la actividad cinegética. Fuente: Fedexcaza, “Informe anual de la situación de caza en Extremadura” (varios años). <https://www.fedexcaza.com/investigacion/informe-anual-de-situacion-de-la-caza-en-extremadura/>. (Fecha de consulta 12 noviembre 2025).

El Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos constituye una herramienta fiscal relevante para lograr la correcta armonización entre sus objetivos recaudatorios con la restauración del equilibrio y conservación de la biodiversidad. Para ello resulta indispensable coordinar y conciliar la distinta normativa aplicable, evitando así la ambigüedad derivada de la disparidad de criterios de valoración del propio impuesto.

La posible injerencia en las competencias de las Administraciones local y autonómica solo puede generar situaciones de doble imposición que causen inseguridad jurídica y comprometer el principio de capacidad económica.

En este sentido, el solapamiento de competencias siempre trabaja en detrimento de la finalidad esencial que debe orientar este impuesto, que no es otra que la preservación de la naturaleza como bien de interés económico, social y cultural general.

Bibliografía

- Álvarez Arroyo, F., “Breves consideraciones acerca de los Impuestos propios de la Comunidad Autónoma de Extremadura”. *Anuario Facultad de Derecho de Cáceres*, nº 11.
- Álvarez Palomino, P., “El turismo cinegético como recurso económico en la provincia de Cáceres. Un análisis de su potencial en el mercado turístico internacional”. Cámara Oficial de Comercio e Industria de Cáceres, 2007.

- Arsuaga Navasques, J. J., “El poder tributario en España”, *Crónica Tributaria*, núm. 34, 1980.
- Artiñano del Río, P., Muñoz Fernández, S., “La protección municipal del medio ambiente. La licencia de actividades calificadas”, Ed. La Ley –Actualidad, 1998..
- Casanueva, Sánchez y De Peralta, Manuel, “Principios básicos de Derecho agrario” Librería Técnica Universitaria FIGUEROA-2 2006.
- Cazorla Prieto, L. M^a., et alt. “Consideraciones sobre el poder tributario. Su estructura en la Ley General de diciembre de 1963”, en *Estudios de Derecho Tributario*, vol. I, IEF, 1979 y *Poder tributario y Estado contemporáneo*, IEF, 1981.
- Checa González, C., “Los impuestos propios de las CC. AA. Sus límites y la forma de superarlos”. *Anuario Facultad de Derecho* nº 20, 2002.
- Herrera Molina, P. M., “Derecho Tributario Ambiental. La introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario”. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Barcelona ,2.000.
- Orón Moratal, G., “El impuesto municipal sobre gastos suntuarios: el aprovechamiento de los cotos de caza”. *Revista técnica Tributaria*, nº 30, vol.3, 1995.
- Sainz de Vicuña, A., “El ámbito territorial de las normas tributarias”, en la obra colectiva *Estudios de Derecho Tributario*, vol. I, IEF, 1979.

Webgrafía

- Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts, <https://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1231-PGP.html/identifiant%3DBOI-RFPI-CHAMP-10-30-20170405>
- Fédération National des Chasseurs “La Chasse en France aujourd’hui et demain, plus qu’une pratique” <https://www.chasseurdefrance.com/wp-content/uploads/2024/06/Etude-FNC-Propo-Finale-Web-9.pdf>.
- Fedexcaza, “Informe anual de la situación de caza en Extremadura” (varios años). <https://www.fedexcaza.com/investigacion/informe-anual-de-situacion-de-la-caza-en-extremadura/>.
- Fundación Artemisan, “El PIB que genera la caza en España equivale al volumen del sector textil en el país”, <https://fundacionartemisan.com/el-pib-que-genera-la-caza-en-espana-equivale-al-volumen-del-sector-textil-en-el-pais/>.
- Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas*, <https://www.icnf.pt/api/file/doc/2b2f06390d4bfe57>.
- Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, “Avance de estadística forestal 2023” <https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/biodiversidad/estadisticas/forestal-anuario-2023.pdf>.

Orón Moratal, G., “El impuesto municipal sobre gastos suntuarios: el aprovechamiento de los cotos de caza”. Revista técnica Tributaria, nº 30, vol.3 1995, <https://revistatecnica tributaria.com/index.php/rtt/issue/view/110/108>.

Portal Tributario de la Junta de Extremadura, <https://portaltributario.juntaex.es/PortalTributario/web/guest/impuesto-sobre-aprovechamientos-cinegeticos>.

Regione Lombardia, <https://www.regione.lombardia.it/wps/portal/istituzionale/HP/servizi-e-informazioni/impreses/tributi-e-canoniper-le-impreses/tassa-sulle-concessioni>.

Regio Veneto, <https://www.regione.veneto.it/web/tributi-regionali/oncensione-di-constituzine-di-a-azienda-faunistico-vanetoria-e-agituristico-venatorie-b-centro-privas>.

Regione Piemonte, https://www.regione.piemonte.it/web/sites/default/files/media/documenti/2024-02/tabella_determinazione_della_tassa.pdf.

Abreviaturas

Art.: Artículo

BIC: *Bénéfices Industriels et Commerciaux*

CC. AA.: Comunidades Autónomas.

CDIs :Convenios Doble Imposición.

CE: Constitución Española.

CGI: *Côte Général des Impôts*.

FEDEXCAZA: Federación Extremeña de Caza.

IIVTNU: Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

ICIO: Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.

ICNF: *Instituto da Conservação da Natureza e Florestas*.

IRPF: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

IVA: Impuesto Valor Añadido.

LGT: Ley General Tributaria.

LOFCA: Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

LRBRL: Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

LRHL: Ley Reguladora Haciendas Locales.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo.

PIB: Producto Interior Bruto.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

UE: Unión Europea.

ZCA: *Zonas de Caça Associativa*.

ZCJ: *Zonas de Caça em Área do Ministério da Justiça*.

ZCM: *Zonas de Caça Municipal*.

ZCN: *Zonas de Caça Nacional*.

ZCT: *Zonas de Caça Turística*.

ZMC: *Zonas de Caça em Área Militar*.

Contribuciones de autoría

Aportación de Juan Calvo Vérguez: Resumen y abstract. 1. Concepto y límites del poder tributario. Marco normativo del poder tributario de las CC.AA. 2. Principios generales y específicos del ordenamiento tributario regional.

Aportación de M. Sonia García Bachiller: 3. La fiscalidad sobre el aprovechamiento de cotos privados de caza. La aplicación del Impuesto sobre Aprovechamientos Cinegéticos de Extremadura. 4. La fiscalidad de la caza en los principales países europeos. 5. Reflexiones finales.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

El presente trabajo es parte del proyecto "Plan Complementario de Biodiversidad", cofinanciado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y la Junta de Extremadura con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.



Artículos Originales || Recibido: 14/11/2025 || Aceptado: 04/12/2025

Control jurídico de la prohibición de regresión en materia ambiental

Legal oversight of the non-regression principle in environmental law

Antonio Alonso Clemente  0000-0002-6988-687X

Letrado – Jefe de Área de los Servicios Contenciosos de la Junta de Extremadura

Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Extremadura, España.

antonioalonso@unex.es

In memoriam † Felipe A. Jover Lorente, amigo y maestro inolvidable.

Resumen

El principio de no regresión ambiental, surgido en la doctrina y la jurisprudencia y plasmado posteriormente en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, se concreta en materia de aguas a través del principio de no deterioro. Las excepciones a la aplicación estricta de este principio están sujetas a control jurídico, bajo las premisas del control de proporcionalidad, pero en el mismo es necesario tomar en consideración los aspectos técnicos y también consideraciones de política ambiental.

Palabras clave: Principio de no regresión; Derecho ambiental; Control de proporcionalidad; Política hídrica.

Abstract

The principle of environmental non-regression, which emerged from legal doctrine and case law and was subsequently enshrined in Law 7/2021, of May 20, on Climate Change and Energy Transition, is specified in the field of water management through the principle of non-deterioration. Exceptions to the strict application of this principle are subject to judicial review, under the premises of proportionality control, in which it is necessary to take into account both technical aspects and environmental policy considerations.

Keywords: Non-regression principle; Environmental law; Proportionality review; Water policy.

Sumario

1. Concepto y naturaleza jurídica
2. Valor jurídico
3. Marco normativo del principio de no deterioro.
4. Concepto de deterioro
5. Control de medidas regresivas
6. VII. Bibliografía

I. Concepto y naturaleza jurídica

El presente artículo se preparó en el marco de la mesa redonda “*Desafíos en materia de Derecho Agrario*”, de las jornadas celebradas por la Asociación de Magistrados Especialistas de lo Contencioso Administrativo en Cáceres. La elección de la temática se hizo en razón de la intensa dependencia del sector agropecuario del recurso agua. Un bien escaso y en riesgo de deterioro, que obliga a valorar las nuevas actuaciones desde el punto de vista de la sostenibilidad del recurso. El factor ambiental se encuentra presente en el sector jurídico del Derecho Agrario, como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, núm. 1425/2020, de 29 de octubre (núm. Rec. 4466/2019; ponente: Huet de Sande; ECLI:ES:TS:2020:3710):

“... este Plan Espacial de Ordenación de las zonas de regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana aprobado en 2014, al que se remite el Plan Hidrológico del Guadalquivir de 2016, según reza su preámbulo, había iniciado su tramitación en el año 2007, y se elabora en desarrollo del Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana aprobado por Decreto 341/2003, de 9 de diciembre, para compatibilizar el desarrollo de ese territorio, agrícola y turístico, con la protección de sus excepcionales valores naturales y el uso racional del agua, siendo su objetivo principal establecer un equilibrio entre el desarrollo de la actividad agrícola en el entorno de Doñana, y las consecuencias de esta actividad en el medio ambiente y, fundamentalmente, en las aguas subterráneas que inciden en el Espacio Natural. Y es la incompatibilidad con este plan la que, en definitiva, fundamenta la denegación del aprovechamiento pretendido” (Fundamento quinto).

En ese marco compartido entre el Derecho Ambiental y el Derecho Agrario queremos centrar este trabajo en el análisis del principio de no regresión, pero focalizado en materia de aguas. Y la primera tarea que se nos presenta es indagar en el concepto y naturaleza del principio jurídico.

Definir el principio de no regresión (o de no deterioro de las masas de agua) resulta tan complicado como definir el medioambiente. El Tribunal Constitucional ofrece una visión compleja, pluridimensional, interdisciplinar y dinámica de este último concepto. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995¹, el Alto Tribunal define el medio ambiente como un entramado complejo de relaciones entre elementos naturales y humanos, cuya interconexión les da un significado trascendente: “*El medio ambiente es la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales, de las personas y de las sociedades*” (Fundamento jurídico sexto de la sentencia citada). Un concepto que orienta hacia la idea de protección y conservación:

1. Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio. BOE núm. 181 de 31 de julio de 1995 (ECLI:ES:TC:1995:102).

“[e]l medio ambiente, tal y como ha sido descrito, es un concepto nacido para reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro. Si éste no se hubiera presentado resultaría inimaginable su aparición por meras razones teóricas, científicas o filosóficas, ni por tanto jurídicas. ... Diagnosticada como grave, además, la amenaza que suponen tales agresiones y frente al reto que implica, la reacción ha provocado inmediatamente una simétrica actitud defensiva que en todos los planos jurídicos constitucional, europeo y universal se identifica con la palabra “protección”, sustrato de una función cuya finalidad primera ha de ser la “conservación” de lo existente, pero con una vertiente dinámica tendente al “mejoramiento”, ambas contempladas en el texto constitucional (art. 45.2 CE), como también en el Acta Única Europea (art. 130 R) y en las Declaraciones de Estocolmo y de Río” (Fundamento séptimo).

Ese complejo entramado entre el hombre y los recursos naturales que late en el texto constitucional impregna todos los principios ambientales. También el principio de no deterioro, en el que confluye una triple componente, técnica, política y jurídica (Álvarez Carreño, 2006), dado que es necesario partir de estudios técnicos, tomar decisiones políticas en relación con los objetivos que se quiere y se pueden alcanzar y aquéllas tienen incidencia en la esfera jurídica de los particulares. Porque la protección del medio ambiente se mueve en las relaciones entre el hombre y su entorno.

Lozano Cutanda (2010) define los principios ambientales como *“expresivos de una pauta de comportamiento exigible a todos los miembros de la comunidad internacional y en relación a todos los aspectos atinentes a la protección del medio ambiente”*. En su mayoría, estos principios han surgido en el ámbito internacional, fruto de las relaciones entre los Estados. Muchos de ellos comenzaron a evidenciarse en cumbres internacionales². El caso del principio de no regresión, en concreto, fue puesto de manifiesto en la Cumbre Río + 20³, aunque previamente había sido formulado por la doctrina. En esta conferencia internacional se aprobó un proyecto de recomendación acerca del principio de no regresión. En concreto, se proponía la proclamación oficial en la declaración final que *“para evitar cualquier retroceso en la protección del medio ambiente, los Estados deben, en aras del interés común de la humanidad, reconocer y consagrar el Principio de No Regresión”*.

Muchos de los principios ambientales surgidos como soft law, han sido plasmados en tratados o normas internacionales o internas de los Estados y se han convertido en fuente del derecho. Es el caso del principio de no regresión y del principio de no deterioro (concreción del anterior en relación con las masas de agua), que han sido contemplados expresamente en la legislación de la Unión Europea y en la interna española, como más tarde referiremos.

2. Fundamentalmente, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada el 16 de junio de 1972, y la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, adoptada el 14 de junio de 1992.

3. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, 20 a 22 de junio de 2012, Río de Janeiro.

En línea con la proclamación pretendida en 2012, López Ramón (2011) describe que el principio de no regresión *“es una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un progreso solidario con las generaciones futuras, solidaridad que implica no retroceder nunca en las medidas de protección del medio ambiente”*. Se trata pues de un límite al poder normativo (legislativo y reglamentario) que impide establecer una nueva regulación que derogue o reduzca el nivel de protección consolidado.

En realidad, el principio de no regresión hace referencia al mantenimiento de una situación jurídica dada en relación con determinados derechos, impidiendo el retroceso a situaciones previas menos favorables para los mismos. Se trata además de un principio que ha sido aplicado antes en el ámbito de los derechos fundamentales y también los derechos económicos y sociales⁴, basándose en las teorías sobre la intangibilidad e irreversibilidad (González Sanfiel, 2022). Cualquier progreso en la protección de un derecho constituye una palanca de impulso para el progreso permanente al impedirse el retroceso.

Así ha sido configurado el principio de no regresión en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética⁵, que lo recoge, entre otros principios ambientales, en el artículo 2.l]. No se incorporó finalmente la definición del principio en el articulado de la norma, como proponía el Consejo de Estado en el Dictamen⁶ sobre el Anteproyecto de Ley⁷, pero sí se plasmó en la exposición de motivos:

“Es necesario fijar, en el marco de la ley, objetivos de reducción de emisiones para el año 2030 y 2050 ofreciendo previsibilidad para orientar las decisiones de inversión y de regulación en la materia. Los objetivos cuantificados buscan favorecer la predictibilidad y las señales económicas adecuadas, recogiendo el principio de no regresión en los objetivos marcados. Desde el punto de vista medioambiental, este principio de no regresión se define como aquel en virtud del cual la normativa, la actividad de las Administraciones Públicas y la práctica

4. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de abril de 2021 (Asunto C-896/19, Repubblika; caso C-83/19, Asociatia; caso C-791/19, Comisión/Polonia; ECLI:EU:C:2021:311): *“...Por tanto, un Estado miembro no puede modificar su legislación de modo que se dé lugar a una reducción de la protección del valor del Estado de Derecho”*.

5. La evolución del principio de no regresión desde *lex non scripta* ha sido resaltado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 5ª, núm. 62/2024, de 17 de enero (recurso de casación núm.: 2859/2022; ponente Excm. Sra. D.ª Ángeles Huet De Sande; ECLI:ES:TS:2024:168): *“Como decíamos en esta sentencia, si el principio de no regresión era hasta el momento, en palabras de la STC 233/2015, «boy por boy a lo sumo una lex non scripta», que en nuestro ordenamiento había sido objeto de construcción exclusivamente jurisprudencial, tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional en los términos que allí se describían, actualmente tiene ya un reconocimiento expreso en nuestro derecho positivo en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, que en su art. 2 recoge entre sus principios rectores el de no regresión, definiéndolo en su exposición de motivos, apartado III, en la que se afirma, a modo de síntesis o compendio de los pronunciamientos jurisprudenciales referidos...”*

6. Dictamen 204/2020, de 12 de marzo de 2020.

7. Así lo había pedido también en el Congreso el Grupo Parlamentario Vasco mediante la enmienda de modificación núm. 315.

jurisdiccional no pueden implicar una rebaja o un retroceso cuantitativo ni cualitativo respecto de los niveles de protección ambiental existentes en cada momento, salvo situaciones plenamente justificadas basadas en razones de interés público, y una vez realizado un juicio de ponderación entre los diferentes bienes jurídicos que pudieran entrar en contradicción con el ambiental.”

Como puede apreciarse, no se prohíbe el retroceso de manera absoluta, pues existen otros valores constitucionales que pueden condicionar la aplicación de dicho principio. La definición legal del principio, aunque no fija parámetros de control que evidencien el alcance concreto del mismo, reconoce explícitamente su carácter relativo, obligando a ponderar todos los intereses –constitucionalmente legítimos– en juego. Porque una aplicación del principio de carácter absoluto, impidiendo cualquier modificación legislativa posterior, vulneraría el principio constitucional de pluralismo político y democrático (Parejo Alfonso, 2000).

Admite excepciones–sometidas a un rigor de motivación exigente–, que tienen anclaje no solo en los aspectos jurídicos del principio, sino también de la coyuntura socioeconómica y la disponibilidad de nuevas tecnologías (Amaya Arias, 2016). Empero, en los casos en que se pretenda excepcionar el principio, se exige con carácter general una motivación reforzada y el cumplimiento de determinadas condiciones.

Por lo que respecta al objetivo de no deterioro de las masas de agua, en torno al cual centramos este estudio, ya hemos anticipado que supone una concreción normativa del principio de no regresión en materia ambiental (Embid Irujo, 2017) (Amaya Arias Á. M., 2015a), circunscrita al ámbito material concreto de las aguas. Se concreta el principio de no regresión ambiental en el principio de no deterioro de las aguas: prevenir o evitar el deterioro de las masas de agua superficiales y subterráneas, respectivamente, se señala en los apartados a] y b] del artículo 4.1 de la Directiva Marco 2000/60/CE.

Se trata, en opinión de Amaya (2015b), de una herramienta jurídica que impide la disminución injustificada del buen estado de las aguas que encuentra su fundamento en el principio de no regresión. Alcanzado un nivel adecuado en el estado de una masa de agua, queda prohibido retornar a un estado de menor calidad, salvo que concurra una excepción especialmente cualificada.

No obstante, el primer paso para aprehender el verdadero sentido del principio de no deterioro exige un análisis minucioso de lo que se entiende por deterioro en el contexto de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas⁸, aspecto que revisaremos bajo la luz de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero antes resulta

8. La Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000 fue traspuesta en España mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que

imperativo diseccionar la regulación de los objetivos específicos que la Directiva establece para las diversas masas de agua y las excepciones totales o parciales a su consecución.

La norma parte de la premisa de que el agua no es un bien comercial y plantea una estrategia para proteger y defender este patrimonio, en el marco del objetivo general de la Unión Europea de conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente, así como la utilización racional y prudente de los recursos naturales⁹. Engarza por ello también con el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: *“En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.”*

Concreta esa meta en el objetivo de alcanzar el buen estado ecológico de las aguas, que define en el artículo 2.21 como *“una expresión de la calidad de la estructura y el funcionamiento de los ecosistemas acuáticos asociados a las aguas superficiales”*. Y en los apartados 18 y 20 de ese mismo precepto delimita el buen estado para las aguas superficiales y las aguas subterráneas, respectivamente, por referencia a los indicadores de calidad biológicos, hidromorfológicos, químicos y fisicoquímicos establecidos en el Anexo V.

Sobre esta base de carácter general, el artículo 4 de la Directiva desglosa los objetivos que habrán de contemplarse en los programas de medidas especificados en los planes hidrológicos de cuenca, distinguiendo las aguas superficiales, las aguas subterráneas y las zonas protegidas. En torno a estos objetivos pivota la gestión sostenible del agua a largo plazo en la Unión Europea (Comisión Europea, 2017).

Para las aguas superficiales establece los siguientes objetivos específicos: i) *“aplicar las medidas para prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua superficial”*; ii) *“proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial [...] con objeto de alcanzar un buen estado”*; iii) *“proteger y mejorar todas las masas de agua artificiales y muy modificadas”*; y iv) *“reducir progresivamente la contaminación”*.

Para las aguas subterráneas, los objetivos son: i) *“evitar o limitar la entrada de contaminantes y evitar el deterioro de todas las masas de agua de esta clase”*; ii) *“proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua subterránea y garantizar un equilibrio*

incluye en el artículo 129 la modificación del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

9. El artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que *“Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”*. Y el artículo 191, define como objetivos de la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas, la utilización prudente y racional de los recursos naturales, el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular a luchar contra el cambio climático. Todo ello con el fin de alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión.

entre la extracción y la alimentación de dichas aguas, con el objeto de alcanzar un buen estado de las aguas subterráneas”; y iii) “aplicar las medidas para invertir toda tendencia significativa y sostenida al aumento de la concentración de cualquier contaminante”.

Para las zonas protegidas, *“lograr el cumplimiento de todas las normas y objetivos a más tardar quince años después de la entrada en vigor de la presente Directiva, a menos que se especifique otra cosa en el acto legislativo comunitario en virtud del cual haya sido establecida cada una de las zonas protegidas”.*

Esta definición de objetivos se complementa con la plasmación de diversos principios que tienen como finalidad facilitar la consecución de aquéllos (Fanlo Loras, 2019)¹⁰, entre los que destacan el principio de no deterioro y el principio de mejora de los ecosistemas acuáticos, entre otros. Debemos reparar en que el artículo 4.1 de la Directiva 2000/60/CE establece dos objetivos diferenciados, aunque relacionados. Los Estados miembros habrán de aplicar las medidas necesarias para prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua (apartados a.ii] y b.i]) y, además, habrán de proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua con objeto de alcanzar un buen estado (apartados a.i] y b.ii]). Es decir, se contemplan de forma diferenciada un objetivo no deterioro y un objetivo de mejora.

La primera versión de la Directiva 2000/60 parecía conducir a entender que las masas de agua clasificadas en una clase superior a la de ‘buen estado’ podían degradarse hasta ser incluidas en esta última clase. Por esta razón, el Parlamento Europeo propuso una modificación que permitiera distinguir entre la obligación de lograr un buen estado y la de evitar el deterioro, insertando otro guion en el apartado 1 del artículo 4 de esta Directiva en el que se enunciara por separado, expresamente, la obligación de evitar el deterioro.

Esta dicotomía de objetivos ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en Sentencia de 1 de julio de 2015 (Asunto C-461/13; ECLI:EU:C:2015:433) y en Sentencia de 28 de mayo de 2020 (Asunto C-535/18; ECLI:EU:C:2020:391)¹¹. En esta última constató que:

“44 Para el Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), las autoridades públicas tienen que cumplir tanto con la obligación de evitar el deterioro del estado de las masas de agua como con la de mejorarlo. No obstante, en Derecho alemán

10. Fanlo Loras (2019) cita además entre los principios que rigen la protección de las aguas el de “uso sostenible del agua”, el de “reducción progresiva de vertidos de sustancias prioritarias”, el de “interrupción o supresión gradual de sustancias peligrosas prioritarias” y el de “reducción progresiva de la contaminación de las aguas subterráneas”.

11. El Tribunal Supremo también se ha referido a esta doble finalidad de los planes hidrológicos en la Sentencia de la Sala de lo contencioso administrativo núm. 1003/2019, de 8 de julio (Sección 5ª; recurso ordinario 4434/2016; ECLI:ES:TS:2019:2233), declarando que los planes hidrológicos son descriptivos de la situación de la cuenca, de una parte, y son planes de actuación en la medida en que persiguen el cumplimiento de los objetivos medioambientales, debiendo recoger cualquier actuación sobre el dominio público hidráulico.

dichas obligaciones no otorgan derechos subjetivos a los particulares que puedan verse afectados por las repercusiones de un proyecto relativo al agua: fijan objetivos de gestión del agua y simplemente sirven al interés público.”

En cualquier caso, no nos encontramos ante objetivos meramente programáticos, sino que tienen efectos vinculantes directos e inmediatos. Esto ha sido establecido de manera clara por el Tribunal de Justicia (Gran Sala) en Sentencia del de 1 de julio de 2015 (Asunto C-461/13; ECLI:EU:C:2015:433):

“43 Estos elementos refuerzan la interpretación según la cual el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/60 no se limita a enunciar con una formulación programática meros objetivos de planificación hidrológica, sino que tiene efectos vinculantes, una vez determinado el estado ecológico de la masa de agua de que se trate, en cada etapa del procedimiento establecido por esa Directiva.

44 El régimen de excepciones previsto en el artículo 4, apartado 7, de la Directiva 2000/60, cuyos requisitos de aplicación han sido examinados por la demandada en el litigio principal pero no son objeto de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, constituye también un elemento que refuerza la interpretación en virtud de la cual la prevención del deterioro del estado de las masas de agua reviste carácter vinculante.”

Y más recientemente en Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de mayo de 2022 (Asunto C-525/20; ECLI:EU:C:2022:351):

“24. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2000/60 no se limita a enunciar con una formulación programática meros objetivos de planificación hidrológica, sino que tiene efectos vinculantes, una vez determinado el estado ecológico de la masa de agua de que se trate, en cada etapa del procedimiento establecido por esa Directiva. Por tanto, esa disposición no contiene solo obligaciones de principio, sino que afecta también a proyectos concretos (véase, en ese sentido, la sentencia de 1 de julio de 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, apartados 43 y 47).”

Ambos principios tienen una doble finalidad (Guerrero Ron, 2020). Determinar, de una parte, el estado de cada masa de agua para definir su situación ambiental actual; de otra parte, establecer los objetivos y programar las actuaciones precisas para alcanzarlos, así como fijar las condiciones para evitar el deterioro.

No contiene la Directiva 2000/60 una definición del principio de no deterioro, aunque sí lo enuncia expresamente. Queda claro que tanto este principio como el objetivo de lograr una mejora los refiere al concepto de estado de las masas de agua (artículo 4, apartado 1, letra a)). Así lo confirma la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de julio de 2015¹², considerando 41:

12. Asunto C-461/13, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania), mediante resolución de 11 de julio de 2013. ECLI:EU:C:2015:433.

“41. Tanto la obligación de mejora como la obligación de prevenir el deterioro del Estado de las masas de agua tienen como finalidad el logro de los objetivos cualitativos pretendidos por el legislador de la unión, a saber, la conservación o la regeneración de un buen estado, da un buen potencial e ecológico y de un buen estado químico de las aguas superficiales”.

Y en los considerandos 35 y 51:

“35. El considerando 25 de esta Directiva confirma que deben fijarse objetivos medioambientales para garantizar el buen estado de las aguas superficiales y subterráneas en toda la Unión y evitar el deterioro del estado de las aguas a nivel de la Unión”.

“51. En vista de todas las consideraciones anteriores, debe responder a las cuestiones perjudiciales primera y cuarta que el artículo cuatro, apartado uno, letra A, incisos i) a iii), e la Directiva 2000/60 ha de interpretarse en el sentido de que los estados miembros están obligados-Sin perjuicio de la posibilidad de que se concede una excepción-a denegar la autorización de un proyecto si este puede provocar el deterioro del estado de una masa de agua superficial o si pone en peligro el logro de un buen estado de las aguas superficiales o de un buen potencial ecológico y un buen estado químico de dichas aguas en la fecha prevista por esta Directiva”.

También tiene reflejo en las conclusiones presentadas por la abogada general Sra. Juliane Kokott (13 de octubre de 2011) en el asunto C-43/10.

Por tanto, el estado –actual– de una masa de agua constituye el aspecto crucial (el statu quo protegido) para determinar si nuevas actuaciones constituyen un retroceso ambiental y, por ello, vulneran el principio de no deterioro. La determinación del estado de una masa de agua se definirá conforme a los criterios previstos en el Anexo V de la Directiva Marco.

Para las aguas superficiales, el Anexo V establece que el estado vendrá determinado por la peor de las siguientes tres categorías:

- Estado ecológico: mide la calidad de los ecosistemas acuáticos, considerando:
 - * Elementos biológicos (flora y fauna)
 - * Elementos hidromorfológicos (estructura del cauce, régimen de caudales)
 - * Elementos físico - químicos (temperatura, oxígeno, nutrientes, etc.)
- Estado químico: se basa en el cumplimiento de normas de calidad ambiental para sustancias prioritarias. Si se supera algún umbral, el estado químico se considera “no bueno”.
- Estado global: es el resultado de combinar el estado ecológico y químico. Si uno de ellos no es “bueno”, el estado global tampoco lo será.

El estado de las aguas subterráneas se evalúa mediante dos componentes:

- Estado químico: se refiere a la concentración de contaminantes y su impacto en la salud humana y el medio ambiente.
- Estado cuantitativo: analiza si la extracción de agua afecta negativamente al equilibrio del acuífero y a los ecosistemas dependientes.

Atendiendo a estos criterios, corresponde a los planes hidrológicos de cuenca determinar el estado de las masas de agua. Queda por resolver en qué supuestos se produce una regresión en el estado de una masa de agua; tarea que no es fácil, atendida la definición técnicamente compleja del estado que se contiene en el anexo citado.

2. Valor jurídico

Existe un debate abierto acerca de si la previsión del artículo 45 de la Constitución constituye un derecho subjetivo o no. La doctrina mayoritaria parece inclinarse por una respuesta negativa, al estar catalogado por la propia Constitución como principio rector de la política social y económica. Y aun quienes lo consideran derecho subjetivo, reconocen que lo sería de carácter mediato, precisando que el legislador ha de determinar su contenido y alcance.

Pero, aunque así sea, los principios ambientales derivados del citado artículo constitucional no son meramente programáticos, sino que son vinculantes para los poderes públicos¹³. El texto constitucional tiene valor normativo y vinculante¹⁴. Por lo tanto, en la medida en que el principio de no regresión deriva del mandato enunciado en el artículo 45 de la Constitución, constituye un mandato vinculante para todos los poderes públicos. En su manifestación como principio de no deterioro, además, cuenta con el carácter vinculante que dimana tanto de la Directiva 2000/60, como de la normativa interna española (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, y Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica).

De entrada, parece que cuando la innovación del ordenamiento jurídico se produce a través de una norma con rango de ley, el contraste entre ambas normas no puede conducir a la declaración de inconstitucionalidad de la nueva porque el principio de no regresión ambiental no se encuentra plasmado en una ley que forme parte del canon de constitucionalidad.

13. La Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio (BOE núm. 181, de 31 de julio de 1995; ECLI:ES:TC:1995:102), declara en su fundamento jurídico 16º que “*El artículo 45 CE no es una norma meramente programática, sino que impone deberes concretos a los poderes públicos y reconoce derechos subjetivos que pueden ser protegidos judicialmente. La protección del medio ambiente, por tanto, no es sólo una exigencia ética o política, sino también jurídica, que forma parte del ordenamiento constitucional y que puede justificar la intervención del Estado en materias que, en principio, corresponderían a las Comunidades Autónomas.*”

14. (Lozano Cutanda, 2010)

En esta línea se pronuncia el Tribunal Constitucional en la Sentencia 233/2015, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TC:2015:233)¹⁵:

“La exégesis de la obligación constitucional de defender y restaurar el medio ambiente o, dicho en otras palabras, la tarea de velar por la garantía del cumplimiento de las obligaciones que dimanen de este precepto constitucional se presenta siempre compleja cuando, como es el caso en este proceso, se alega regresión o involución de los estándares de protección medioambiental previamente establecidos en la esfera de la legislación ordinaria.

[...] Los recurrentes pretenden erigir el principio de no regresión ambiental (o cláusula stand still), que impediría que se rebajasen los estándares medioambientales vigentes, en canon de constitucionalidad. La invocación de este principio, que supone una extraña vinculación del legislador futuro al presente, debe ser desestimada, pues nunca ha sido reconocido como tal canon por la jurisprudencia constitucional, ni existe en ningún tratado internacional, y ni tan siquiera puede inferirse como norma consuetudinaria de Derecho internacional.

El recurso no razona con exactitud en qué texto normativo ha quedado positivado este principio. La vinculación que hace en este punto al art. 45 CE desfigura su dicción literal, puesto que el término «mejorar» se refiere a la calidad de vida, no al entorno. En cuanto al art. 37 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, no establece un derecho, sino que enuncia un principio que nunca podría servir como canon de constitucionalidad, según ha señalado el Tribunal Constitucional y se desprende del art. 52.5 de la propia Carta. El principio de no regresión tampoco se establece en ningún texto internacional, ni siquiera en ningún instrumento de soft law. Así lo avala la apelación a los gobiernos nacionales efectuada por el Congreso mundial de la naturaleza de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), celebrado en septiembre de 2012, que descarta que exista una norma internacional que establezca inequívocamente este principio.

El principio de no regresión no es pues canon válido de constitucionalidad, ...”

Pero ello no impide que dicho principio pueda servir de parámetro de control de manera indirecta. En alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha valorado leyes desde la perspectiva del principio de no regresión ambiental al amparo de la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹⁶. En la Sentencia 132/2017, de 14 de noviembre¹⁷, concluye que

“No hay, en principio, impedimento alguno para proyectar la anterior idea de no regresión también sobre la acción del legislador autonómico, si bien debe tenerse en cuenta que se trata de un legislador que opera en el espacio previamente delimitado por el legislador bá-

15. BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2015; ECLI:ES:TC:2015:233.

16. En la exposición de motivos de la Ley 7/2021, se proclama también que “En el caso de los Estados descentralizados como España, este principio ordena también la interconexión interordinamental: ya no solo como proyección temporal entre normas anteriores y posteriores, sino en el juego de las bases de las normas ambientales, es decir, que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia puedan establecer niveles de protección más altos que la legislación básica estatal.” Lo que viene a asimilar con el principio de no regresión la posibilidad de que las Comunidades Autónomas fijen un nivel de protección mayor que el derivado de la legislación básica estatal (González Sanfiel, 2022).

17. BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017; ECLI:ES:TC:2017:132.

sico estatal, de forma que sus opciones legislativas suelen estar ampliamente encuadradas y enmarcadas por el contenido de las bases estatales dictadas al amparo tanto de competencias sectoriales como transversales (STC 101/2005, de 20 de abril, FJ 5). En consecuencia, la capacidad del legislador autonómico para propiciar una patente degradación del medio ambiente en su territorio, sin vulnerar al mismo tiempo las bases estatales, es, tendencialmente, limitada, sin que pueda descartarse de antemano un eventual resultado de esa naturaleza”.

Aunque finalmente entendió en ese caso que no había vulneración de la norma estatal.

Un planteamiento similar lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2024, de 13 de febrero¹⁸, en la que se declara inconstitucional un precepto de la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía (LISTA), porque la protección ambiental que otorga la norma estatal no se ve asegurada por la autonómica, *“por cuanto no es suficiente la referencia legal a conceptos indeterminados, como la vinculación, tal como acabamos de exponer, o la proporcionalidad, respecto de la que el precepto no menciona criterio alguno”*.

Esta doctrina del Tribunal Constitucional que venimos comentando ha contribuido decisivamente a perfilar el valor jurídico del principio de no regresión ambiental. Establece en la Sentencia 233/2015, como principio de base, que el artículo 45 de la Constitución tiene carácter de principio rector de la política social y económica y no de derecho fundamental. Pero incardina el principio de no regresión en el núcleo del mandato de conservación y utilización racional de los recursos naturales enunciado en dicho precepto:

“En este contexto, el principio de no regresión del Derecho medioambiental (también conocido como cláusula stand-still) entronca con el propio fundamento originario de este sector del ordenamiento, y enuncia una estrategia sin duda plausible en orden a la conservación y utilización racional de los recursos naturales, que con distintas técnicas y denominaciones ha tenido ya recepción en algunas normas de carácter sectorial del Derecho internacional, europeo o nacional (STC 45/2015, de 5 de marzo, FJ 4) o en la jurisprudencia internacional o de los países de nuestro entorno, cuyo detalle no viene al caso porque se trata de referencias sectoriales que no afectan específicamente al dominio público marítimo-terrestre¹⁹.”

Más adelante, en la misma sentencia, concreta aún más esta afirmación:

“Así las cosas, el interrogante que debemos despejar es si cabe extraer directamente tal principio de los postulados recogidos en el art. 45 CE. Ciertamente, como ya advertimos en las citadas SSTC 149/1991 y 102/1995, las nociones de conservación, defensa y restauración del medio ambiente, explícitas en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional, comportan tanto la preservación de lo existente como una vertiente dinámica tendente a su mejoramien-

18. BOE núm. 72, de 22 de marzo de 2024; ECLI:ES:TC:2024:25

19. Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2015 (ECLI:ES:TC:2015:233).

to que, en lo que particularmente concierne a la protección del demanio marítimo-terrestre, obligan al legislador a asegurar el mantenimiento de su integridad física y jurídica, su uso público y sus valores paisajísticos. En particular, el deber de conservación que incumbe a los poderes públicos tiene una dimensión, la de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente, que no consentiría la adopción de medidas, carentes de justificación objetiva, de tal calibre que supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva. Esta dimensión inevitablemente evoca la idea de «no regresión»,...

Y lo califica de *lex non scripta*, como estrategia y como aspiración política:

“En la vocación de aplicación universal con la que dicho principio se enuncia, es hoy por hoy a lo sumo una *lex non scripta* en el Derecho internacional ambiental y, sin duda, constituye una formulación doctrinal avanzada que ya ha alumbrado una aspiración política de la que, por citar un documento significativo, se ha hecho eco la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de septiembre de 2011, sobre la elaboración de una posición común de la UE ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, «Río+20» (apartado 97).”

Lo que para algunos parece conducir a negarle fuerza jurídica (González Sanfiel, 2022).

Sin embargo, de la formulación del principio que acaba construyendo, a nuestro parecer la conclusión es que el Tribunal Constitucional reconoce verdadero valor jurídico vinculante al principio de no regresión:

“En particular, el deber de conservación que incumbe a los poderes públicos tiene una dimensión, la de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente, que no consentiría la adopción de medidas, carentes de justificación objetiva, de tal calibre que supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva. Esta dimensión inevitablemente evoca la idea de «no regresión», aunque los conceptos que estamos aquí contrastando no admiten una identificación mecánica, pues es también de notar que el deber constitucional se proyecta sobre el medio físico, en tanto que el principio de no regresión se predica del ordenamiento jurídico.”

Esta diferenciación que introduce el Tribunal Constitucional en el último inciso lleva a concluir que, dado que las normas jurídicas no son intangibles, la regulación preexistente (el nivel de protección alcanzado) es uno más entre otros factores a tomar en consideración para determinar si conlleva una regresión ambiental. Y añade que:

“Ir más allá de esta noción requeriría, como premisa mínima, atribuir al derecho al medio ambiente un contenido intangible para el legislador. Esta construcción encuentra, en nuestro sistema constitucional, las dificultades intrínsecas a la propia extensión y abstracción de la noción de «medio ambiente», y a la ausencia de parámetros previos que contribuyan a la identificación del contenido de ese instituto jurídico. Ante tales dificultades, no se antoja casual que el principal reconocimiento de los derechos subjetivos en materia de medio am-

biente se haya plasmado, hasta el presente, en el Convenio de Aarhus a través de los llamados «derechos procedimentales» (información, participación y acceso a la Justicia).”

El matiz es muy importante; no puede confundirse el deber de conservar el medio ambiente con el deber de conservar la norma, porque *“la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia”*, y *“esta noción, consustancial al principio democrático, otorga al legislador un margen de configuración plenamente legítimo, amplio pero no ilimitado, pues está supeditado a los deberes que emanan del conjunto de la Constitución”*. Porque de la Constitución no se deriva *“una suerte de petrificación absoluta del ordenamiento jurídico-ambiental, que hurtaría al legislador estatal una esquirra de su soberanía esencial”*²⁰.

El límite del legislador deriva únicamente de los mandatos constitucionales, so pena de incurrir en arbitrariedad. Solo desde esta perspectiva, el respeto a la Constitución excluye la capacidad del legislador de modificación o derogación de una ley sin motivación de la causa (González Sanfiel, 2022).

En la Sentencia 132/2017, ya citada, recoge nuevamente la doctrina de la precedente y sintetiza los términos en que se debe producir el control. En primer lugar, ha de producirse un evento que active *“el escrutinio específico que deriva del artículo 45 CE”*, consistente en la adopción de medidas de tal entidad que supongan un *“patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de protección tuitiva”*.

La determinación de la existencia de ese patente retroceso solo puede alcanzarse en un recurso o cuestión de inconstitucionalidad *“tras una cuidadosa ponderación”* en la que, entre los factores a valorar, la regulación preexistente es solo uno más a tomar en consideración.

Y, si la conclusión es que se ha producido una regresión relevante, habrá de valorarse si la nueva regulación cuenta con una justificación objetiva, *“de acuerdo con el amplio elenco de finalidades constitucionalmente legítimas, sin entrar en consideraciones de oportunidad o bondad técnica, debiéndose declarar en caso contrario su inconstitucionalidad, por vulneración del artículo 45 CE.”*

Queda patente a la luz del último inciso del argumento, en cualquier caso, que el principio de no regresión se incardina en el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos que contiene el artículo 45 de la Constitución.

20. En la Sentencia 66/1986, de 23 de mayo (Boletín Oficial del Estado de 17 de junio de 1986; ECLI:ES:TC:1986:66) declaró el Tribunal Constitucional que el contenido de una ley es disponible para el legislador, pudiendo introducir los cambios que considere oportunos, dentro del marco de la Constitución (Fundamento jurídico 4º). Y en la Sentencia 116/2016, de 20 de junio (Boletín Oficial del Estado núm. 181, de 28 de julio de 2016; ECLI:ES:TC:2016:116) añadió que admitir lo contrario sería tanto como *“constreñir indebidamente la legítima opción del legislador de modificar, en todo o en parte, la regulación jurídica de una concreta materia o de un concreto sector del Ordenamiento...”*

No solo constriñe el principio de no regresión al legislador –en los estrictos términos marcados por el Tribunal Constitucional–, sino también el ejercicio de la potestad reglamentaria (sin las limitaciones derivadas del rango normativo) y la actividad de la Administración, en la medida en que introduzcan un cambio en el régimen jurídico o se adopten medidas que incidan intensamente en el régimen vigente.

Y también deben tomar en consideración el principio de no regresión jueces y magistrados en su labor hermenéutica del ordenamiento jurídico. Resulta de la máxima relevancia en este aspecto la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, Sección 5ª, núm. 62/2024, de 17 de enero (recurso de casación núm.: 2859/2022; ponente Excm. Sra. D.ª Ángeles Huet De Sande; ECLI:ES:TS:2024:168), que se hace eco de pronunciamientos precedentes de la misma Sala en los que se han modulado los efectos de la declaración de nulidad absoluta de planes urbanísticos (disposiciones de carácter general), mediante una aplicación analógica del principio de conservación de actos o en supuestos en los que el vicio determinante de la nulidad afecta a ámbitos territoriales concretos o concretas determinaciones del plan. También cita diversas sentencias que limitan el alcance de la declaración de nulidad, manteniendo excepcional y provisionalmente las medidas de la disposición anulada hasta la aprobación de una nueva²¹.

Sobre esta base, la Sentencia 62/2024 a la que nos estamos refiriendo, comparte con la doctrina citada que:

“Se trata en ambos casos de pronunciamientos ajenos al ámbito del planeamiento urbanístico que nos ocupa y sustentados claramente en circunstancias excepcionales, pero que, en definitiva, tienen en cuenta las consecuencias adicionales que pueda conllevar la declaración de nulidad y la incidencia que tal declaración pueda proyectar en otros bienes jurídicos asimismo dignos de protección. Y efectivamente, es difícil, aun desde un planteamiento puramente teórico, no compartir la idea que subyace a tales precedentes, en definitiva, que la declaración de nulidad de una norma reglamentaria por una infracción del ordenamiento jurídico no puede llevarse a cabo a costa de un sacrificio desproporcionado de otros bienes o derechos igualmente protegidos por el ordenamiento jurídico cuya afectación por tal declaración habría de ponderarse”²².

21. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo núm. 1489/2014, de 22 de abril, y núm. 1684/2014, de 23 de abril: *“Aun cuando los artículos 71 y 72 de la Ley Jurisdiccional no contemplan de modo expreso la limitación de los efectos de las sentencias que acojan pretensiones de nulidad de los actos administrativos, la Sala estima que ante circunstancias excepcionales, y por razones muy cualificadas que atañen a la seguridad y a la vida de las personas, nada obsta a que se mantenga temporalmente la eficacia del acto anulado, en tanto es subsanado el defecto formal determinante de la nulidad de aquellos actos”*.

22. El Tribunal Supremo recuerda asimismo que también el Tribunal Constitucional (Sentencias 195/1998 y 54/2002) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala, de 28 de julio de 2016, asunto C 379/15, *Association France Nature Environnement*, con apoyo en la precedente sentencia de 28 de febrero de 2012, asunto C 41/11, *Inter-Environnement Wallonie ASBL*) han tenido en cuenta que en ciertos casos la eficacia de la nulidad absoluta pueden resultar excesivos por su incidencia en otros bienes protegidos por el ordenamiento jurídico.

Es necesario, como ha destacado el Tribunal Constitucional determinar el alcance de la declaración de nulidad de una Ley prestando atención a las consecuencias que la misma puede proyectar sobre los diversos bienes constitucionales²³.

Desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo plantea en la Sentencia 62/2024 que en ocasiones la declaración de nulidad del plan impugnado por razones medioambientales puede conducir a consecuencias de menor protección para el medio ambiente:

“Pues bien, no cabe descartar, desde un punto de vista teórico o dialéctico, que tal principio de no regresión pueda, en las circunstancias del caso, verse afectado y ser tenido en cuenta -y ponderado- al tiempo de declararse la nulidad de un plan urbanístico, dando lugar a una limitación o matización del alcance de esa declaración de nulidad.”

No obstante, tal valoración ha de hacerse valorando las circunstancias específicas del caso, pues no puede afirmarse apriorísticamente que la recuperación de la vigencia del planeamiento anterior conlleve un menor nivel de protección en relación con el plan anulado. Es decir, el nuevo planeamiento no siempre es más tuitivo del medio ambiente:

“La lesión del principio de no regresión por tal motivo no puede, pues, sostenerse sin el correspondiente análisis material comparativo desde la perspectiva ambiental de ambas ordenaciones, análisis que, en nuestro caso, ha quedado extramuros del planteamiento seguido por las partes en la instancia, así como del que ha realizado el recurrente en casación.

La conclusión, por tanto, en respuesta a la segunda cuestión que nos plantea el auto de admisión, no puede ser otra que descartar que pueda entenderse no respetado el principio de no regresión por la sola circunstancia de la reviviscencia de un plan anterior como consecuencia de la declaración de nulidad de un plan de urbanismo por razones medioambientales, sin haberse realizado un análisis material comparativo desde la perspectiva ambiental de las respectivas previsiones de ambos instrumentos de ordenación.”

La sentencia comentada, por tanto, admite la posibilidad de que la declaración de nulidad de un plan urbanístico puede conllevar una regresión ambiental, prohibida por el principio de no regresión. Y, por tanto, que en esos casos el órgano judicial debe modular el alcance de aquella declaración en aplicación del citado principio ambiental, para evitar una desprotección del medio natural.

23. Sentencia del Tribunal Constitucional 54/2002, de 27 de febrero (ECLI:ES:TC:2002:54).

3. Marco normativo del principio de no deterioro.

Ya hemos señalado anteriormente que el apartado primero del artículo 4 de la Directiva Marco 2000/60/CE fija los objetivos medioambientales que los Estados miembros deben alcanzar al poner en práctica los programas de medidas especificados en los planes hidrológicos de cuenca, distinguiendo las masas de aguas superficiales, las masas de agua subterráneas y las zonas protegidas²⁴. De los distintos objetivos fijados para cada masa de agua se aplicará el más riguroso (apartado segundo).

Partiendo de este plan inicial de objetivos, en los apartados cuarto a séptimo de ese mismo precepto se regulan una serie de excepciones respecto de aquellos. Excepciones que nos ofrecen la medida y alcance de la regla general, estableciendo las condiciones bajo las cuales se admite que el buen estado o potencial pueda reducirse o no lograrse, o pueda permitirse el deterioro. Los apartados octavo y noveno, por otra parte, regulan ciertos límites a los regímenes excepcionales contemplados.

En primer lugar, sin relajar las metas a alcanzar, el apartado cuarto permite la prórroga de los plazos para la consecución progresiva de los objetivos relativos a las masas de agua. Como ha puesto de relieve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el régimen general aplicable impide también el deterioro temporal de las masas de agua²⁵, salvo que se den las circunstancias y condiciones del apartado sexto. Pero en ciertas condiciones la Directiva Marco contempla una habilitación específica para retrasar la consecución de los objetivos, siempre sujeta a estrictas condiciones; a saber:

- a. Que no haya nuevos deterioros del estado de la masa de agua afectada.
- b. Que los Estados miembros determinen aquellas mejoras del estado de las masas de agua que no pueden alcanzarse en los plazos establecidos por uno de los siguientes motivos:

24. En los artículos 92 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, se traspone este régimen jurídico, y se desarrolla en los artículos 35 a 39,ter del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica.

25. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de mayo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État — Francia) — Association France Nature Environnement / Premier ministre, Ministre de la Transition écologique et solidaire (asunto 525/20) señala que: *“El artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, debe interpretarse en el sentido de que no permite a los Estados miembros, al apreciar la compatibilidad de un programa o de un proyecto concreto con el objetivo de prevenir el deterioro de la calidad de las aguas, no tener en cuenta las repercusiones temporales de corta duración y sin consecuencias a largo plazo en estas, a menos que sea evidente que tales repercusiones, por su naturaleza, apenas tienen incidencia sobre el estado de las masas de agua afectadas y no pueden implicar su «deterioro», en el sentido de la citada disposición. Cuando, en el marco del procedimiento de autorización de un programa o de un proyecto, las autoridades nacionales competentes determinan que este puede provocar tal deterioro, dicho programa o proyecto solo puede ser autorizado, aun cuando el deterioro sea de carácter temporal, si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 4, apartado 7, de la citada Directiva”.*

- * Por la magnitud de las mejoras requeridas, que exigen una planificación en fases que exceden de los plazos.
 - * Por el coste económico desproporcionado que supondría conseguir las mejoras en plazo.
 - * Por imposibilidad de conseguir la mejora en plazo debido a las condiciones naturales de la masa de agua.
- c. Que se consignent expresamente y se expliquen en el plan hidrológico de cuenca la necesidad de prórroga y las razones.
 - d. Que la prórroga quede limitada temporalmente a dos actualizaciones como máximo del plan hidrológico de cuenca, salvo que las condiciones naturales impidan ajustarse a ese marco temporal.
 - e. Que se contemplen en el plan hidrológico de cuenca las medidas necesarias para devolver las masas de agua progresivamente al estado exigido en el plazo prorrogado, el calendario para su aplicación, así como las razones de cualquier retraso significativo en su puesta en práctica.

Llama la atención la redacción de esta última condición, pues al emplear el verbo ‘devolver’ parece dar a entender que el retraso en los plazos para alcanzar los objetivos haya producido un deterioro del estado de la masa de agua afectada. Algo que parece contradictorio con la interpretación teleológica del apartado en su conjunto. La finalidad de la norma se ciñe a demorar en el tiempo la consecución de los objetivos, pero no contempla la posibilidad de retroceso en el estado de la masa de agua considerada. Es decir, la excepción del apartado cuarto afecta al principio de mejora de los ecosistemas acuáticos (objetivos a alcanzar) y no al principio de no deterioro, lo que resulta coherente con la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la que antes nos hemos referido²⁶.

En nuestra opinión, el uso del verbo devolver no resulta apropiado en el contexto del apartado cuarto del artículo 4 y debemos entender que pretende decir ‘llevar las masas de agua progresivamente al estado exigido en el plazo prorrogado’.

Otra posibilidad de relajar el régimen general de objetivos previsto en el apartado primero se refiere al contenido de estos, puesto que el apartado quinto habilita a los Estados miembros a fijar objetivos ambientales menos rigurosos, bien por estar afectadas algunas masas de agua por la actividad humana, bien porque su condición natural sea tal que sea inviable alcanzar los objetivos generales o ello suponga un

26. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de mayo de 2022 (petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État — Francia) — Association France Nature Environnement / Premier ministre, Ministre de la Transition écologique et solidaire (asunto 525/20; ECLI:EU:C:2022:350).

coste desproporcionado. De nuevo nos encontramos con una excepción que afecta al objetivo de mejora²⁷ de los ecosistemas acuáticos y no al principio de no deterioro.

Esta flexibilización de objetivos requiere que se cumplan determinadas condiciones:

- a. Que no exista otro medio que suponga una alternativa ecológica significativamente mejor para satisfacer las necesidades socioeconómicas y ecológicas a que atiende la actividad humana en cuestión.
- b. Que se garantice para las aguas superficiales el mejor estado ecológico y estado químico posibles y que para las aguas subterráneas se produzcan los mínimos cambios posibles del buen estado.
- c. Que no se produzca un deterioro posterior en el estado de la masa de agua.
- d. Que se contemplen en el plan hidrológico de cuenca tanto los objetivos ambientales menos rigurosos como las razones que los justifican.

En tercer lugar, el apartado sexto contempla la posibilidad de que se produzca un deterioro temporal de las masas de agua sin que se considere infracción de la Directiva cuando tenga su origen en alguna de estas circunstancias²⁸:

- Causas naturales o de fuerza mayor que sean excepcionales o no hayan podido preverse razonablemente. Se citan como ejemplo graves inundaciones y sequías prolongadas.
- Accidentes que no hayan podido preverse razonablemente.

En ambos casos, han de cumplirse las siguientes condiciones:

- a. Han de adoptarse las medidas necesarias para evitar que continúe el deterioro del estado de la masa de agua.
- b. Han de reflejarse en el plan hidrológico de cuenca las condiciones que permiten declarar las circunstancias que permiten aplicar esta excepción.
- c. Las medidas que han de adoptarse han de incorporarse al programa de medidas y han de permitir que se recupere la calidad de la masa de agua una vez cesen las circunstancias excepcionales.
- d. Los efectos de las circunstancias excepcionales han de revisarse anualmente y adoptarse tan pronto como sea posible.

27. El Reglamento (UE) 2024/1991, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2024 –conocido como Ley de restauración de la naturaleza– se alinea con la tendencia no ya de conservación sino de mejora de los ecosistemas. No obstante, no resulta de aplicación a las aguas continentales, al no estar incluidas en el ámbito geográfico de la norma que delimita el artículo 2. Aunque sí a las aguas costeras.

28. La excepción está concebida como exención de responsabilidad ante la conducta infractora del Estado (La Calle, 2022).

- e. Los efectos producidos y las medidas adoptadas han de reflejarse en la siguiente actualización del plan hidrológico de cuenca.

Finalmente, el apartado séptimo del artículo 4 exige del cumplimiento de los objetivos del apartado primero, previendo que no existe infracción, cuando se dé alguna de estas circunstancias:

- Nuevas modificaciones o alteraciones de nivel: Que no pueda lograrse el buen estado de las aguas subterráneas, un buen estado ecológico o potencial ecológico, o no pueda evitarse el deterioro del estado de una masa de agua debido a nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial (modificaciones hidromorfológicas) o a alteraciones del nivel de las aguas subterráneas (nuevos pozos o incremento de extracciones de los existentes).
- Nuevas actividades humanas: Que no pueda evitarse el deterioro desde excelente estado a buen estado de una masa de agua subterránea como consecuencia de nuevas actuaciones humanas de desarrollo sostenible. El desarrollo sostenible abarca aspectos económicos, sociales y medioambientales.

Esta excepción afecta directamente al principio de no deterioro de las masas de agua y nos ofrece mucha información acerca de la regla general, porque, para dar eficacia a las obligaciones derivadas de la Directiva 2000/60/CE resulta indispensable evaluar en qué medida un proyecto puede influir en los objetivos ambientales establecidos con carácter general para las masas de agua. Es decir, con carácter previo a la aprobación de un proyecto habrá que realizar una “evaluación de aplicabilidad” del artículo 4.7 de la Directiva Marco de Aguas. Si se prevé que no producirá deterioro y que no pondrá en peligro un buen estado o potencial no será necesario verificar si se cumplen las condiciones requeridas por el artículo 4.7 con carácter previo a la autorización (Comisión Europea, 2017)²⁹. En palabras del Tribunal Constitucional, no se activará el escrutinio que se deriva del artículo 45 de la Constitución y, en este caso también, de la Directiva Marco del Agua. En caso contrario, será preciso valorar si se cumplen las condiciones de dicho precepto para aplicar la excepción.

El control ha de ser previo, pero además ha de producirse en todas las etapas del proceso. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de junio de 2021 (C-559/19-ECLI: EU:C:2021:512), reiterada por sentencia de 5 de mayo de 2022 (C-525/20-ECLI: EU:C:2022:350), en sus fundamentos 52 y 53, establece que los objetivos de planificación hidrológica, una vez determinado el estado eco-

29. Sobre el carácter previo del control, vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, núm. 1003/2019, de 8 de julio (Sección 5ª; recurso ordinario 4434/2016; ECLI:ES:TS:2019:2233), en la que se declara que las condiciones exigidas por los artículos 4.7 de la Directiva Marco del Agua y 39 Reglamento de Planificación Hidrológica para la aplicación del régimen excepcional deben justificarse con pormenorizadamente en el momento de aprobación de los planes hidrológicos y, por tanto, antes de la aprobación de los proyectos concretos.

lógico de la masa de agua de que se trate, debe cumplirse en cada etapa del procedimiento establecido por esa Directiva.

En el Documento 36 Documento de orientación nº 36 de la Estrategia común de aplicación de la directiva marco sobre el agua y la directiva sobre inundaciones³⁰, concluye la Comisión Europea que *“Adoptando un enfoque preventivo, las autoridades competentes pueden autorizar un proyecto en ausencia de la verificación de las condiciones del artículo 4, apartado 7, solamente si se sabe con suficiente certeza que no deteriorará o pondrá en peligro el buen estado o potencial (véase el capítulo 4.1 para más consideraciones). Las pruebas en las que se basa esta decisión deberán estar documentadas.”*

Por otra parte, la evaluación de aplicabilidad será necesaria tanto si se trata de una nueva actividad como si estamos ante modificaciones de actividades o infraestructuras existentes o ante la renovación de una autorización o licencia previas. No es relevante tampoco el tamaño de la modificación a considerar, sino la potencial afectación al deterioro del estado o potencial de una masa de agua o a impedir el logro de un buen estado o potencial.

Por otra parte, aunque una actuación concreta no tenga efectos que requieran la verificación de las condiciones requeridas por el artículo 4.7, será necesaria ésta si varias actuaciones, de forma acumulada o en combinación con presiones preexistentes, pueden provocar el deterioro del estado o potencial (múltiples puntos de extracción de agua, por ejemplo).

No establece la Directiva el procedimiento para la evaluación de aplicabilidad, pero la Comisión Europea, en el Documento 36 de la Estrategia antes citado, plantea que debe garantizar la transparencia del proceso de toma de decisiones, de manera que debe ser simple, pero a la vez claro, detallado y exhaustivo³¹. Lo que requiere disponer de datos adecuados de seguimiento del estado de la masa de agua y también datos detallados del proyecto y de las medidas de mitigación específicas que contempla.

Por tanto, el artículo 4.7 de la Directiva 2000/60 contempla una excepción a la aplicación del principio de no deterioro de las masas de agua, pero, como tal ha de

30. Comisión Europea. (2017). Documento de orientación n.º 36: Exenciones a los objetivos medioambientales en virtud del artículo 4, apartado 7. Estrategia Común de Aplicación de la Directiva Marco sobre el Agua y la Directiva sobre Inundaciones. Tallin, 4-5 diciembre 2017. Aunque no es jurídicamente vinculante, ofrece una guía práctica para las autoridades competentes en los Estados miembros con el objetivo facilitar la interpretación y aplicación del artículo 4.7 de la Directiva 2000/60/CE.

31. La Comisión Europea define este proceso en cuatro pasos:

Comprobación previa de los efectos posibles.

Delimitación del campo de evaluación de investigaciones adicionales.

Recogida de datos y evaluación.

Verificación de las condiciones del artículo 4, apartado 7.

ser interpretada de manera muy estricta³² y queda sujeta a rigurosas condiciones³³, cuya concurrencia debe verificarse caso a caso; a saber:

a) *Que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua.* Se trata de minimizar el deterioro y sus efectos adversos mediante la adopción de todas las medidas factibles. Es decir, técnicamente viables y no desproporcionadamente costosas. Además, han de ser compatibles con la nueva actuación. Las medidas han de implantarse en todo el proceso que conlleva la actuación, desde la planificación.

La Calle (2022) entiende que ha de seguirse un orden en la elección de medidas para evitar los efectos adversos: primero, medidas para reducir o minimizar esos aspectos; segundo, medidas para compensar cuando haya impactos inevitables.

No contiene la Directiva 2000/60/CE una definición de medidas de mitigación. Pero el Documento nº 20 de la Estrategia común de aplicación de la directiva marco sobre el agua y la directiva sobre inundaciones se distingue entre medida de mitigación y medida compensatoria. Mientras que la primera tiene como objeto reducir al mínimo o anular los efectos adversos sobre el estado de la masa de agua, la medida compensatoria tiene por objeto compensar en otra masa de agua los efectos adversos netos de un proyecto y sus medidas de mitigación asociadas (Comisión Europea, 2009).

Las medidas pueden referirse al diseño de las instalaciones, el mantenimiento de las condiciones de funcionamiento, la restauración y creación de hábitats, etc. y habrán de contemplarse en el diseño del proyecto, de manera que se puedan tener en cuenta en la evaluación de aplicabilidad.

Las autoridades competentes comprobarán si las medidas propuestas son las adecuadas y son suficientes y, en otro caso, requerirán aquéllas que sean necesarias. Esto puede dar lugar a la introducción de modificaciones en el proyecto, lo que convierte la comprobación en un proceso iterativo. Incluso, cuando existan dudas sobre el momento de adopción de las medidas o su magnitud, puede aplicarse un proceso de gestión adaptativo (Comisión Europea, 2017).

32. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2022, France Nature, C-525/20, ECLI:EU:C:2022:350, apartado 37.

33. Estas condiciones fueron inicialmente reforzadas por el Estado español al regular en los artículos 39 y 39.bis del Reglamento de Planificación Hidrológica (Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica) las exigencias impuestas por precepto de la Directiva 2000/60 citado. El artículo 39.2.c] del RPH exige que *“los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior y que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible”*. Mediante el artículo 2.19 del Real Decreto 1159/2021, de 28 de diciembre, se modificó el apartado c] para sustituir la conjunción y por la conjunción o, para ajustar el régimen jurídico al previsto en la Directiva Marco.

b) *Que los motivos se especifiquen y expliquen en el plan hidrológico de cuenca de manera específica.* La razón es que éste constituye un instrumento de participación y decisión para la mejora del estado de las aguas en toda la cuenca hidrográfica, permitiendo el control público de la aplicación de la excepción³⁴. Esta explicación de los motivos ha de ser anterior a la autorización del proyecto, como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de julio de 2017 (recurso 252, ponente Fernando de Matero Menéndez, ES:AN:2017:2408).

c) *Que dichos motivos sean de interés público superior.* No basta con atender una actuación de interés público, sino que éste debe ostentar una preeminencia sobre el interés público ambiental, atendidas las circunstancias concurrentes³⁵. La propia norma da una idea de qué intereses pueden ser superiores –será necesaria una valoración caso a caso– en el epígrafe siguiente³⁶.

En cualquier caso, los Estados miembros cuentan con un cierto margen de discrecionalidad para valorar si un proyecto atiende a un interés público superior. A título de ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que el riego y el abastecimiento de agua potable cumple ese estándar y permite justificar un proyecto de desviación de aguas³⁷. Y también la construcción de una central de energía hidroeléctrica³⁸.

A fin de cumplir esta condición, resulta insuficiente una mera declaración de una actividad o modificación como interés público superior. Será precisa una decisión a través de un procedimiento transparente y documentado, precedida de un debate amplio y transparente en el que participen todas las partes interesadas (Comisión Europea, 2017).

d) *Que los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud humana, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible, compensen*

34. En opinión de la Comisión Europea (2017) “La información que aportan estas consultas ayudará a los Estados miembros a emitir una opinión sobre si se cumplen las condiciones de la exención y reducirá la probabilidad de que las partes interesadas impugnen la decisión posterior.”

35. No se trata de una preeminencia o prevalencia de valores en abstracto, sino atendidas las circunstancias y el estado de la ciencia en cada caso concreto.

36. El Tribunal Supremo ha analizado el concepto de interés público superior en la Sentencia (Sala tercera) núm. 424/2020, de 18 de mayo (recurso 5668/2017, ponente Francisco Javier Borrego Borrego, ES:TS:2020:883):

“El punto sobre el que nos debemos detener es el segundo adjetivo del concepto «interés público superior». O «ma-jeur» en el texto en francés, o «overriding» (dominante) en el texto inglés, o «prioritario», en italiano.

Este segundo adjetivo indica un elemento de comparación. Es decir, lo que la DMA introduce, partiendo del interés público, o interés general de obra pública proyectada, es una exigencia suplementaria de comparación, al exigir que la excepción «del incumplimiento de los requisitos de evitar un nuevo empeoramiento o de lograr el buen estado de las aguas», se admite «si el incumplimiento de dichos requisitos se debe a circunstancias imprevistas o excepcionales, en particular, a inundaciones o sequías, o a que lo exija un interés público superior [...]». (Considerando 32 de la DMA).”

37. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de septiembre de 2012 (Asunto C-43/10; ECLI:EU:C:2012:560).

38. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de mayo de 2016 (Asunto C-346/14; ECLI:EU:C:2016:322).

los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que no se lograrán. También esta condición exige una comparación cuantitativa y cualitativa, en este caso entre los beneficios ambientales que comporta el buen estado de las aguas (servicios esenciales, de abastecimiento, de regulación, culturales, etc.) y los que pretenden obtenerse con la actuación.

e) Que no puedan obtenerse aquellos beneficios por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor por motivos de viabilidad técnica o económica (costes desproporcionados). Para determinar si existe una opción más viable es necesario realizar una comparación, una evaluación de alternativas. Éstas deben referirse a todos los aspectos relevantes y habrá de incluir las opciones estratégicas –en el Plan hidrológico de cuenca– y también las de proyecto –de cara a la evaluación de impacto ambiental–. (La Calle, 2022).

La desproporcionalidad a que se refiere el precepto hace referencia a aspectos políticos, sociales y técnicos (Comisión Europea, 2017)³⁹.

En relación con este último requisito, la Abogada General Sra. Juliane Kokott en las conclusiones presentadas en el asunto C-43/10, de fecha 13 de octubre de 2011, interpretó este apartado en el sentido de que:

“la obligación de determinar las necesidades en la demarcación hidrográfica de destino se desprende del examen de alternativas previsto en el artículo 4, apartado 7, letra d), de la Directiva marco sobre el agua. Según esta disposición, la justificación de una excepción a los objetivos medioambientales del artículo 4, apartado 1, presupone que los beneficios obtenidos con las modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor.

94. Por consiguiente, antes de realizar un trasvase ha de examinarse si la demarcación hidrográfica de destino puede hacer frente con sus recursos hídricos a sus necesidades de agua a un coste proporcionado, y si ello constituiría una opción medioambiental significativamente mejor. En este contexto, habría de considerarse también un cambio en la agricultura y el paso a otros cultivos que requieran menos riego”.

En resumen, para que sea aplicable el régimen excepcional han de darse los siguientes presupuestos⁴⁰:

- a. Que haya sido aprobado un Plan hidrológico de cuenca.
- b. Que se dé alguno de los presupuestos de hecho mencionados (nuevas modificaciones o actividades humanas).

39. Ya hemos significado que todos estos factores están implicados en la noción del principio de no regresión ambiental.

40. No me refiero ahora a requisitos o condiciones que habilitan el régimen excepcional, sino a presupuestos de base para la aplicación de la regla jurídica.

- c. Que la actuación pueda causar un deterioro o comprometer el logro del buen estado.

La Comisión Europea (2017) ha ido más allá al señalar que si se cumplen las condiciones del artículo 4.7 de la Directiva 2000/60/CE puede aplicarse esta excepción sobre masas de agua sobre las que ya estén vigentes exenciones de los apartados cuarto o quinto de este mismo artículo. Y *“puede haber casos en los que la aplicación de las exenciones del artículo 4, apartado 4 o 5, pueda tener que justificarse tras la aplicación de una exención del artículo 4, apartado 7, y la modificación de una masa de agua.”* Lo que evidencia que unas y otras afectan a objetivos diferentes; apartados cuarto y quinto al objetivo de mejora y apartado séptimo al objetivo de no deterioro.

Por otro lado, la aplicación de la excepción ha de efectuarse en el marco de una masa de agua –unidad mínima de gestión–; y, si son varias las afectadas, el análisis debe hacerse de manera individualizada en cada una de ellas. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 4.8 de la Directiva 2000/60/CE, que impone también a los Estados miembros, por un lado, la obligación de velar por que no se excluya de manera duradera o se ponga en peligro el logro de los objetivos en otras masas de agua en la misma demarcación hidrográfica y exige que la aplicación de la Directiva Marco de Aguas esté en consonancia con la aplicación de otras normas comunitarias en materia de medio ambiente⁴¹ (artículo 4.8).

Además, los Estados miembros habrán de adoptar medidas que garanticen como mínimo el mismo nivel de protección que las normas vigentes (artículo 4.9).

4. Concepto de deterioro

Resumiendo lo hasta aquí dicho, la Directiva 2000/60 tiene como objetivo principal conseguir el buen estado ecológico de las aguas, que define como *“el estado alcanzado por una masa de agua superficial cuando tanto su estado ecológico como su estado químico son, al menos, buenos”*. Este estado se determinará a través de los indicadores de calidad, las definiciones normativas de los estados ecológicos y los procedimientos para la clasificación del Anexo V. Para ello, deberán adoptarse medidas para proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua. Por lo que mejorar el buen estado de las aguas no es una acción determinada, sino la sumatoria resul-

41. Este último inciso del precepto citado parece latir en el fondo de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, núm. 1003/2019, de 8 de julio (Sección 5ª; recurso ordinario 4434/2016; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso administrativo, núm. 1003/2019, de 8 de julio (Sección 5ª; recurso ordinario 4434/2016)), que, atendiendo una interpretación sistemática del artículo 4.7 de la Directiva 2000/60 –en relación con el apartado 8–, interpreta que las circunstancias en que puede admitirse una excepción al principio de prohibición de deterioro (artículo 4.7 Directiva 2000/60 y apartados c] y d] del artículo 39.2 RPH) han de ponderarse con mayor rigidez cuando el proyecto afecta a un lugar singularmente protegido desde el punto de vista medioambiental.

tante de todas las buenas prácticas ambientales aplicadas en el marco de la gestión integrada y sostenible a nivel de demarcación hidrográfica (Amaya Arias, 2016).

Para las aguas superficiales, se establece expresamente, entre otros, el objetivo de prevenir el deterioro del estado de estas masas de agua. Y para las aguas subterráneas, el objetivo de evitar o limitar la entrada de contaminantes en las aguas subterráneas y evitar el deterioro de todas las masas de agua de esta categoría. Por tanto, el artículo 4 Directiva 2000/60 fija como objetivo evitar un deterioro o disminución del nivel de protección ambiental alcanzado (podríamos decir estado ecológico del agua) siempre que no se encuentre adecuadamente justificado⁴².

De tal manera que, como apunta la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de julio de 2015 (Asunto C-461/13),

“el artículo 4, apartado 1, letra a), incisos i) a iii), de la Directiva 2000/60 ha de interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están obligados —sin perjuicio de la posibilidad de que se conceda una excepción— a denegar la autorización de un proyecto si éste puede provocar el deterioro del estado de una masa de agua superficial o si pone en peligro el logro de un buen estado de las aguas superficiales o de un buen potencial ecológico y un buen estado químico de dichas aguas en la fecha prevista por esa Directiva”.

E insiste en ello en la Sentencia (Gran Sala) de 5 de mayo de 2022 (Asunto C-525/20; ECLI:EU:C:2022:351), haciendo mención expresa al régimen de excepciones:

“25 [...] Por consiguiente, el Estado miembro interesado está obligado a denegar la autorización de un proyecto cuando este pueda deteriorar el estado de la masa de agua afectada o comprometer el logro de un buen estado de las masas de agua superficial, salvo que se aprecie que dicho proyecto puede acogerse a una excepción en virtud del artículo 4, apartado 7, de esa Directiva (sentencia de 1 de julio de 2015, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-461/13, EU:C:2015:433, apartado 50).”

Y la comprobación de la posible afección regresiva a la masa de agua ha de realizarse antes de la aprobación del programa o proyecto en cuestión, como corrobora el Tribunal de Justicia en Sentencia (Gran Sala) de 28 de mayo de 2020 (Asunto C-535/18; ECLI:EU:C:2020:391):

“[...] procede recordar que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2011/92 impone que los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente y a los que se refiere el artículo 4 de la misma Directiva, en relación con sus anexos I o II, sean sometidos a evaluación de impacto ambiental antes de que se otorgue la autorización (sentencia de 28 de febrero de 2018, Comune di Castelbellino, C-117/17, EU:C:2018:129, apartado 24).

42. Porque como hemos visto, admite regímenes excepcionales y es posible autorizar, bajo estrictas condiciones, ciertas medidas que causen deterioro al “estado ecológico del agua”.

[...] *A la vista de todo lo anterior, ha de contestarse a la segunda cuestión planteada que:*

– El artículo 4 de la Directiva 2000/60 debe interpretarse en el sentido de que obsta a que la comprobación por parte de las autoridades competentes del cumplimiento de las obligaciones que establece, entre las que está la de evitar el deterioro del estado de las masas de agua afectadas por cada proyecto, tanto superficial como subterránea, pueda dejarse para después de la autorización del proyecto⁴³.

Tanto es así que las medidas paliativas han de contemplarse en el plan hidrológico de cuenca.

El problema que se plantea es la dificultad de adelantar toda la información que las normas requieren incorporar al plan hidrológico. Embid Irujo se plantea si es posible contrastar el interés público superior de la actuación con el que se derivaría del cumplimiento de los objetivos ambientales cuando la intensidad del deterioro no se puede conocer sin realizar la evaluación de impacto ambiental del proyecto concreto (Embid Irujo, 2017). En su opinión, resulta cuestionable que pueda exigirse a la Administración en un momento tan temprano –la aprobación del plan hidrológico– una información que solo se evidenciará con claridad cuando esté evaluado y aprobado el proyecto. Porque se moverá tan solo en meras aproximaciones y puede conducir a un cumplimiento meramente formal del artículo 4.7 de la Directiva 2000/60 y del artículo 39.2 del Reglamento de Planificación Hidrológica, pero que no garantizaría las exigencias materiales de estas normas.

En cualquier caso, ha de abordarse una labor de contraste entre el nivel de protección alcanzado (determinado conforme a los parámetros previstos en el Anexo V de la Directiva Marco) y el que resultará tras la adopción de las medidas o actuaciones proyectadas. Es decir, habrá que determinar si ese estado o nivel se ve afectado por la nueva norma de tal manera que se produce una regresión en la protección ambiental. Se trata, en definitiva, de someter la nueva norma a un test de regresividad, tendente a concretar si efectivamente se produce un retroceso y éste es significativo.

43. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de junio de 2021 (Asunto C-559/19; ECLI:EU:C:2021:512); considerando 93; y también Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de mayo de 2022 (Asunto C-525/20; ECLI:EU:C:2022:351); considerando 26.

También el Tribunal Supremo español ha interpretado en este sentido la Directiva Marco y la normativa interna. Vid. de 26 de febrero de 2015 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Ponente: María del Pilar Teso Gamella; ECLI:ES:TS:2015:755): *“Los informes para la declaración de obra de interés general toman en consideración las características de la obra hidráulica para determinar si efectivamente es de interés general, mientras que las exigencias del artículo 39.2 del Reglamento de Planificación pretenden que se acrediten, en el plan, aquellas excepciones al cumplimiento general de los objetivos medioambientales que traza la citada Directiva.*

Ese aplazamiento, que confiesa la Memoria, para dar una justificación sobre motivos de las modificaciones o alteraciones de las masas de agua, contravine, por tanto, lo dispuesto en el artículo 39.2.b) del Reglamento de Planificación Hidrológica, cuando exige que dichos motivos se consignen y expliquen “específicamente” en el plan hidrológico, no con posterioridad al mismo.”

Una vez constatada la regresión ambiental, habrá de valorarse la justificación de la medida normativa adoptada, que requiere un plus de motivación, explicitando las razones de interés general, cuya ausencia o déficit constituye motivo de impugnación⁴⁴.

En relación con el principio de no deterioro, la situación de la masa de agua afectada (el estado ecológico) ha de determinarse conforme a los criterios marcados en el Anexo V de la Directiva Marco. Este anexo establece los indicadores de calidad —biológicos, hidromorfológicos, químicos y físico-químicos— para la clasificación del estado ecológico de las masas de aguas superficiales —ríos, lagos, aguas de transición, costeras y las artificiales y muy modificadas— y subterráneas; así como las definiciones normativas de las clasificaciones del estado ecológico; y los procedimientos para la clasificación y presentación de los diferentes estados de las masas de agua en las distintas demarcaciones por parte de los Estados miembros.

Definido el estado ecológico de una masa de agua, la siguiente labor consiste en determinar si la actuación proyectada conlleva una regresión. Por tanto, la primera clave se encuentra en determinar qué hemos de entender por deterioro.

En la Directiva Marco no se incluye una definición de deterioro, por lo que debemos entender que utiliza el término en sentido usual, ordinario. Esta es la posición que subyace en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de julio de 2015 (Asunto C-461/13):

“53 Ha de señalarse que en la Directiva no se define el concepto de «deterioro del estado» de una masa de agua superficial.

54 A este respecto, debe recordarse que, a falta de tal definición en el Derecho de la Unión, la determinación del significado y el alcance de dicho concepto debe establecerse, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, teniendo en cuenta tanto los términos empleados en la disposición del Derecho de la Unión de que se trate como su contexto (véanse, en particular, las sentencias Lundberg, C-317/12, EU:C:2013:631, apartado 19; SFIR y otros, C-187/12 a C-189/12, EU:C:2013:737, apartado 24, y Bouman, C-114/13, EU:C:2015:81, apartado 31).”

La falta de definición en la norma acarrea una gran dificultad técnico-jurídica la caracterización de una evolución de una masa de agua como deterioro o no. El úni-

44. Esta idea late en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4756/2007, 3 de julio (recurso de casación 3865/2003; ECLI:ES:TS:2007:4756): “Así, si el planificador decidió en un Plan anterior que determinados suelos debían ser clasificados, no como suelos no urbanizables simples o comunes, sino como no urbanizables protegidos, le será exigible que el Plan posterior en el que decide incluir esos suelos en el proceso urbanizador, exponga con claridad las razones que justifican una decisión que contraviene una anterior en una cuestión no regida por la discrecionalidad que con carácter general se pregona de la potestad del planeamiento. Por ende, como una consecuencia más, es a la Administración que toma esa decisión posterior a la que incumbe en el proceso la carga de la prueba de la justificación; la carga de probar que sí existían las razones hábiles para adoptar dicha decisión. O lo que es igual: no es al impugnante a quien incumbe la carga de la probar que tales razones no existen”.

co elemento de referencia con que contamos es la clasificación de los estados de las aguas superficiales: muy bueno, bueno, moderado, deficiente, malo. Y de las aguas subterráneas: bueno, peor.

El estado ecológico de una masa de agua vendrá determinado por el índice del indicador más bajo. Pero ¿solo existe deterioro cuando la medida o actuación conlleva que la masa de agua descienda a un estado inferior o basta con que empeore uno de los indicadores, aunque no suponga descenso a un estado inferior? Esta es la clave.

En un primer momento se sostuvo que se produce un deterioro de las aguas cuando pasan a un estado inferior, corriente que se ha denominado ‘teoría de las clases’. Esta fue la posición adoptada por Alemania en el asunto C-461/13, relativo al dragado del río Weser. El Gobierno alemán, junto con otros, consideraba que por ‘deterioro’ debía entenderse únicamente aquella modificación perjudicial que implica un descenso de la masa de agua a una clase o estado inferior.

Frente a esta postura, la Comisión sostenía que se produce deterioro no solo cuando se modifica la clase de estado de la masa de agua, dado que la Directiva Marco prohíbe “todo deterioro pertinente” dentro de una misma clase. Es decir, que cualquier modificación adversa de las aguas conlleva un deterioro, aunque no suponga el paso a una clase inferior (“teoría del status quo”).

Ambas corrientes son recogidas por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de julio de 2015 (Asunto C-461/13), que resume el debate del siguiente modo:

“52 Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera, que procede abordar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la expresión «deterioro del estado» de una masa de agua superficial empleada en el artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 2000/60 debe interpretarse en el sentido de que sólo comprende las modificaciones adversas que den lugar a la inclusión de la masa de agua en una clase inferior de conformidad con el anexo V de esa Directiva (teoría de las clases de estado). En caso de respuesta negativa, es decir, si esa expresión se refiere a cualquier modificación adversa de la masa de agua de que se trate (teoría del status quo), el órgano jurisdiccional remitente desea que se dilucidan cuáles son los criterios para determinar el deterioro del estado de una masa de agua superficial.”

El Tribunal de Justicia se inclinó por la segunda posición. Los argumentos en los que apoya su conclusión son los siguientes. En primer lugar, con apoyo en la interpretación literal de la base jurídica: según el artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 2000/60 el concepto de «deterioro del estado» de una masa de agua superficial se refiere también a los deterioros que no den lugar a la inclusión de la masa de agua en una clase inferior, porque dispone expresamente que es preciso prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua superficial, sin hacer mención de un posible cambio de clase.

El segundo argumento es que la interpretación de la teoría de clases no incentivaría a los Estados a prevenir los deterioros del estado de una masa de agua superficial dentro de una clase de estado. Para las categorías de agua superficial, una masa de agua debe clasificarse en la clase inmediatamente inferior cuando el índice de uno de los indicadores de calidad descienda por debajo del nivel que corresponda a la clase a la que pertenezca en ese momento («one out all out»). Pero si la actuación no produce el descenso de un índice a la clase de estado inferior no se produciría deterioro, a pesar de que existe, aunque varios de ellos presenten –dentro de la misma clase– un valor de los parámetros peor⁴⁵.

Siguiendo esta misma línea argumental, sostiene el Tribunal de Justicia que la aplicación de la regla «one out all out» como criterio determinante del deterioro (teoría de las clases de estado) llevaría también a excluir las aguas de la clase más baja del ámbito de aplicación de la obligación de prevenir el deterioro del estado de éstas. En efecto, tras una clasificación de una masa de agua en la clase de estado más baja, ya no sería jurídicamente posible una nueva degradación de ésta. Sin embargo, el artículo 4, apartado 5, letra c), de la Directiva 2000/60, establece expresamente una prohibición de cualquier deterioro adicional en relación con las masas de agua superficial muy modificadas⁴⁶.

Finalmente, fundamenta su decisión en que, con relación a las aguas incluidas en las clases superiores, tampoco se consideraría deterioro el empeoramiento de diversos índices o parámetros si ninguno desciende a la clase inferior, porque se mantiene la masa de agua en la misma clase. Y, sin embargo, también en este supuesto la calidad del agua habrá disminuido.

Con estos argumentos acaba concluyendo que la obligación de prevenir el deterioro del estado de una masa de agua conserva todo su efecto útil con la interpretación que propone, al incluir cualquier cambio que pueda comprometer el cumplimiento del objetivo principal de la Directiva 2000/60⁴⁷. De manera que:

“La expresión «deterioro del estado» de una masa de agua superficial empleada en el artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 2000/60 debe interpretarse en el sentido de que existe deterioro cuando el estado de al menos uno de los indicadores de calidad conforme al anexo V de dicha Directiva descienda a la clase inferior, aun cuando ese descenso no dé lugar al descenso a una clase inferior de la masa de agua superficial en su conjunto. Sin embargo, si el indicador de calidad afectado conforme a ese anexo V figura ya en la clase más

45. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 1 de julio de 2015 (Asunto C-461/13; ECLI:EU:C:2015:433); considerando 62.

46. Misma sentencia; considerandos 63 y 64.

47. Misma sentencia; considerando 66.

baja, cualquier descenso de dicho indicador constituye un «deterioro del estado» de una masa de agua superficial en el sentido del citado artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i).⁴⁸

En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Europea en el Documento de orientación n.º 36 de la de la Estrategia común de aplicación de la directiva marco sobre el agua y la directiva sobre inundaciones:

“Las aclaraciones siguientes se refieren a la forma en qué debería interpretarse el cumplimiento de los objetivos medioambientales de la Directiva en la evaluación de los nuevos desarrollos:

- * una autoridad expedidora no deberá autorizar el desarrollo si el proyecto puede causar un deterioro del estado de una masa de agua superficial o cuando ponga en peligro el logro de un buen estado o un buen potencial ecológico de las aguas superficiales y un buen estado químico o un buen potencial ecológico de las aguas superficiales en la fecha establecida en la Directiva, a menos que se conceda una derogación,
- * el «deterioro del estado» de la masa de agua superficial pertinente incluye el descenso a la clase inferior de cualquiera de los «indicadores de calidad» en el sentido del anexo V de la DMA, incluso si dicho descenso no da lugar a un descenso de la clasificación de la masa de agua superficial en su totalidad, si el indicador de calidad ya figura en la clase más baja, todo deterioro de ese indicador representa un deterioro del estado en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i).

Un deterioro adicional de una masa de agua que actualmente no logra este estado o potencial, y que, en realidad, está en la clase más baja, aleja todavía más a la masa de agua de lograr los objetivos de la DMA y, por tanto, motiva la necesidad de proteger, mejorar y restaurar tales masas de agua. Se deduce, pues, que las autoridades deberían estar especialmente atentas respecto a los deterioros adicionales de un indicador de calidad que ya esté en la clase más baja.”

Esta interpretación ha sido extendida posteriormente a las aguas subterráneas⁴⁹, en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 28 de mayo de 2020 (Asunto C-535/18; ECLI:EU:C:2020:391). Se plantea como cuestión prejudicial en este asunto si el artículo 4, apartado 1, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/60 debe interpretarse en el sentido de que se considerará que existe deterioro del estado

48. También se utiliza este criterio en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de mayo de 2022 (Asunto C-525/20): “27 Por lo que respecta al concepto de «deterioro del estado» de una masa de agua superficial, que no encuentra definición en la Directiva 2000/60, el Tribunal de Justicia ha precisado que debe considerarse que existe deterioro del estado de una masa de agua superficial, al que se refiere el artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i), de esa Directiva, cuando el estado de al menos uno de los indicadores de calidad conforme al anexo V de dicha Directiva descienda a la clase inferior, aun cuando ese descenso no dé lugar a que pase a una clase inferior la masa de agua superficial en su conjunto. Sin embargo, si el indicador de calidad afectado conforme a ese anexo figura ya en la clase más baja, cualquier descenso de dicho indicador constituye un deterioro del estado de una masa de agua superficial (Sentencia de 4 de mayo de 2016, Comisión/Austria, C-346/14, EU:C:2016:322, apartado 59 y jurisprudencia citada).”

49. Aunque solo se distingue para estas aguas dos clases de estado (buen estado y mal estado), frente a las cinco que existen para las aguas superficiales.

químico de la masa de agua subterránea desde que el proyecto en cuestión implique exceder al menos una norma de calidad medioambiental relativa a un parámetro y, así mismo, si ha de considerarse que se da dicho deterioro en el caso de un incremento previsible de la concentración de algún contaminante cuando se haya excedido ya el valor límite aplicable con respecto a dicho contaminante.

Ambas cuestiones son respondidas en sentido afirmativo. A pesar de que para las aguas subterráneas solo se contemplan dos clases de estado y de que el estado de las masas de agua se determina de forma diferente, el alcance de la expresión deterioro del estado se determina por los mismos principios, con independencia del tipo de agua de que se trate.

Por lo que *“ha de interpretarse el concepto de «deterioro del estado» de las aguas mediante referencia tanto a un indicador de calidad como a una sustancia. Así pues, la obligación de evitar el deterioro del estado de una masa de agua conservará todo su efecto útil siempre que incluya cualquier cambio que pueda poner en riesgo el cumplimiento del objetivo principal de la Directiva 2000/60 (véase, en ese sentido, la sentencia de 1 de julio de 2015, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-461/13, EU:C:2015:433, apartado 66).”*

Y añade, para difuminar cualquier tipo de duda, que:

“109 Concretamente, existirá incumplimiento de la obligación de evitar el deterioro del estado de la masa de agua subterránea en cuanto se rebasen, a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2006/118, alguna norma de calidad o algún valor umbral.

110 Además, por los motivos mencionados en el apartado 108 de esta sentencia y a la luz en particular de los razonamientos que se han recordado en el apartado 97, constituirá también «deterioro» cualquier incremento ulterior de concentración de un contaminante que habida cuenta del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2006/118 rebase ya una norma de calidad medioambiental o un valor umbral fijados por el Estado miembro.”

La doctrina ha sido reafirmada en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 24 de junio de 2021 (Asunto C-559/19; Comisión Europea vs. Reino de España; marismas de Doñana; ECLI:EU:C:2021:512), en la que se concluyó en relación con el aspecto cuantitativo de las aguas subterráneas que:

“49 [...] el concepto de «deterioro», en el sentido de esta disposición, en el contexto de las aguas subterráneas que ya están en mal estado, supone un incremento adicional del déficit ya existente y, por tanto, una mayor sobreexplotación en relación con una situación anterior.”

En este asunto, que versaba sobre el Plan Hidrológico del Guadalquivir correspondiente a los años 2016-2021, se evidenciaba un deterioro cuantitativo de tres masas de agua subterránea frente al Plan Hidrológico correspondiente a los años anteriores,

2009-2015. La Comisión insistía en que el Plan correspondiente al primer período documentaba un buen estado cuantitativo de las aguas subterráneas en el área de Doñana, mientras que el Plan correspondiente al segundo período dejaba constancia del mal estado de tres de las masas de agua subterránea afectadas en esa área.

Tras reconocer la Abogada General que el paso de un buen estado a un mal estado supone un deterioro, revisaba las particularidades del caso y concluía que no existía deterioro en ese caso concreto. Así lo argumentaba:

“118. No obstante, la evolución expuesta no acredita aún un deterioro de la masa de agua subterránea. En concreto, la diferente valoración del estado cuantitativo se basa en el hecho de que, por lo que respecta al primer período, se evaluó la masa de agua subterránea Almon-te-Marismas en su conjunto, mientras que, por lo que respecta al segundo período, esta se dividió en cinco masas parciales de agua subterránea, de las cuales tres muestran un mal estado.

119. No hay indicios de que el estado de estas masas de agua subterránea fuese mejor antes de la división. Por el contrario, las alegaciones fácticas de ambas partes permiten considerar que este mal estado ya existía en el primer período, e incluso antes, pero que quedó oculto por la fusión de dos masas más de agua subterránea en una única gran masa, (55) es decir, que quedó «aguado».”

Por eso matizó el Tribunal que la falta de equilibrio entre la extracción y la alimentación de las aguas subterráneas supone que una masa de agua subterránea no se encuentra en un buen estado cuantitativo, pero ello no constituye en sí mismo un deterioro. Y que la adopción de las medidas necesarias para alcanzar el equilibrio está comprendida en la obligación de mejora. Mientras no aumente el grado de sobreexplotación de una masa de agua subterránea en mal estado cuantitativo no habrá un deterioro de dicho estado.

Esta doctrina ha quedado reflejada también en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso - Administrativo, 274/2023, de 31 de mayo (núm. de recurso: 189/2020; ECLI:ES:TSJ-CV:2023:1708). Afirma esta Sala territorial que la ley tiene previsto en casos en que una masa de agua subterránea está en riesgo de no alcanzar un buen estado cuantitativo o químico declarar la sobreexplotación prácticamente de plano. Concluye que la redacción del artículo 56.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas más que un procedimiento tiene todas las características de una medida cautelar.

Respecto a la valoración de la actuación desde el punto de vista del principio de no deterioro, señala que el Plan Hidrológico del Júcar tiene como punto de partida un déficit hídrico importante que se debe ir reduciendo el déficit hídrico hasta alcanzar los 48 Hm³/año. Ahora bien, para determinar que ha existido deterioro debe acreditarse la situación de progresivo deterioro, lo que no se había producido en aquel caso. Los informes aportados evidenciaban una tendencia a la estabilización de los niveles durante los últimos años después de décadas de intensa sobreexplotación.

Por tanto, si las nuevas actuaciones no suponen un incremento del déficit, no se vulnera el principio de no deterioro.

En conclusión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido dos criterios esenciales en relación con la aplicación de las excepciones al principio de no deterioro contenidas en el artículo 4 de la Directiva 2000/60. El primero, que la obligación de no deterioro de las aguas establecida en la directiva vincula inmediatamente a los Estados miembros y no está condicionada a la aprobación de los planes hidrológicos, de manera que habrá de tomarse en consideración en las autorizaciones de proyectos.

El segundo, que el sentido de la obligación de no deterioro que se deriva de la regulación contenida en la norma es el de que no solo las actuaciones que conllevan cambio de categoría o clase de estado (deterioros más graves) son objeto de interdicción (salvo que cumplan las condiciones previstas en aquélla) sino también aquellas que conllevan el empeoramiento de indicadores parciales. De manera que con esta interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la protección del estado ecológico de las masas de agua resulta más reforzada que si solo atendemos a la que resultaría de la teoría de clases. La comprobación de si se produce ese retroceso requerirá una comprobación caso a caso, como evidenciaba la Abogada General Sra. Juliane Kokott.

Finalmente, en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de mayo de 2022 (Asunto C-525/20; ECLI:EU:C:2022:351) se confirma que también el deterioro temporal es objeto de interdicción por parte de la Directiva 2000/60, salvo que concurra alguna excepción expresamente contemplada y que esté debidamente justificada:

“32 Ante todo, de la lectura conjunta de los apartados 1 y 6 del artículo 4 de la Directiva 2000/60 se desprende que la obligación de prevenir el deterioro del estado de las masas de agua superficial incluye la de prevenir un deterioro temporal del estado de dichas masas. En efecto, el hecho de establecer, en el artículo 4, apartado 6, de dicha Directiva, una excepción para tal deterioro confirma que el artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i), de dicha Directiva obliga a los Estados miembros a prevenir también ese deterioro.

[...]39 Pues bien, tanto los objetivos y los principios que se acaban de enumerar como el objetivo último de la Directiva 2000/60, que consiste en alcanzar y mantener al menos el «buen estado» de todas las aguas superficiales de la Unión, como se indica en el considerando 26 de dicha Directiva (véase, en ese sentido, la sentencia de 1 de julio de 2015, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-461/13, EU:C:2015:433, apartado 37), confirman, a su vez, la interpretación de que, sin perjuicio de la aplicación de los apartados 6 y 7 del artículo 4 de dicha Directiva y no obstante el apartado 8 de dicho artículo, debe evitarse todo deterioro del estado de una masa de agua, aunque sea temporal o transitorio y de corta duración, habida cuenta de los efectos perjudiciales para el medio ambiente o la salud humana que puedan derivarse del mismo.”

No obstante, la Comisión Europea, en el anteriormente citado Documento de orientación n.º 36 concluye que en determinados casos la afectación temporal no constituye un deterioro del estado o potencial si se dan las siguientes condiciones:

- a. Que el estado o potencial de un indicador se vea afectado solo de forma temporal a lo largo de un corto período de tiempo⁵⁰.
- b. Que se prevea la recuperación también en un corto período de tiempo, ya sea de forma natural o como resultado de las medidas de mitigación.
- c. Que se prevea que no tendrá consecuencias adversas a largo plazo.

En estos casos, considera la Comisión que no hay deterioro y no es necesario aplicar la verificación de las condiciones del artículo 4, apartado 7.

En cambio, las actividades que tengan efectos en el estado o potencial de la masa de agua de carácter permanente o durante un largo período de tiempo sí estarán sujetas a una verificación de las condiciones del artículo 4, apartado 7.

Lo que sí está claro es que las obligaciones derivadas de la Directiva Marco y los principios recogidos en la misma afectan tanto a programas o planes como a proyectos concretos. La actuación que da lugar a impedir que logre el buen estado o a que se deteriore el estado de una masa de agua puede ser un programa de medidas (decisión general) o un proyecto concreto (decisión particular), como ha corroborado el Tribunal de Justicia en Sentencia (Gran Sala) de 28 de mayo de 2020 (Asunto C-535/18; ECLI:EU:C:2020:391):

“74 El artículo 4 de la Directiva 2000/60 no contiene únicamente obligaciones de planificación a más largo plazo establecidas en planes hidrológicos y programas de medidas, sino que se refiere también a los proyectos concretos, a los que les es asimismo de aplicación la prohibición de deterioro de las masas de agua. Por consiguiente, los Estados miembros están obligados a denegar la autorización de proyectos cuando estos puedan deteriorar el estado de las masas de agua afectadas o poner en peligro el logro de un «buen estado» de las masas de agua superficial o subterránea, sin perjuicio de las excepciones que también establece ese mismo artículo 4 (véase, en ese sentido, la sentencia de 1 de julio de 2015, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, C-461/13, EU:C:2015:433, apartados 47, 48 y 50)”⁵¹.

50. Refiere como supuestos de efectos temporales a corto plazo las actividades humanas de corta duración, tales como obras o trabajos de mantenimiento: “*Por ejemplo, los efectos temporales debidos al establecimiento de la modificación durante la fase de construcción no deben ser abordados mientras no haya una consecuencia adversa a largo plazo y no se pueda prever ningún deterioro del estado o potencial del indicador en la masa de agua a partir de entonces*”.

51. En el mismo sentido se pronuncia la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas en el asunto C-43/10, de fecha 13 de octubre de 2011; considerando 62.

5. Control de medidas regresivas

El carácter relativo del principio de no regresión obliga a valorar aquellas medidas que se consideran regresivas pero que, en determinadas condiciones, pueden ser autorizadas.

Amaya Arias (2016) ha estudiado en profundidad cuál ha de ser el juicio que, a falta de previsiones normativas expresas, mejor permita el control de las medidas medioambientalmente regresivas, criterios que bien podríamos trasladar de algún modo al ámbito del principio de no deterioro, en la medida en que éste constituye una aplicación específica del principio de no regresión en materia ambiental.

Este control de validez de una medida o actuación se aplica una vez verificado que la misma supone una regresión en el nivel de protección alcanzado y permite comprobar si supera los requerimientos derivados del principio de no regresión; como parámetro de validez⁵².

Si la medida se considera regresiva respecto del nivel de protección ambiental alcanzado, ha de examinarse si afecta al núcleo esencial o contenido mínimo intangible del derecho afectado (en este caso el principio rector contenido en el artículo 45 de la Constitución). El carácter regresivo o no de la medida ha de efectuarse con apoyo en los criterios de la ciencia y la técnica. Como acertadamente ha puesto de manifiesto González Sanfiel (2022), *“a la hora de mantener un determinado marco normativo, se debe valorar su necesidad y adecuación, no sea que lo que se pretenda mantener en aras a no ser regresivo sea precisamente una regresión. [...] Hay que ver si ese requisito previo estaba justificado o era simplemente fruto de una inercia, de un recelo injustificado que nada aporta a la protección del valor”*.

Para determinar si existe regresión no basta con comprobar que se ha producido una modificación normativa o administrativa, sino que es necesario valorar si la regulación previa es la más adecuada desde el punto de vista de la protección del valor⁵³.

52. Amaya (2016) se plantea también si sería posible identificar un juicio de regresividad autónomo. A tal fin, sostiene que este test permite comprobar si la medida es regresiva, a través de la comparación de la norma existente y la modificación, desde el punto de vista de la conducta regulada, las circunstancias normativas, los destinatarios, los beneficiarios, los sujetos obligados y demás elementos relevantes.

53. Se evidencian así los mismos elementos que se han reconocido en otros campos de aplicación del principio de no regresión:

a) Nivel de protección ambiental -del agua- alcanzado. El resultante de la aplicación de los criterios, estándares y valores contemplados en el Anexo V de la Directiva Marco. Unido a valores como la salud, la dignidad humana y la calidad de vida, el desarrollo sostenible y el deber de conservación de la naturaleza determinará el nivel de protección ambiental alcanzado (el estado ecológico de la masa de agua, en terminología de la Directiva Marco).

b) Medida que atenta contra él. Es preciso analizar las medidas regresivas desde una perspectiva formal (tanto de la norma determinante del nivel de protección alcanzado como de la que introduce la medida regresiva) y desde una perspectiva material, para determinar si la norma de base contiene un avance ambiental y si la nueva norma constituye realmente una regresión respecto a aquél. Todo ello con apoyo en los criterios de la ciencia y la técnica.

La autora citada propone controlar la validez de las medidas bajo los parámetros del juicio de razonabilidad. Desde esta perspectiva, no pueden contar con respaldo constitucional normas, medidas o actuaciones de los poderes públicos que sean irrazonables. Esta metodología, que ha tenido aplicación en relación con el principio de igualdad y con el control de motivación de las resoluciones judiciales y administrativas, permite valorar si la norma limitativa o regresiva persigue una finalidad acorde con la Constitución y si los medios empleados para alcanzarla son idóneos.

En realidad, es necesario valorar bajo la luz de este juicio el fin perseguido (que sea constitucionalmente legítimo), el medio empleado y la relación entre el medio y el fin. Esto último lleva a requerir una motivación reforzada; exigencia que vemos reflejada en el artículo 4.7 de la Directiva Marco del Agua (pero también en otras excepciones) y en el artículo 39.2 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica. En palabras de la profesora Amaya (2016) *“La no regresión implica que, ante una nueva norma que reduce el nivel de protección ambiental, pesará una presunción de invalidez que obligará al estado a redoblar el nivel de justificación respecto de su adopción, bajo pena de arbitrariedad o violación de la razonabilidad exigida en el ejercicio del poder de policía”*.

Dando un paso más, la autora introduce en el control de la regresividad el juicio de proporcionalidad, lo que supone valorar la regresividad de una medida o actuación respecto de su idoneidad o adecuación. De tal manera que, si no es adecuada para contribuir a obtener un fin constitucionalmente legítimo, no superaría el filtro. Presupone, por tanto, la existencia de un fin legítimo y que la medida sea idónea para alcanzarlo.

Por otro lado, requiere la necesidad de la medida, de modo que sea la menos lesiva de los intereses ambientales entre todas las que resultan idóneas para alcanzar el fin. Este filtro obliga a la comparación de la medida adoptada y otras también idóneas para valorar si la pretendida es la que menor afectación ambiental negativa tiene.

Y, en último lugar, ha de valorarse la medida desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido estricto, superando este filtro la medida si las ventajas que se obtienen mediante la misma compensan los sacrificios que supone para los intereses medioambientales. Se trata de un juicio de ponderación.

Respecto del principio de no deterioro, la Directiva Marco del Agua y la normativa interna española, al positivar expresamente el mismo, ha facilitado el control de la excepción; es decir, de las medidas que pueden adoptarse válidamente, aunque constituyan un deterioro de la masa de agua considerada. El control jurídico de la

c] Justificación de dicha medida regresiva, que ha de ser reforzada y cualificada. La justificación ha de abarcar la demostración de que la medida (o actuación) regresiva tiene una finalidad constitucionalmente legítima, es necesaria y es proporcional en sentido estricto, en los términos antes descritos.

validez de nuevas actuaciones desde la perspectiva del principio de no deterioro hay que hacerlo a través de las condiciones a que se sujetan las medidas regresivas.

Ya hemos visto los requisitos a los que el artículo 4.7 de la Directiva Marco de Agua sujeta la validez de medidas regresivas del estado de una masa de agua y los criterios de interpretación de tales requisitos que ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ahora los valoraremos desde el punto de vista del principio de no regresión.

Desde nuestra perspectiva, el modelo que propone la norma se ajusta a los postulados del principio de proporcionalidad.

En primer lugar, aquella medida que suponga una regresión en el estado ecológico de una masa de agua ha de contener una motivación reforzada; pero además específica y revisable: *“que los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico de cuenca exigido con arreglo al artículo 13 y que los objetivos se revisen cada seis años”* (artículo 4.7.b] de la Directiva). Han de expresarse específicamente los motivos para la realización de las modificaciones, los cuales deben ser “de interés público superior”; y los mismos han de consignarse y explicarse específicamente en el plan hidrológico.

En segundo lugar, requiere la norma *“que los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior”* (artículo 4.7.c]). La modificación ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo; y no cualquier fin, sino uno que responda a un interés público superior. Ya hemos apuntado anteriormente que dicha ponderación no ha de aplicarse en abstracto, sino atendiendo las circunstancias del caso particular.

En tercer lugar, queda implícito en la redacción del precepto que la medida sea idónea para satisfacer ese interés público (artículo 4.7.d]).

Estas tres primeras condiciones reflejan el subprincipio de necesidad y que la medida o actuación ha de responder a un fin legítimo y de interés público superior.

En cuarto lugar, la aprobación de la medida ha de ir precedida de un análisis de alternativas: *“que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor”* (artículo 4.7.d]). Esta condición contempla el subprincipio de necesidad.

Para valorar si los beneficios previstos con la actuación pueden conseguirse mediante una opción medioambiental significativamente mejor es necesario un análisis de alternativas, que identifique, describa y valore todos los medios. Para lo cual debe analizarse, desde el primer momento y en el ámbito geográfico adecuado, los

beneficios que aporta la actuación, tomando en consideración el ciclo completo de la misma y los efectos acumulativos, en su caso. Y debe incluir tanto opciones estratégicas –dado que ha de incluirse esta evaluación en el plan hidrológico–, como las alternativas de proyecto (La Calle, 2022). De existir una medida medioambientalmente mejor y viable técnica y económicamente, habrá de optarse por esta última.

Finalmente, el criterio de proporcionalidad en sentido estricto queda reflejado en el artículo 4.7.c], inciso segundo: *“y/o que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos establecidos en el apartado 1 se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud humana, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible”*.

La norma exige la comparación de los beneficios que supone el buen estado de la masa de agua (beneficios para los sistemas ecológicos) y que se pierden, por un lado, y los beneficios que se prevén con la actuación para la salud humana, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible, por otro.

Se trata de comprobar en cada caso si el interés público a que obedece la actuación puede calificarse de superior, en el sentido de preeminente. *“Se considera que pueden obtener este reconocimiento aquellas actuaciones que tienen como objeto la protección de valores fundamentales para la vida de las personas o de la sociedad como son la salud, la seguridad o el medioambiente, en el marco de las políticas fundamentales del Estado y la sociedad. En circunstancias cualificadas podrían recibir este reconocimiento las actividades de carácter económico o social, cumpliendo las obligaciones específicas de los servicios públicos”* (La Calle, 2022).

Solamente cuando se verifiquen todas las condiciones descritas, que responden al criterio de proporcionalidad, podrá admitirse una medida regresiva del “estado ecológico del agua”, con ocasión de alteraciones o modificaciones o nuevas actividades «humanas de desarrollo sostenible»

Además, como condición adicional, han de adoptarse todas las medidas factibles para paliar (por este orden, evitar, reducir, compensar) los efectos adversos en el estado o potencial de la masa de agua afectada que se van a producir con la actuación proyectada, tratando así de minimizarlos.

Encontramos una aplicación ilustrativa de estos parámetros de control en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de mayo de 2016 (Asunto C-346/14; ECLI:EU:C:2016:322). El asunto versa sobre la autorización de la construcción de una central hidroeléctrica en el río Schwarze Sulm, en Austria. Las autoridades competentes habían considerado que la actuación producía un deterioro de las aguas de dicho río (de excelente a bueno), pero entendían que la infraestructura respondía a un interés público superior como es la producción de energías renovables, como la energía hidroeléctrica. Y así lo motivaron.

Interesa destacar que en esta resolución el tribunal europeo sienta dos principios esenciales. El primero, que las medidas previstas en una directiva pueden aplicarse antes de que venza el plazo de trasposición, en la medida en que los Estados miembros *“deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ella. Puesto que tal obligación de abstención se impone a todas las autoridades nacionales, debe entenderse que se refiere a la adopción de cualquier medida, general o específica, que pueda producir ese efecto negativo (sentencia de 11 de septiembre de 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolakarnanias y otros, C-43/10, EU:C:2012:560, apartado 57 y la jurisprudencia citada).”*

El segundo, que las excepciones al principio de no deterioro y las condiciones a que se sujetan delimitan el alcance de aquél: *“En ese sentido el régimen de excepciones previsto en el artículo 4, apartado 7, de esa Directiva constituye un factor que refuerza la interpretación según la cual la prevención del deterioro del estado de las masas de agua tiene carácter obligatorio (véase en ese sentido la sentencia de 1 de julio de 2015, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-461/13, EU:C:2015:433, apartado 44).”*

Insiste, por otro lado, en la doctrina del statu quo para determinar si existe deterioro o no de una masa de agua, aunque en este caso ese aspecto no había sido cuestionado:

“En ese sentido el Tribunal de Justicia ha precisado que debe considerarse que existe deterioro del estado de una masa de agua superficial, al que se refiere el artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 2000/60, cuando el estado de al menos uno de los indicadores de calidad conforme al anexo V de dicha Directiva descienda a la clase inferior, aun cuando ese descenso no dé lugar a que baje a una clase inferior la masa de agua superficial en su conjunto. Sin embargo, si el indicador de calidad afectado conforme a ese anexo V figura ya en la clase más baja, cualquier descenso de dicho indicador constituye un deterioro del estado de una masa de agua superficial (sentencia de 1 de julio de 2015, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-461/13, EU:C:2015:433, apartado 69).”

Y analiza si en el caso concreto se habían respetado las condiciones previstas en el artículo 4.7 de la Directiva 2000/60:

“Para apreciar si la resolución de 2007 se adoptó respetando las exigencias previstas en el artículo 4, apartado 7, de la Directiva 2000/60, es preciso determinar, en primer lugar, si se han adoptado todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos del proyecto discutido en el estado de la masa de agua afectada, en segundo lugar, si las razones que dan origen a ese proyecto han sido expresamente manifestadas y motivadas, en tercer lugar, si ese proyecto responde a un interés público superior y/o si los beneficios para el medio ambiente y la sociedad ligados al logro de los objetivos previstos en el artículo 4, apartado 1, de esa Directiva son inferiores a los beneficios para la salud humana, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible derivados de la ejecución de ese proyecto y, en cuarto lugar, si los objetivos beneficiosos perseguidos por ese proyecto no podían conseguirse, por razones

de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyeran una opción medioambiental significativamente mejor (véase en ese sentido la sentencia de 11 de septiembre de 2012, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolokarnanias y otros, C-43/10, EU:C:2012:560, apartado 67).”

Nos interesa destacar en la doctrina sentada por esta sentencia que las autoridades nacionales cuentan con un margen de apreciación para determinar en cada caso si una nueva actuación presenta un interés público superior:

“69. Hay que destacar a continuación que la construcción de una central hidroeléctrica que es objeto del proyecto discutido puede responder ciertamente a un interés público superior.

70 Debe reconocerse un cierto margen de apreciación a los Estados miembros para determinar si un proyecto específico presenta ese interés. En efecto, la Directiva 2000/60, adoptada con fundamento en el artículo 175 CE, apartado 1 (actualmente artículo 192 TFUE, apartado 1), establece principios comunes y un marco global de acción para la protección de las aguas y garantiza la coordinación, integración y, a más largo plazo, el desarrollo de los principios generales y de las estructuras que permitan la protección y la utilización ecológicamente viable del agua en la Unión. Esos principios y ese marco deben ser desarrollados con posterioridad por los Estados miembros mediante la adopción de medidas específicas. Así pues, esa Directiva no pretende una armonización total de la normativa de los Estados miembros en el ámbito del agua (sentencias de 30 de noviembre de 2006, Comisión/Luxemburgo, C-32/05, EU:C:2006:749, apartado 41; de 11 de septiembre de 2014, Comisión/Alemania, C-525/12, EU:C:2014:2202, apartado 50, y de 1 de julio de 2015, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-461/13, EU:C:2015:433, apartado 34).

71 Pues bien, dentro de ese margen de apreciación la República de Austria podía considerar fundadamente que el proyecto discutido, que trataba de promover la producción de energías renovables, como la energía hidroeléctrica, presentaba un interés público superior.”

Corroborra además la ponderación de intereses realizada por las autoridades austríacas, porque entiende que la construcción de una central hidroeléctrica responde al objetivo de proteger y mejorar el medio ambiente a través del desarrollo de energías renovables y contribuye además a la seguridad y diversificación del abastecimiento energético:

“72 En efecto, el artículo 194 TFUE establece en su apartado 1 que, en el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros, asegurar el funcionamiento del mercado de la energía, garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión, fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables, y fomentar la interconexión de las redes energéticas (sentencia de 6 de septiembre de 2012, Parlamento/Consejo, C-490/10, EU:C:2012:525, apartado 65).

73 Además, el fomento de las fuentes de energía renovables, que es un objetivo prioritario para la Unión, se justifica considerando, especialmente, el hecho de que la explotación de dichas fuentes de energía contribuye a la protección del medio ambiente y al desarrollo sostenible y que puede contribuir así a la seguridad y a la diversificación del abastecimiento energético y a acelerar la consecución de los objetivos del protocolo de Kioto, anexo a la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático (sentencia de 26 de septiembre de 2013, IBV & Cie, C-195/12, EU:C:2013:598, apartado 56).

74 Por último, se debe destacar que en este caso las autoridades nacionales ponderaron los beneficios esperados del proyecto discutido con el deterioro de la masa de agua superficial del río Schwarze Sulm que derivaría de él. Basándose en esa ponderación podían considerar que ese proyecto generaría un beneficio para el desarrollo sostenible, que se habían tomado todas las medidas factibles para atenuar la incidencia negativa de ese proyecto en el estado de esa masa de agua superficial, y que por razones de viabilidad técnica o de costes desproporcionados los objetivos perseguidos por ese mismo proyecto no se podían alcanzar por otros medios que constituyeran una opción medioambiental significativamente mejor.”

Para terminar, queremos traer de nuevo aquí la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2017. De entrada, porque sintetiza perfectamente los términos en que se debe producir el control de la aplicación del principio de no deterioro. Pero también, porque parece recoger ese margen de apreciación a que hace referencia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada en último lugar.

Considera el Alto Tribunal que ha de producirse un evento que active “*el escrutinio específico que deriva del artículo 45 CE*”, consistente en la adopción de medidas de tal entidad que supongan un “*patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de protección tuitiva*”.

Por otra parte, afirma que la determinación de la existencia de ese patente retroceso solo puede alcanzarse en un recurso o cuestión de inconstitucionalidad “*tras una cuidadosa ponderación*”. Entre los factores a valorar, la regulación preexistente es solo uno más a tomar en consideración.

Y, si la conclusión es que se ha producido una regresión relevante, habrá de valorarse si la nueva regulación cuenta con una justificación objetiva, “*de acuerdo con el amplio elenco de finalidades constitucionalmente legítimas, sin entrar en consideraciones de oportunidad o bondad técnica, debiéndose declarar en caso contrario su inconstitucionalidad, por vulneración del artículo 45 CE.*”

6. VII. Bibliografía

- Álvarez Carreño, S. (2006). Aproximación al estado ecológico del agua como concepto jurídico. *Derecho de Aguas*, 929-941.
- Alexandre Peñalver i Cabré, E. S. (2021). El acceso a la justicia en medio ambiente en la Unión Europea y en el Estado español: un largo camino aún por recorrer. *Observatorio de políticas ambientales 2021*. España.
- Amaya Arias, Á. M. (2015a). El principio de no regresión en materia ambiental y la directiva marco de aguas. En A. (. Embid Irujo, *Agua, Energía, cambio climático y otros estudios de derecho ambiental. En recuerdo a Ramón Martín Mateo* (pág. 105 y ss.). Cizur Menor: Aranzadi.
- Amaya Arias, Á. M. (2015b). El principio de no regresión en materia ambiental y la directiva marco de aguas. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*(32).
- Amaya Arias, Á. M. (2016). *El principio de no regresión en Derecho ambiental*. Madrid: Iustel.
- Amaya Arias, Á. M. (2019). El principio de no regresión del Derecho ambiental y la agenda 2030. En *Principios de Derecho Ambiental y Agenda 2030*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cabello Martínez, G. (2017). La aplicación del principio de no regresión en relación con el suelo verde urbano. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 25.
- Comisión Europea. (2009). *Guidance Document n° 20 Guidance document on exemptions to the environmental objectives*.
- Comisión Europea. (2017). *Documento de orientación n.º 36 Exenciones a los objetivos medioambientales en virtud del artículo 4, apartado 7*. Comisión Europea. Obtenido de https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_25_342
- De Nuccio, A. (2021). El principio de no regresión ambiental en el Ordenamiento español. *Rivista trimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 80-102.
- Embid Irujo, A. (2017). El control judicial de la planificación hidrológica: el cumplimiento de las condiciones para aceptar el deterioro de las masas de agua por la realización de concretos proyectos. El caso del dragado del Guadalquivir. En L. J. PAREJO ALFONSO, *os retos del Estado y la Administración en el siglo XXI*. Madrid: Tirant lo Blanch - Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Pascual Madoz.
- Essain, J. (s.f.). Progresividad y no regresión en el nivel de protección del ambiente. En P. Chacón, *El principio de no regresión ambiental en el Derecho Latinoamericano comparado*. San José: PNUD.

- Fanlo Loras, A. (2019). La protección del agua y sus ecosistemas en la Directiva Marco del Agua: una valoración crítica desde España. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*(43).
- García-Álvarez, G. (2024). El principio de no regresión ambiental en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Anuario. Observatorio de Políticas Ambientales*, 459-491.
- González Sanfiel, A. M. (2022). *El principio de no regresión en el Derecho público*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Guerrero Ron, A. G. (2020). Supuestos de excepción en la Directiva Marco del Agua: su interpretación por el Tribunal Supremo. *Actualidad Jurídica Ambiental*(102), 622-632.
- Gómez Fernández, D. (30 de mayo de 2023). *Derecho administrativo y urbanismo*. Obtenido de Los principios de no regresión ambiental, desarrollo sostenible y el planeamiento urbanístico: <https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/el-principio-de-no-regresión-ambiental-y-el-planeamiento-urbanístico-sts-22-03-2023>
- La Calle, A. e. (Noviembre de 2022). *Análisis interdisciplinar de la exención del cumplimiento de la obligación de prevenir el deterioro de las aguas por nuevas actuaciones*. Recuperado el Julio de 2025, de <https://bit.ly/antideterioro>
- Lozano Cutanda, B. (2010). *Derecho ambiental administrativo*. Madrid: La Ley.
- Lozano Cutanda, B. (2012). Principio standstill versus discrecionalidad administrativa. En E. y. García de Enterría, *Administración y Justicia. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Civitas-Thomson Reuters.
- López Ramón, F. (2011). El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho español. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*(20).
- López Ramón, F. (2011). *Introducción general: regresiones del Derecho ambiental*. Observatorio de Políticas Ambientales 2011. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- Machado, S. M. (1994). *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*. Alianza editorial.
- Moreno Molina, A. (2006). *Derecho comunitario del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons.
- Ojeda Mestre, R. (2013). Del eterno retorno a la no regresión. En P. Chacón, *El principio de no regresión Ambiental en el Derecho Latinoamericano comparado*. San José: PNUD.
- Parejo Alfonso, L. (2000). *El Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*.

- Rego Blanco, M. (2005). *La acción popular en el derecho administrativo y en especial, en el urbanístico*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
- Sagot Rodríguez, Á. (2013). El principio de no regresión en materia ambiental: análisis de dos casos de directrices transgresoras. *Actualidad Jurídica Ambiental*.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Artículos Originales || Recibido: 14/11/2025 || Aceptado: 04/12/2025

La protección constitucional del medio ambiente y su proyección sobre los derechos fundamentales

Constitutional Protection of the Environment and Its Impact on Fundamental Rights

Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo  0000-0003-1807-6583

Universidad Rey Juan Carlos, España.

pablo.fernandezdecasadevante@urjc.es

Resumen

El trabajo analiza la configuración constitucional del derecho al medio ambiente en el ordenamiento jurídico español, partiendo para ello de la evolución experimentada por el artículo 45 CE, desde una formulación inicialmente programática hacia una progresiva densificación normativa. A partir de ese marco, se examina su interacción con auténticos derechos fundamentales, fenómeno que se produce cuando las afecciones ambientales trascienden el ámbito de los intereses colectivos y se proyectan de forma directa sobre bienes constitucionalmente protegidos, caso del derecho a la vida y a la integridad física y moral –artículo 15–, a la intimidad personal y familiar –artículo 18.1 CE–, o a la inviolabilidad del domicilio –artículo 18.2–. Para todo ello, el presente estudio se apoya en un análisis sistemático de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, evidenciando el tenso diálogo existente de cara a la construcción de una tutela indirecta pero efectiva frente a los daños ambientales. Como aspecto adicional de interés, el trabajo aborda la proyección actual de esta doctrina en el ámbito del cambio climático, ello a la luz de la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que refuerza las obligaciones positivas de los Estados en materia de mitigación y adaptación climática. El estudio concluye destacando los retos que esta evolución plantea para el Tribunal Constitucional español, llamado como está a precisar el alcance de la variable climática en la interpretación de los derechos fundamentales, ello sin alterar el catálogo de derechos constitucionalizado.

Palabras clave: medio ambiente; derechos fundamentales; Tribunal Constitucional; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; cambio climático.

Abstract

This paper examines the constitutional configuration of the right to the environment within the Spanish legal system, taking as its starting point the evolution of Article 45 of the Spanish Constitution, from an initially programmatic formulation to a process of progressive normative densification. Against this background, it analyses the interaction between environmental protection and genuine fundamental rights, a phenomenon that arises when environmental harm goes beyond the sphere of collective interests and directly affects constitutionally protected interests, such as the right to life and to physical and moral integrity –Article 15–, the right to personal and family privacy –Article 18.1–, and the inviolability of the home –Article 18.2–. To this end, the study is based on a systematic analysis of the case law of the Spanish Constitutional Court and the European Court of Human Rights, highlighting the tense dialogue between the two courts in the construction of an indirect yet effective form of protection against environmental damage. As an additional point of interest, the paper addresses the current projection of this doctrine in the field of climate change, in light of the recent case law of the European Court of Human Rights, which reinforces States' positive obligations in relation to climate mitigation and adaptation. The paper concludes by highlighting the challenges that this evolution poses for the Spanish Constitutional Court, which is called upon to define the scope of the climate variable in the interpretation of fundamental rights without altering the constitutionally enshrined catalogue of rights..

Keywords: environment; fundamental rights; Spanish Constitutional Court; European Court of Human Rights; climate change.

Sumario

1. Introducción
2. Regulación constitucional
3. La cuestión medioambiental y su interacción con verdaderos derechos fundamentales
 - 3.1. El caso *López Ostra c. España*, como punto de partida
 - 3.2. El posterior diálogo entre el TC y el TEDH
 - 3.3. La novedosa doctrina del TEDH ante el cambio climático: el caso *Verein Klimasenioreninnen Schweiz y otras c. Suiza* y sus implicaciones para el ordenamiento español
4. Conclusiones

I. Introducción

En el tránsito desde una visión antropocéntrica del desarrollo hacia un enfoque más equilibrado entre progreso y sostenibilidad¹, el derecho al medio ambiente ha acabado emergiendo como una pieza clave en la arquitectura jurídica contemporánea. Y, es que, aunque la interacción del ser humano con la naturaleza es tan antigua como la propia civilización², no fue sino hasta las últimas décadas del siglo XX cuando esta relación comenzó a traducirse en normas jurídicas sistemáticas, dotadas de vocación universal y mecanismos institucionales de garantía³.

En efecto, y siendo razones de espacio las que nos impiden entrar en mayores consideraciones, recuérdese, al menos, que la codificación del derecho ambiental no es fruto de un momento o hecho aislado, sino el resultado de una evolución marcada por hitos internacionales –a destacar, la Conferencia de Estocolmo de 1972– que impulsaron una toma de conciencia global sobre los límites ecológicos del crecimiento⁴. Desde entonces, el medio ambiente ha pasado de ser una cuestión técnica o sectorial, a convertirse en un objeto de creciente tutela, tanto en el plano internacional como en los ordenamientos jurídicos internos.

En cuanto al ámbito doméstico, España se vio igualmente afectada por ese proceso de transformación, con un artículo 45 CE⁵ pionero en el reconocimiento de un derecho-deber ambiental, que se inscribe en ese contexto de progresiva sensibilidad

1. Defendiendo la necesidad de asumir “un ecocentrismo moderado que haga bandera del equilibrio entre la protección medioambiental y la salvaguardia de los intereses y bienes constitucionales en conflicto”, González-Trevijano Sánchez, Pedro. *El principio de protección del Medio Ambiente, una perspectiva de Derecho Comparado. España*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo: Bruselas, 2025, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/769506/EPRS_STU\(2025\)769506_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/769506/EPRS_STU(2025)769506_ES.pdf), consultado el 15 de septiembre de 2025, pp. 137 y 138, apoyándose, para ello, en la STC 142/2024, de 20 de noviembre, FJ 3 (ECLI: ES:TC:2024:142), según la cual, “la garantía de la sostenibilidad pasa por asegurar la ponderación entre los requerimientos medioambientales, sociales y económicos”.
2. Pérez Luño, Antonio. “Artículo 45: Medio ambiente”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa: Madrid, 2006, p. 238.
3. Como nos recuerda Simón Yarza, Fernando. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2012, p. 13, “fue a finales de los sesenta y principios de los setenta cuando los expertos comenzaron a advertir de los riesgos que conlleva el dominio despótico de la naturaleza y a propugnar la «ecologización» de la economía”. Citando a Schumacher, Ernst Friedrich. *Small is beautiful*. Blond and Briggs: Londres, 1973, el propio autor añade que “lo que estaba en juego (...) era la misma dignidad humana”.
4. El análisis más detallado sobre los antecedentes jurídicos a nivel supranacional lo encontramos en Lozano Cutanda, Blanca. *Derecho ambiental y climático*. Dykinson: Madrid, 2ª edición, 2023, pp. 35 y ss. De igual modo, y para un riguroso estudio sobre el régimen jurídico aplicable al principio de protección del medio ambiente en el derecho internacional público, vid. Fernández de Casadevante Romaní, Carlos. *El principio de protección del Medio Ambiente, una perspectiva de Derecho Comparado. Derecho Internacional*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo: Bruselas, 2025, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2025\)769506](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2025)769506), consultado el 14 de septiembre.
5. Artículo 45 CE: “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán 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. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

ecológica, reflejando, aunque con ciertos límites iniciales de eficacia, un compromiso normativo que solo adquiriría plena operatividad con la integración europea y el desarrollo del derecho ambiental comunitario. Ese es el punto de partida de una investigación que, por motivos de espacio, tendrá como objeto exclusivo el examen jurídico constitucional respecto del verdadero alcance del derecho al medio ambiente en España, incluida su interacción con auténticos derechos fundamentales. En ello nos centramos a partir de ahora.

2. Regulación constitucional

La constitucionalización de la cuestión medioambiental representa una de las mayores aportaciones sociales de nuestro constituyente⁶, marcando un punto de inflexión en el reconocimiento normativo de los bienes colectivos ligados a la sostenibilidad, tanto a nivel nacional como desde un punto de vista comparado. Así fue. Mientras que el derecho al medio ambiente distaba aún de ser una categoría jurídica consolidada fuera de nuestras fronteras, el proceso constituyente español fue aprovechado para avanzar en ese ámbito, alineándose expresamente con las crecientes demandas supranacionales en torno a la protección del entorno natural, impulsadas principalmente tras la citada Conferencia de Estocolmo de 1972. En efecto, la proximidad temporal entre este hito y la aprobación de la Constitución española no fue una variable menor: la redacción constitucional se desarrolló en un clima en el que comenzaban a reconocerse los límites del crecimiento y la necesidad de incluir los factores ambientales en la toma de decisiones políticas.

Este contexto político y jurídico de creciente sensibilidad ecológica explica, en definitiva, la aparición de un precepto específico –el mencionado artículo 45 CE– que consagra, por vez primera en nuestra historia constitucional⁷, el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, así como el deber correlativo de preservarlo, ello en virtud de una redacción que, permaneciendo invariable en cuanto a su estructura inicial –alusión al medio ambiente como derecho, atribución a los poderes públicos de una obligación activa de protección y establecimiento de san-

6. Como recuerda CANOSA USERA, Raúl: “Artículo 45”. *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978–2018*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 851, “lo propio del constitucionalismo social era, y sigue siendo, que el Estado se preocupe de las condiciones vitales de los seres humanos y que para ello asigne tareas a los poderes públicos e incluso reconozca a los individuos derechos subjetivos, también prestacionales, que aseguren esas condiciones vitales de bienestar”, según señala Canosa Usera, Raúl. “Artículo 45”. *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978–2018*, Tomo I. Tirant lo Blanch: Valencia, 2018, p. 851.

7. Se trata, según González-Trevijano Sánchez. *El principio de protección del Medio Ambiente...*, op. cit., pp. 132 y 133, de una decisión que “sitúa a nuestro constituyente a la vanguardia del reconocimiento de lo que, por aquel entonces, eran derechos «de nueva generación», y que resulta plenamente coherente con la alusión, en el propio Preámbulo del Texto constitucional, a la voluntad de «asegurar a todos una digna calidad de vida». Una aspiración igualmente recogida en el artículo 129.1 CE”.

ciones ante el incumplimiento—⁸, sí fue objeto de ciertas modificaciones durante la celebración de los debates constituyentes⁹.

Eso en cuanto al contenido del precepto. Respecto a su aplicación, conviene recordar que, a pesar de su importancia programática, el artículo 45 CE careció de eficacia normativa real durante años. No sería, de hecho, hasta la adhesión de España a las Comunidades Europeas, en el año 1986, cuando comenzó una verdadera transformación del ordenamiento jurídico ambiental, impulsada por la normativa comunitaria y la creciente exigencia de cumplimiento de estándares europeos en materia de calidad ambiental, evaluación de impacto y sostenibilidad.

Desde entonces, el precepto ha ido adquiriendo progresiva densidad jurídica a través del desarrollo legislativo, la jurisprudencia constitucional y la integración de los principios ambientales en las políticas públicas, todo lo cual ha contribuido a reavivar el debate acerca de la posibilidad de hablar de la consagración constitucional de un auténtico derecho subjetivo¹⁰, opción que nosotros rechazamos de plano. Básicamente, por la ubicación que el precepto tiene en el Texto constitucional, dentro del capítulo III del Título I, dedicado a “los principios rectores de la política social y económica”, a los que son de aplicación las garantías consagradas en el artículo 53.3 CE¹¹. Ahora bien, ello no obsta para defender su fuerza jurídica, pues “aun siendo preceptos programáticos, tienen eficacia obligatoria y vinculante, no ya por lo que mandan sino, sobre todo, por lo que prohíben con su mero enunciado”¹². Y lo cierto es que se trata, la anterior, de una tesis –eficacia jurídica, que no subjetividad del derecho– plenamente alineada con nuestra jurisprudencia constitucional¹³.

8. Pérez Luño. “Artículo 45: Medio ambiente”. *Op. Cit.*, p. 247.

9. Para una rigurosa explicación de las distintas propuestas de redacción planteadas durante los mismos, vid. González-Trevijano Sánchez. *El principio de protección del Medio Ambiente...*, op. cit., pp. 3 a 21.

10. Respecto a las implicaciones de su igual consideración como deber constitucional, vid. Pérez Sola, Nicolás. “El derecho-deber de protección del medio ambiente”. *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017, pp. 973 y ss.

11. Artículo 53.3 CE: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. En esa misma línea, entre otros, Canosa Usera, Raúl. “Aspectos constitucionales del derecho ambiental”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 94, 1996, pp. 85 y ss., o López Menudo, Francisco. “El derecho a la protección del medio ambiente”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, 1991, p. 174, para quien la literalidad del precepto, “en donde queda prejuzgada la naturaleza y alcance de estos principios rectores”, constituye un “condicionante, prácticamente insalvable”. Reacio, en cambio, a descartar la consideración del derecho a disfrutar del medio ambiente como subjetivo, López Ramón, Fernando. “El medio ambiente en la Constitución Española”. *Ambienta: la revista del Ministerio de Medio Ambiente*, nº 113, 2015, pp. 6 y 7, para quien “cada vez parecen existir menos razones para no concordar con quienes propugnan que el artículo 45 de la Constitución (...) se traduce precisamente en lo que dice y no en otra cosa. La fuerza de las palabras utilizadas en el precepto, por lo que ellas mismas significan, junto con la fuerza de la conciencia social sobre la necesidad de compromisos ambientales en el texto fundamental, son elementos que justifican interpretar que la palabra “derecho” equivale, como es habitual en el lenguaje jurídico, a derecho subjetivo, esto es, a una situación de poder individual susceptible de tutela judicial”.

12. De Esteban, Jorge y González-Trevijano Sánchez, Pedro. *Tratado de Derecho Constitucional II*. Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense: Madrid, 2004, p. 323.

13. Así, y según el máximo intérprete de la Constitución, “es (...) obvio que el derecho a un medio ambiente adecuado reviste una singular importancia, acrecentada en la sociedad industrializada y urbanizada de nuestros días. Así lo

3. La cuestión medioambiental y su interacción con verdaderos derechos fundamentales

3.1. El caso López Ostra c. España, como punto de partida

Ya hemos visto que el derecho a la protección del medio ambiente, tal y como se formula en el artículo 45 CE, carece de la consideración de derecho fundamental *stricto sensu*. Ahora bien, ello no impide que, en determinadas circunstancias, los daños medioambientales puedan condicionar la eficacia jurídica de verdaderos derechos fundamentales susceptibles de las garantías que les son inherentes, recurso de amparo, al frente. Se trata esta de una posibilidad que tiene como premisa de partida la consideración de que hay afecciones al medio ambiente cuyos efectos no se agotan en la lesión de un interés colectivo o difuso, sino que pueden traducirse en una vulneración concreta y directa de derechos subjetivos constitucionalmente garantizados, como el derecho a la vida y a la integridad física –artículo 15 CE–, al derecho a la intimidad personal y familiar –art. 18.1 CE–, o a la inviolabilidad del domicilio –art. 18.2 CE–.

No fue esa, sin embargo, la posición inicialmente adoptada por el Tribunal Constitucional español en los años noventa, reacio al reconocimiento de tal posibilidad. Hubo que esperar a la inadmisión del recurso de amparo¹⁴ interpuesto por una ciudadana española –doña Gregoria López Ostra–, afectada por la entrada en su domicilio de gases y malos olores desde una planta depuradora de residuos, y la consiguiente condena por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –desde ahora, TEDH–, para que nuestro Alto Tribunal contemplase, ya sí, esa posible conexión entre el elemento medioambiental y los derechos fundamentales básicos.

Explicado lo anterior por partes, lo primero es referirse al criterio inicial del Tribunal Constitucional, contrario a la apreciación de una vulneración del artículo 15

reconoce la Constitución, en su art. 45, que enuncia el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Precepto constitucional que, en su segundo apartado, impone a los poderes públicos la tarea 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, como ha tenido ocasión de recordar este Tribunal (así en las SSTC 64/1982, y 227/1988) (...). Sin embargo, no puede ignorarse que el art. 45 de la Constitución enuncia un principio rector, no un derecho fundamental. Los Tribunales deben velar por el respeto al medio ambiente, sin duda, pero de acuerdo con lo que dispongan las leyes que desarrollen el precepto constitucional (art. 53.3 C.E., SSTC 32/1983, fundamento jurídico 2º, 149/1991, fundamento jurídico 1º, y 102/1995, fundamentos jurídicos 4º - 7º) –STC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 2 y 3–. Eso con respecto a la falta de subjetividad del derecho. En cuanto a su vinculatoriedad, el Alto Tribunal recuerda que los principios rectores de la política social y económica “enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución (STC 19/1982, fundamento jurídico 6.º). Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio” –STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 11 (ECLI:ES:TC:1992:14)–.

14. Ello, en virtud de Providencia de 26 de febrero de 1990.

CE¹⁵, pues la demandante no había sufrido tratos inhumanos o degradantes a causa de la no paralización de la mencionada depuradora. Señalaba el Alto Tribunal –recordando antes la no invocación de la vulneración del derecho a la intimidad por la actora– que los órganos judiciales que se habían ocupado del recurso “no han apreciado la existencia de ningún peligro grave para la vida e integridad física de aquélla, habiéndose aportado numerosas pruebas al respecto”.

Como igualmente relevante fue su argumentación respecto de la posible lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio –artículo 18.2 CE¹⁶–. Y, es que, para el máximo intérprete de la Constitución:

“tampoco puede considerarse que la «invasión de olores desagradables, ruidos y humos» generados por la planta depuradora entrañe la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, so pena de desnaturalizar el contenido de ese derecho”¹⁷.

Finalmente, rechazó también la apreciación de cualquier menoscabo de la libertad de residencia de la demandante –artículo 19 CE¹⁸–, “toda vez que ningún acto de los poderes públicos traído ante este Tribunal por la actora le ha impuesto el abandono de su vivienda sin causa legalmente prevista”¹⁹.

En reacción a dicha decisión, la demandante interpuso recurso ante el TEDH alegando la violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 –en adelante, CEDH–²⁰, en lo que supuso la antesala de una interpretación del precepto que, según la principal doctrina, no ha hecho sino crear un “«*derecho general de libertad*» sobre un espacio determinado (el domicilio)”²¹.

Para mayor concreción, el Tribunal con sede en Estrasburgo partió de una premisa fundamental para lo que aquí se estudia. Y, es que:

15. Artículo 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.
16. Artículo 18.2 CE: “El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito”.
17. Providencia del Tribunal Constitucional, de 26 de febrero de 1990.
18. Artículo 19 CE: “Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos”.
19. Providencia del Tribunal Constitucional, de 26 de febrero de 1990.
20. Artículo 8 CEDH: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.
21. Velasco Caballero, Francisco. “Protección del Medio Ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 45, 1995, p. 310, calificando dicha opción como “un exceso interpretativo”.

“los daños graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de tal modo que su vida privada y familiar se vea perjudicada, sin por ello poner en grave peligro la salud de la interesada”²².

Acto seguido, se centró en los antecedentes de hecho más importantes, empezando por recordar que, desde el año 1988, la planta había provocado olores y emisiones nocivas que habían llegado a afectar a numerosos residentes, incluida la demandante. Como igualmente destacable entendió que era el hecho de que, aunque el Ayuntamiento no era directamente responsable de las emanaciones, había permitido la construcción de la instalación en terrenos municipales, concesión de subvención pública, incluida. Y, todo ello, sin olvidar que, aunque se adoptaron medidas iniciales como el realojo temporal de los vecinos y el cierre parcial de la actividad, los problemas persistieron y fueron confirmados en diversos informes oficiales y periciales entre los años 1989 y 1993.

En adición a lo anterior, el Tribunal destacó que, pese a conocer la situación, las autoridades no habían adoptado las medidas necesarias para resolver el problema. Es más, algunas instancias del Estado, como el Ministerio Fiscal o el propio Ayuntamiento, habían recurrido decisiones judiciales que ordenaban el cierre provisional de la planta, lo que prolongó la exposición de la demandante a las molestias. Y a todo ello se añade que, aunque el Ayuntamiento había asumido el alquiler de otra vivienda entre los años 1992 y 1993, la familia no se trasladó hasta más de tres años después de iniciarse la actividad, cuando vio que la situación podría prolongarse de manera indefinida, y solo por prescripción médica.

Por todo lo apuntado, el TEDH estimó que el Estado español había sido incapaz de mantener un justo equilibrio entre el interés general –disponer de una planta de tratamiento– y el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y vida privada y familiar, declarando la vulneración del artículo 8 CEDH²³, precepto que, dicho sea de paso, ha acabado por convertirse en el “verdadero catalizador de la protección medioambiental en el ámbito del CEDH”²⁴.

Por el contrario, y en la línea de lo decidido por el Tribunal Constitucional, el TEDH descartó la violación del artículo 3 CEDH²⁵, señalando que, aunque “las condiciones en que vivieron la actora y su familia durante unos años fueron cierta-

22. STEDH de 9 de diciembre de 1994, *Asunto López Ostra c. España*, párrafo 51 (ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001679890).

23. *Ibidem.*, párrafos 52 a 58.

24. Aranda Álvarez y Sánchez Martín. “El disfrute al medio ambiente como derecho fundamental”. *Op. cit.*, p. 22.

25. Artículo 3 CEDH: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

mente muy difíciles, (...) no constituyen un trato degradante”²⁶, en el sentido del referido precepto²⁷.

Nos encontramos, en definitiva, ante una decisión “clave en la llamada «jurisprudencia ambiental”²⁸ del TEDH, obligando a una interpretación expansiva de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio previstos en los artículos 18.1 y 18.2 CE, a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE²⁹. Una novedosa visión, decimos, que acabaría plasmándose en la STC 119/2001, de 24 de mayo³⁰, como tendremos ocasión de comprobar a continuación.

3.2. El posterior diálogo entre el TC y el TEDH

Como se acaba de apuntar, el *Asunto López Ostra c. España* ha influido de manera notable en la manera en la que el Tribunal Constitucional aborda los asuntos medioambientales en nuestro país, ello en lo que a la interpretación del contenido de determinados derechos fundamentales se refiere. Claro ejemplo de lo anterior es la mencionada STC 119/2001, de 24 de mayo, de indudable relevancia para lo que aquí se estudia, pues supuso la recepción de la doctrina medioambiental europea al ámbito interno español, ello a pesar de que el fallo resultara desestimatorio respecto de las pretensiones de la parte reclamante.

Entrando en su análisis, lo primero es referirse al hecho mismo de la demanda, interpuesta por otra ciudadana particular tras sufrir durante años una situación

26. STEDH de 9 de diciembre de 1994, *Asunto López Ostra c. España*, párrafo 60 (ECLI:CE:ECHR:1994-1209JUD001679890).

27. Para un análisis sobre el contenido de dicho artículo, vid. Salado Osuna, Ana y Fillol Mazo, Adriana. “Los tratos prohibidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Vol. 1. Coordinado por Javier García Roca, Pablo Santolaya Machetti y Miguel Pérez-Moneo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023, pp. 135-178.

28. San Martín Segura, David y Muñoz Benito, Lucía. “Los últimos episodios de la doctrina López Ostra en España”, en *Sistemas Sociais Complexos e Integração de Geodados no Direito e nas Políticas*. Coordinado por Alexandra Araújo, José Gomes. Portugal: Universidade de Coimbra, 2019, pp. 311 y 312. Y, es que, como señala en la p. 318, “la contundencia del fallo del TEDH (...) hizo que el TC replantease su doctrina, y que acogiera la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo con relación a los aspectos ambientales de ciertos derechos fundamentales”.

29. Artículo 10.2 CEDH: “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

30. En realidad, el máximo intérprete de la Constitución se refirió ya a la doctrina del TEDH en su Sentencia 199/1996, de 3 de diciembre, aunque fuera *obiter dicta*, al no admitirse la alegación relativa a la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar –artículo 18.1 CE–, pues el recurso de amparo se basaba exclusivamente en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24.1 CE. En dicha decisión, el Tribunal Constitucional recordaba que “la importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado que, en determinados casos de especial gravedad, los daños ambientales pueden llegar a vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar, declarado por el art. 8 del Convenio de Roma (Sentencias del T.E.D.H. Powell y Rainer *c.* Reino Unido, 17 de octubre de 1986, y López Ostra *c.* España, 9 de diciembre de 1994)” –STC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 2 (ECLI:ES:TC:1996:199)–.

de grave contaminación acústica en su domicilio –provocada por múltiples locales de ocio, especialmente una discoteca ubicada en los bajos de su edificio–, sin que el Ayuntamiento de la localidad actuara de forma efectiva, ello a pesar de haber declarado la zona como "acústicamente saturada".

Alegada la violación del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 CE, el Tribunal Constitucional señaló que:

"cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, (...) cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE"³¹.

Se trata, la anterior, de una aseveración ciertamente expeditiva, por cuanto implicaría conferir al derecho fundamental a la vida y a la integridad física, un contenido más amplio y una proyección más extensa que la tutela conferida por el artículo 2 CEDH³², en tanto que incluye, no solo la protección frente a actos que directamente amenacen la existencia física sino también garantías vinculadas a la calidad y condiciones de la vida misma en el marco del ordenamiento constitucional español. Como se apunta desde la doctrina desde hace ya tiempo, ello "le otorga un enorme potencial futuro para la protección por la vía de amparo de los daños, físicos y morales, sufridos como consecuencia de ataques al medio ambiente"³³.

Y eso con respecto a aquellos supuestos de grave e inmediata puesta en peligro de la salud física y moral. Pero, es que, cuando no concurra ese riesgo, la denuncia frente a los daños ambientales especialmente graves puede articularse en invocación del derecho a la intimidad personal y familiar de los artículos 18.2 CE y 8 CEDH, ello en coherencia con la doctrina del TEDH ya mencionada. Así lo reconoció el propio Tribunal Constitucional en la misma Sentencia, al concluir que:

"una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada

31. STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6 (ECLI:ES:TC:2001:119).

32. Artículo 2 CEDH: "1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección".

33. Lozano Cutanda, B. "La ecologización de los derechos fundamentales: la doctrina *López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido* del TEDH y su recepción por nuestro TC". *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 1, 2002, p. 198.

al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida”³⁴.

Otra cosa es que el Alto Tribunal español acabara desestimando la concurrencia de tales daños por falta de pruebas³⁵, lo cual no ha impedido hablar de un fallo que, aunque “modesto en su alcance práctico, (...) depara empero la ocasión para establecer una doctrina constitucional sobre los preceptos invocados que responda al tipo de sociedad tecnológica que nos toca vivir”³⁶. Una decisión que, sin confirmar “la *subjetivización del Derecho ambiental*”³⁷, como se ha llegado a defender doctrinalmente, sí supone la “ampliación del ámbito de los derechos –ámbito medioambiental–” susceptibles de protección en amparo³⁸.

Partiendo, por tanto, de la importancia de la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional –aunque ya viéramos que fue desestimatoria–, lo siguiente es referirse a la resolución de la posterior demanda –sustanciada en el *Asunto Moreno Gómez c. España*– a cargo de un TEDH que comenzó recordando que el artículo 8 CEDH –precepto cuya violación se invocaba– protege el derecho del individuo al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. Un domicilio que, como el propio órgano señaló, lo normal es que sea “el lugar (...) donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, lo que significa no solo el derecho al área física en sí, sino también al disfrute tranquilo de esa área”. Por lo tanto:

“las violaciones del derecho al respeto del domicilio no se limitan a transgresiones concretas o físicas, como la entrada no autorizada en la vivienda de una persona, sino que también incluyen aquellas que no son concretas o físicas, como el ruido, las emisiones, los olores u

34. STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6 (ECLI:ES:TC:2001:119). Contrario a dicha postura mayoritaria dentro del Tribunal se mostró el Magistrado d. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al afirmar que “la lesión de los derechos fundamentales no requiere que el ruido sea de un nivel intenso y que ponga en grave peligro la salud de las personas. La reciente legislación europea evoluciona en otra dirección. La reacción de los poderes públicos frente al ruido solamente tiene en cuenta que los efectos sean nocivos: consecuencias negativas sobre la salud de las personas, tales como las molestias provocadas por el ruido, alteración del sueño, interferencia con la comunicación oral, perjuicios en el aprendizaje, pérdida auditiva, estrés o hipertensión. En la sentencia subyace una separación entre integridad física (art. 15 CE) y salud (art. 43 CE). Es una separación que la legislación europea rompe desde el momento en que asume que la salud humana, como la entiende la Organización Mundial de la Salud (OMS), es el “estado de absoluto bienestar físico, mental y social” –voto particular a la STC 119/2001, de 24 de mayo, formulado por el Magistrado d. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, punto 2–.

35. Los problemas probatorios se detectaron a la hora de acreditar la intensidad de la contaminación por ruido –STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6 (ECLI:ES:TC:2001:119)–.

36. Voto particular a la STC 119/2001, de 24 de mayo, formulado por el Magistrado d. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, punto 5.

37. Velasco Caballero. “Protección del Medio Ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Op. cit.*, p. 310.

38. Canosa Usera, Raúl. “Pretensiones ambientales en amparo constitucional: comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 10-11, 2002-2003, p. 705.

otras formas de injerencia”. En resumidas cuentas, “una violación grave puede constituir una vulneración del derecho de una persona al respeto de su domicilio si le impide disfrutar de las comodidades de su hogar (...)”³⁹.

Acto seguido, y tras aludir a otros casos previos de interpretación amplia del propio artículo 8, reconociendo su aplicación en casos donde las condiciones ambientales o actos de terceros afectaron negativamente el disfrute del hogar⁴⁰, el TEDH aclaró que, pese a que el artículo 8 tiene como objetivo esencial la protección del individuo frente a injerencias arbitrarias procedentes de las autoridades públicas, “también puede implicar la adopción de medidas por parte de las autoridades destinadas a garantizar el respeto de la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones entre particulares (...)”. Y abundó en lo anterior señalando que, para ello, “debe tenerse en cuenta el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses en conflicto del individuo y de la comunidad en su conjunto”⁴¹.

Se apreciaba ya, en definitiva, una convergencia esencial entre las posiciones del Tribunal Constitucional y el TEDH, en el sentido de reconocer la posibilidad de una afectación del derecho a la intimidad/privacidad y a la inviolabilidad del domicilio por razones medioambientales. Cuestión distinta es, sin embargo, la forma en que cada uno de ellos resolvió la cuestión de fondo. Y, es que, si el primero rechazaba entrar en la valoración de la prueba efectuada a nivel jurisdiccional ordinario⁴², desestimando el recurso de amparo presentado, el segundo entendió “excesivamente formalista” la exigencia a los demandantes para que demostraran –a juicio de los tribunales ordinarios españoles, no lo hicieron– la magnitud de los niveles de ruido dentro de su domicilio, pues las autoridades municipales ya habían designado la zona como acústicamente saturada⁴³. De ahí que el TEDH entendiera vulnerados los derechos protegidos por el artículo 8 CEDH, a la vista del volumen del ruido

39. STEDH de 16 de noviembre de 2004, *Asunto Moreno Gómez c. España*, párrafo 53 (ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD000414302).

40. En concreto, el TEDH se refirió a: 1) el *Asunto Powell y Rayner c. Reino Unido*, en el que consideró que el ruido constante de los aviones que operaban en el aeropuerto de Heathrow había acabado afectando a la calidad de vida privada de los demandantes, haciendo aplicable el artículo 8 CEDH; 2) el *Asunto López Ostra c. España*, en el que ya vimos que entendió que una contaminación ambiental grave, aun sin poner en riesgo directo la salud, podía igualmente afectar el bienestar y la vida familiar, vulnerando el mencionado precepto; 3) el *Asunto Guerra y otros c. Italia*, para recordar la igual proyección del artículo 8 CEDH respecto de las emisiones tóxicas que afectaban directamente la vida diaria de los demandantes; 4) el *Asunto Surugiu c. Rumanía*, según el cual, los actos reiterados de acoso por parte de terceros —como verter estiércol frente a la casa del demandante— constituían una injerencia ilegítima en su derecho al respeto del domicilio –STEDH de 16 de noviembre de 2004, *Asunto Moreno Gómez c. España*, párrafo 54 (ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD000414302)–.

41. *Ibidem.*, párrafo 55.

42. Conforme con la postura adoptada por el Alto Tribunal español, Matia Portilla, Francisco Javier. “Hay un derecho fundamental al silencio?”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 94, 2012, p. 364.

43. STEDH de 16 de noviembre de 2004, *Asunto Moreno Gómez c. España*, párrafo 59 (ECLI:CE:ECHR:2004:1116JUD000414302).

–durante la noche y por encima de los niveles permitidos– y el hecho de que se hubiera prolongado durante varios años⁴⁴.

Vistas las particularidades de ese incipiente diálogo entre el Tribunal Constitucional español y el TEDH⁴⁵, lo cierto es que la recepción de la doctrina europea dista de haber sido plena en nuestro país, con una serie de decisiones posteriores que así lo atestiguan, y ello a pesar de que, en todas ellas, se acoja de manera explícita la doctrina López Ostra⁴⁶.

Que ello es así queda constatado, primero, a través de la Providencia de 30 de octubre de 2007, dictada en inadmisión del recurso de amparo interpuesto por un particular ante la falta de protección judicial sobre su domicilio, situado a escasos metros de una terraza en la que sonaba música a gran volumen y en horarios intempestivos. Pues bien, mientras que, para el Tribunal Constitucional, el asunto carecía de especial trascendencia constitucional, el TEDH –*Asunto Martínez Martínez c. España*– acabó volviendo a apreciar una vulneración del artículo 8 CEDH.

Lo hizo, en efecto, tras reiterar la doctrina aplicable en ese ámbito. A destacar, que el mencionado precepto protege el derecho al respeto del domicilio, que abarca tanto el espacio físico como la tranquilidad en su disfrute. Un derecho que puede verse vulnerado no solo por injerencias materiales –caso de las entradas no autorizadas–, sino también por perturbaciones inmateriales –ruidos, emisiones, olores–, siempre que tengan una gravedad suficiente para impedir el uso y disfrute del domicilio⁴⁷. Como igualmente reseñable es el recordatorio sobre la capacidad que tiene el artículo 8 CEDH para aplicarse, tanto a casos en que el daño ambiental es causado directamente por el Estado como a aquellos en que la responsabilidad deriva de su omisión regulatoria. El citado precepto implica, por tanto, no solo una obligación negativa –no injerencia–, sino también obligaciones positivas para garantizar una protección efectiva del derecho, como adoptar medidas razonables y adecuadas⁴⁸, debiendo buscarse, en todos los casos, un justo equilibrio entre los intereses individuales y los intereses generales de la sociedad. Porque, incluso en el contexto de obligaciones positivas, pueden considerarse los objetivos legítimos del artículo 8.2 CEDH⁴⁹.

44. *Ibidem*, párrafo 60.

45. Subráyese igualmente la influencia ejercida por Estrasburgo respecto del Tribunal Supremo español –no así en el Tribunal Constitucional, como ya veremos–, que acabó obligando al Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas a variar la ruta para evitar que los aviones siguieran sobrevolando el municipio de los demandantes, dentro de las maniobras de aproximación al aeropuerto –STS de 13 de octubre de 2008–.

46. San Martín Segura y Muñoz Benito. “Los últimos episodios de la doctrina López Ostra en España”, *op. cit.*, p. 314.

47. STEDH de 18 de octubre de 2011, *Asunto Martínez Martínez c. España*, párrafo 39 (ECLI:CE:ECHR:2011:1018JUD002153208).

48. *Ibidem*, párrafo 42.

49. *Ibidem*, párrafo 43.

A partir de ahí, y tras constatar que el caso no implicaba una injerencia directa de las autoridades públicas, sino su inactividad frente a perturbaciones graves causadas por terceros –lo que activa su obligación positiva de protección–, el TEDH afirmó que, a diferencia de otros casos en los que el ruido no superó los umbrales aceptables o no se acreditó perjuicio, aquí se daban circunstancias similares a las de la Sentencia previamente analizada, con ruidos nocturnos reiterados que afectan sensiblemente la vida cotidiana del demandante, lo cual exigía valorar si se alcanzaba el umbral mínimo de gravedad para la aplicación del artículo 8, atendiendo a la intensidad, duración y efectos del perjuicio.

Pues bien, lo cierto es que el SEPRONA había constatado hasta en dos ocasiones niveles de ruido que superaban ampliamente el límite legal nocturno en el domicilio del demandante, lo que, unido a informes médicos y periciales, llevó al TEDH a considerar plausible un vínculo entre los ruidos prolongados y los efectos negativos en la salud del demandante y su familia, especialmente en su hija enferma. De ahí que centrara su análisis en si las autoridades habían adoptado medidas adecuadas para proteger sus derechos conforme al artículo 8 CEDH, resultando que el Ayuntamiento de la localidad en cuestión había permitido la actividad del bar musical pese a informes contradictorios y resoluciones judiciales, y que los tribunales internos no habían valorado si el ruido afectaba a la salud o vulneraba derechos fundamentales, a pesar de que el demandante lo había alegado expresamente. Sobre esa base, y teniendo en cuenta que el argumento del Gobierno sobre la supuesta ilegalidad del domicilio no fue acreditado ni analizado judicialmente, y considerando que los ruidos excesivos persistieron durante al menos diez años, el TEDH concluyó que el Estado español había incumplió su obligación de protección, declarando así la vulneración del artículo 8 CEDH⁵⁰.

Apuntado lo anterior, y como caso igualmente ejemplificativo de la falta de una completa asunción interna de los postulados europeos, nos referimos a la denegación del amparo solicitado por otro ciudadano residente en la misma “zona acústicamente saturada” que la que dio lugar a la STC 119/2001, de 24 de mayo, y a la STEDH de 16 de noviembre de 2004, *Asunto Moreno Gómez c. España*⁵¹, ya analizadas.

50. *Ibidem*, párrafos 45 a 55. Para un comentario más detallado sobre la referida Sentencia, vid. García Ureta, Agustín. “El ruido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otra llamada de atención a la jurisdicción contencioso-administrativa (y también al Tribunal Constitucional): Comentario a Martínez Martínez v. España, sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 21 de noviembre de 2011, pp. 1-12.

51. Entre medias, hay que apuntar a la coincidencia entre el Tribunal Constitucional –Providencia de 30 de octubre de 2007– y el TEDH –Sentencia de 3 de julio de 2012, *Asunto Martínez Martínez y Pino Manzano c. España* (ECLI:CE:ECHR:2012:0703JUD006165408)–, al no apreciar vulneración de derechos fundamentales en relación con el recurso presentado por los demandantes, alegando la existencia en su domicilio de polvo y de ruido procedentes de una cantera situada a doscientos metros de su casa, edificada, esta última –y esto fue lo determinante para el TEDH–, sin autorización y en un área calificada como suelo industrial. Vid. al respecto, San Martín Segura y Muñoz Benito. “Los últimos episodios de la doctrina López Ostra en España”, *op. cit.*, p. 316.

En este caso, el demandante denunciaba la violación de los derechos fundamentales a la integridad física –artículo 15 CE–, a la intimidad personal y familiar –artículo 18.1 CE– y a la inviolabilidad del domicilio –artículo 18.2 CE–, una vez que la justicia ordinaria denegó su pretensión de reembolso de las cantidades que se había visto obligado a invertir, tanto en la instalación de ventanales para aislar acústicamente su vivienda como de un sistema de aire acondicionado para contrarrestar el calor producido por tener que mantener las ventanas cerradas. La parte actora alegaba que dichos gastos habían sido consecuencia directa de la pasividad municipal ante el exceso de ruido, a la vez que solicitaba una indemnización por daños morales, derivados tanto del ruido persistente en su domicilio como de amenazas de muerte que recibidas por teléfono y a través de pintadas en su portal, hechos que atribuía también a la falta de actuación de las autoridades locales. En cualquier caso, la decisión adoptada por el máximo intérprete de la Constitución resultó ser desestimatoria, de nuevo, por la ausencia de pruebas que permitieran acreditar la magnitud del ruido existente dentro de la vivienda⁵².

A resultado distinto llegó, en cambio, el TEDH –*Asunto Cuenca Zarzoso c. España*–, al apreciar la nueva vulneración del artículo 8 CEDH, ello en virtud de una fundamentación cuyos aspectos esenciales resumimos a continuación.

En concreto, y tras remitirse a su doctrina en el *Asunto Moreno Gómez c. España*⁵³, el Tribunal observó que, como en aquel caso, la presente demanda no trataba de una injerencia directa de las autoridades públicas, sino de su pasividad ante infracciones cometidas por terceros que afectaron al derecho del demandante al respeto de su domicilio. Constató, en ese sentido, que la persona vivía en una zona claramente expuesta a molestias nocturnas que alteraban su vida cotidiana, especialmente durante los fines de semana, por lo que debía determinarse si esas molestias alcanzaban el umbral mínimo de gravedad exigido por el artículo 8 del Convenio. La cuestión es que el Ayuntamiento era plenamente consciente de esa situación, pues había declarado oficialmente el barrio como zona acústicamente saturada –lo que implicaba altos niveles de ruido generadores de molestias graves–, persistencia de ruidos que había quedado confirmada en varios informes municipales. Por si hubiera alguna duda, el propio Gobierno sabía que el ruido en el domicilio del demandante superaba en cinco decibelios el máximo permitido por la normativa local, a lo que se añadía un informe pericial que establecía un vínculo entre el ruido nocturno y

52. STC 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 8 (ECLI:ES:TC:2011:15). Para un comentario sobre la misma, Matia Portilla. “Hay un derecho fundamental al silencio?”. *Op. cit.*, pp. 370 y ss. Igualmente interesante es la alusión al “diálogo a tres bandas” ofrecido a raíz de dicha decisión –entre la mayoría del Tribunal Constitucional, los votos particulares a dicha Sentencia, y la doctrina previa del TEDH en ese ámbito–, tal y como lo entiende López Guerra, Luis. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, p. 144.

53. STEDH de 16 de enero de 2018, *Asunto Cuenca Zarzoso c. España*, párrafos 40 a 43 (ECLI:CE:ECHR:2018:0116JUD002338312).

ciertas alteraciones fisiológicas del sueño, así como síntomas de ansiedad y depresión en el demandante y en su familia⁵⁴.

En fin, dado que la zona había sido declarada acústicamente saturada, el TEDH consideró innecesario exigir más pruebas al demandante sobre el ruido o el impacto en la salud, que había quedado suficientemente acreditado. Y, aunque el Ayuntamiento había adoptado ciertas medidas, estas devinieron ineficaces para proteger los derechos del demandante de forma real y efectiva. Acreditado, asimismo, que las molestias persistieron antes y después de la declaración del barrio como zona acústicamente saturada, y siendo las circunstancias sustancialmente similares al *Asunto Moreno Gómez*, el Tribunal concluyó la efectiva vulneración del artículo 8 por incumplimiento de la obligación positiva del Estado⁵⁵.

3.3. La novedosa doctrina del TEDH ante el cambio climático: el caso *Verein Klimaseniorinnen Schweiz* y otras c. Suiza y sus implicaciones para el ordenamiento español

Como podemos deducir de lo dicho hasta ahora, también en materia medioambiental se coloca al TEDH “en la tesitura de enjuiciar las políticas públicas, en general su omisión o insuficiencia, a la luz, frecuentemente, de sus repercusiones en los derechos fundamentales”⁵⁶. Así sucede, en efecto, a pesar de que, como sabemos, el CEDH no recoge el medio ambiente como un derecho autónomo ni como una condición indispensable para el ejercicio efectivo de los derechos que en él se reconocen. Una omisión normativa inicial que, dicho sea de paso, se ha visto consolidada por la postura de los Estados parte, contrarios a la incorporación de un protocolo adicional destinado a reconocer expresamente el derecho a un entorno sano, en contra de las recomendaciones formuladas por la Organización de las Naciones Unidas o la Asamblea General y el Comité de Ministros del propio Consejo de Europa.

Pues bien, la decisión que analizamos en este subapartado demuestra que, a pesar de lo anterior, el TEDH persiste en su actitud expansionista, reconociendo, por primera vez, la existencia de una violación de derechos convencionales como consecuencia de los perjuicios provocados por el cambio climático.

Entrando en mayores detalles –lo novedoso de la Sentencia justifica un mayor desarrollo de la misma–, la decisión trae causa de la demanda interpuesta contra la Confederación Suiza, ello a cargo de una asociación integrada por más de dos mil mujeres mayores, en su mayoría de más de 70 años, y por cuatro mujeres a título

54. *Ibidem.*, párrafos 44 a 47.

55. *Ibidem.*, párrafos 48 a 54.

56. Canosa Usera, Raúl. “Protección de los derechos fundamentales frente al cambio climático en la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 54, 2024, p. 488.

particular, todas ellas miembros de dicha entidad y mayores de 80 años. Las demandantes individuales alegaban padecer problemas de salud agravados durante las olas de calor, lo cual afectaba significativamente a su vida cotidiana, a sus condiciones de existencia y a su salud. Unos efectos adversos que, a su modo de ver, eran atribuibles al calentamiento global.

El caso es que, tanto la asociación como las demandantes individuales habían acudido a diversas autoridades suizas, denunciando omisiones en materia de protección climática y solicitando la adopción de medidas específicas para cumplir los objetivos del Acuerdo de París para 2030. Una vez rechazadas sus peticiones y desestimados los recursos internos, acudieron al TEDH invocando la violación de los artículos 2, 8 y 6.1⁵⁷ CEDH, alegando que la inacción estatal frente al cambio climático perjudica gravemente su vida, salud y condiciones de existencia, y que habían carecido de un acceso efectivo a un tribunal para hacer valer estos derechos.

Cuestiones procedimentales al margen⁵⁸, y siguiendo a la principal doctrina⁵⁹, lo primero es detenerse en las reflexiones del TEDH a propósito de las obligaciones de los Estados parte en la lucha contra el cambio climático, reafirmando su doctrina sobre la responsabilidad concurrente que aquellos tienen en caso de posible vulneración de derechos del Convenio. Esto es, cada Estado puede ser considerado responsable conforme a su propia conducta y obligaciones internacionales, también en contextos de cambio climático donde concurren actos u omisiones de varios Estados, rechazando el argumento de que la contribución individual de un Estado carezca de relevancia –“efecto gota en el océano”–, y recordando que, según su jurisprudencia sobre obligaciones positivas, basta con que las autoridades hayan omitido la adopción de medidas razonables que pudieran haber mitigado el daño, no exigiendo certeza causal plena⁶⁰.

Apuntado lo cual, el TEDH volvió a reconocer que, aunque el CEDH no reconoce un derecho autónomo al medio ambiente ni lo protege de forma general, se ha llegado a admitir que los daños ambientales pueden afectar derechos concretos, especialmente en lo relativo al artículo 8, siempre que exista un perjuicio personal y

57. Artículo 6.1 CEDH: “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 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”.

58. Al respecto, y analizando todo lo que tiene que ver con la admisibilidad del recurso y el –vulnerado– derecho de acceso a la justicia por parte de las demandantes –artículo 6 CEDH–, vid. Canosa Usera. “Protección de los derechos fundamentales frente al cambio climático en la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Op. cit.*, pp. 494, 495, y 497.

59. *Ibidem*, pp. 493 y ss.

60. STEDH de 9 de abril de 2024, *Asunto Verein Klimasenioren Schweiz y otras c. Suiza*, Gran Cámara, párrafos 443 y 444 (ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020).

no solo un deterioro ambiental general. De ahí que las referencias al “derecho de las personas afectadas (...) a vivir en un entorno seguro y saludable” deban entenderse como consideraciones en el marco de la ponderación de derechos e intereses, y no como el reconocimiento de un derecho autónomo en el sistema del Convenio. Se trata, esta, de una doble perspectiva –protección de derechos individuales y valoración del interés ambiental en la ponderación jurídica– que, como señala el TEDH, deja a las claras la relevancia de las iniciativas internacionales recientes, que, si bien no generan obligaciones directas, forman parte del contexto jurídico internacional en que el Tribunal interpreta el CEDH⁶¹.

A partir de ahí, y tras reconocer que la política ambiental plantea cuestiones complejas propias de las autoridades nacionales democráticamente legitimadas, el Tribunal insistió en su función subsidiaria y en la amplia –pero no ilimitada– discrecionalidad de los Estados. Y, en esa línea, afirmó que su competencia en materia climática no puede ser excluida *prima facie*. Por tanto, y reconocido el cambio climático como un desafío común para la humanidad, la cuestión actual no es si los tribunales de derechos humanos deben entrar a analizar la manera en que los efectos ambientales inciden sobre los derechos fundamentales, sino en qué términos debe producirse dicho examen⁶².

Abundando en su argumentación, y respecto a la existencia o no de una violación de los artículos 2, 8 y 6 CEDH, el TEDH comenzó por el primero, recordando que su aplicabilidad no exige necesariamente que se haya producido la muerte de una persona, sino que basta con que se haya enfrentado a un riesgo real e inminente para su vida como consecuencia de una actividad pública o privada peligrosa. De hecho, se trata de una doctrina que se ha aplicado a contextos de desastres industriales o naturales, cuando la inacción estatal frente a riesgos conocidos ha comprometido el derecho a la vida. Además, y llevado al ámbito del cambio climático, el TEDH señaló que la relación entre dicho fenómeno y el aumento del riesgo de mortalidad –especialmente en personas vulnerables– está suficientemente avalada por pruebas científicas, como los informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático y otros organismos. De ahí que contemplase la posibilidad de aplicar el artículo 2 CEDH en casos relacionados con el cambio climático, eso sí, siempre que concurra ese riesgo real e inminente para la vida propia⁶³.

No apreciando dichos elementos en el presente caso, y “sin muchas explicaciones”⁶⁴, el TEDH analizó la demanda a la luz del artículo 8 CEDH, recordando que la aplicación de dicho precepto requiere de la existencia de una **injerencia efectiva**

61. *Ibidem*, párrafos 445 a 448.

62. *Ibidem*, párrafos 449 a 451.

63. *Ibidem*, párrafos 507 a 510.

64. Canosa Usera. “Protección de los derechos fundamentales frente al cambio climático en la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Op. cit.*, p. 496.

en la esfera privada del demandante, así como un nivel mínimo de gravedad, valorado en función de la intensidad, duración y repercusión del daño sobre la salud o la calidad de vida. No se exige, por tanto, un daño físico concreto, sino que basta con que las condiciones ambientales impidan disfrutar del domicilio o afecten negativamente al bienestar, incluso sin un impacto directo sobre la salud. De hecho, el mero riesgo de exposición podría bastar para activar la protección del artículo 8, siempre y cuando exista un vínculo suficientemente estrecho entre el perjuicio y la vida privada. Es esta lógica la que llevó al TEDH a deducir la posibilidad de interpretar dicho precepto en el sentido de imponer a los Estados la obligación de proteger eficazmente a las personas frente a efectos adversos graves del cambio climático sobre su vida, salud y bienestar. Eso sí, siempre que la parte demandante pueda demostrar su condición de víctima⁶⁵.

Cumplido ese último requisito⁶⁶, lo siguiente fue indagar sobre el alcance de esas responsabilidades estatales, tarea para la cual, el TEDH aplicó principios similares a los del artículo 2 CEDH, imponiendo a los Estados una obligación positiva de establecer y aplicar efectivamente un marco normativo adecuado para proteger la vida y la salud frente a riesgos medioambientales. Una obligación que, recordó, ha de ejercerse dentro de un amplio margen de apreciación, teniendo en cuenta los recursos disponibles, sin exigir medidas imposibles ni soluciones únicas. El Tribunal no prescribe, por tanto, actuaciones concretas, sino que verifica que las autoridades hayan actuado con diligencia y equilibrio, y que hayan proporcionado a la población información suficiente sobre los riesgos. Una obligación cuya extensión dependerá del origen y gravedad del riesgo concreto. Además, y en lo que a las cuestiones procesales se refiere, el TEDH subrayó que valorará el que el procedimiento interno de toma de decisiones ambientales sea adecuado, que incluya estudios de impacto suficientes, y que permita el acceso a la información pública y la participación efectiva de los afectados, aunque el diseño de dicho procedimiento quede dentro del margen de apreciación de los Estados⁶⁷.

65. STEDH de 9 de abril de 2024, *Asunto Verein Klimasenioren Schweiz y otras c. Suiza*, Gran Cámara, párrafos 514 a 520 (ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020).

66. *Ibidem*, párrafos 524 y ss. Para una explicación más desarrollada, vid. Bouazza Ariño, Omar. “El desafío del cambio climático ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Administración Pública*, nº 224, pp. 178 y ss.; y Canosa Usera. “Protección de los derechos fundamentales frente al cambio climático en la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Op. cit.*, pp. 494 y 495. En esencia, y siguiendo a Ruiz Prieto, Mario. “Los derechos fundamentales diacrónicos en la jurisprudencia europea de cambio climático”. *Revista de Administración Pública*, nº 225, p. 259, “el Tribunal, al tiempo que establece un estricto umbral respecto del estatus de víctima para los particulares, lo rebaja en gran medida para las asociaciones, a las que reconoce su carácter representativo. Puede decirse que lo que a los particulares no da, a las asociaciones sí presta. De este modo, centraliza la litigación climática en estas últimas y establece una doctrina procesal concordante con la doctrina de los derechos fundamentales diacrónicos”.

67. STEDH de 9 de abril de 2024, *Asunto Verein Klimasenioren Schweiz y otras c. Suiza*, Gran Cámara, párrafos 538 y 539 (ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020).

Trasladados dichos principios generales al ámbito concreto del cambio climático, el TEDH comenzó reafirmando la vigencia del principio de subsidiariedad y del margen de apreciación estatal⁶⁸, si bien subrayó que, dada la gravedad y urgencia del cambio climático y su impacto en los derechos humanos, la protección del clima debe tener un peso considerable frente a otros intereses. Y distinguió, en este sentido, entre el compromiso estatal con los objetivos climáticos, donde el margen de apreciación es reducido, y la elección de medios para alcanzarlos, donde es amplio⁶⁹.

A partir de ahí, y refiriéndose al contenido del artículo 8 CEDH, el Tribunal reconoció un derecho a la protección frente a los efectos graves del cambio climático, lo que obliga al Estado a adoptar y aplicar medidas eficaces que mitiguen sus consecuencias presentes y futuras. Unas medidas que deben alinearse con los compromisos internacionales, caso del Acuerdo de París, y con la evidencia científica, aunque cada Estado deberá definir su propia ruta hacia la neutralidad de emisiones, atendiendo a sus respectivas circunstancias⁷⁰.

Añadió el TEDH que, para cumplir con dichos pactos, los Estados deben establecer objetivos de reducción sustancial y progresiva de emisiones con vistas a alcanzar la neutralidad en un plazo de unas tres décadas, actuando con diligencia, coherencia y sin demoras, siendo esencial el establecimiento de metas intermedias vinculantes, integradas en un marco normativo nacional con mecanismos efectivos de aplicación. Finalmente, señaló que será el propio órgano quien controle si las autoridades internas han adoptado metas claras, definidas por sectores o métodos equivalentes, con evidencia de cumplimiento y actualizaciones periódicas conforme al mejor conocimiento disponible⁷¹.

Será, por tanto, a partir de todo lo anterior, que el TEDH evaluará de forma global si el Estado cumplió sus obligaciones positivas frente al cambio climático, considerando tanto las medidas de mitigación como, en su caso, las de adaptación. Una conclusión a la que deberá llegar teniendo en cuenta la importancia de aplicar medidas basadas en evidencia científica, y con garantías procesales que aseguren el acceso a la información y permitan la participación pública⁷².

68. Como recuerda Hernández Peribáñez, María Eugenia. “La Sentencia del TEDH en el caso *Klimasenniorinen* y su potencial recepción por el Tribunal Constitucional Español en el primer litigio por el clima”. *Revista de Derecho Político*, nº 122, 2025, p. 339, “es una constante en los argumentos de defensa de los gobiernos demandados, alegar el respeto a la separación de poderes para evitar así el control judicial de sus medidas, o la omisión de estas, en la lucha contra el cambio climático”.

69. STEDH de 9 de abril de 2024, *Asunto Verein Klimaseniörinnen Schweiz y otras c. Suiza*, Gran Cámara, párrafos 541 a 543 (ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020).

70. *Ibidem*, párrafos 544 a 547.

71. *Ibidem*, párrafos 548 a 550.

72. *Ibidem*, párrafos 551 a 555.

Llevado todo lo anterior al caso que nos ocupa, el TEDH declaró la vulneración del artículo 8 CEDH por parte de la Confederación Suiza, al no cumplir con sus obligaciones positivas de proteger de manera efectiva a las personas frente a los efectos adversos del cambio climático⁷³. Y, es que, a pesar de ciertos avances normativos, el Tribunal identificó importantes deficiencias en el marco legislativo del país. Entre ellas, destacó la falta de una regulación específica para el periodo 2025-2030; la ausencia de un presupuesto nacional de carbono que cuantificase los límites de emisiones de gases de efecto invernadero; así como el incumplimiento de los objetivos de reducción fijados para el año 2020. Además, y aunque la nueva ley establecía metas intermedias a largo plazo, carecía de medidas concretas inmediatas y de mecanismos jurídicamente vinculantes para su aplicación efectiva. De ahí que la mayoría del TEDH⁷⁴ señalase que Suiza no había actuado de manera suficientemente oportuna, apropiada ni coherente, superando así su margen de apreciación y fallando en su deber de garantizar un marco normativo eficaz para la protección de los derechos a la vida privada y familiar frente a los riesgos graves y progresivos del cambio climático⁷⁵.

Este es, en esencia, el contenido de una novedosa decisión que divide a la academia, entre quienes –siguiendo al juez Eicke– consideran que supone la configuración de “un nuevo derecho a la protección efectiva frente al cambio climático basado en el

73. Dada la complejidad del problema del cambio climático y la existencia de un margen de apreciación estatal, el TEDH concluyó que corresponde al Estado suizo la determinación de las medidas concretas, dejando en manos del Comité de Ministros la supervisión de su cumplimiento –*Ibidem*, párrafo 657–.

74. Pertinente aquí es aludir al voto particular discrepante emitido por el juez suizo, el señor Eicke, criticando la construcción de un nuevo derecho sustantivo bajo el artículo 8 CEDH —la protección frente a los efectos del cambio climático—. Una innovación que, según él, carece de base a la luz del CEDH y de la jurisprudencia previa del TEDH, y que ignora la exigencia de apreciación de un riesgo “real e inminente”. Asimismo, y recordando que el TEDH ha rechazado reiteradamente considerar el artículo 8 como garantía de un derecho general a un medio ambiente limpio, el juez se opuso a la imposición a los Estados de obligaciones tan específicas —como alcanzar la neutralidad climática en tres décadas—, limitando el margen de apreciación que les es inherente. Ello podría, a su modo de ver, generar una litigiosidad masiva y dificultar la acción legislativa, lo que iría en contra del objetivo de avanzar en la lucha contra el cambio climático. Más, en Canosa Usera. “Protección de los derechos fundamentales frente al cambio climático en la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Op. cit.*, p. 498 y 499.

75. STEDH de 9 de abril de 2024, *Asunto Verein Klimasenioren Schweiz y otras c. Suiza*, Gran Cámara, párrafos 555 a 574 (ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020).

artículo 8 del convenio”⁷⁶, y quienes entienden que, “en rigor (...), lo que crea es un nuevo supuesto de hecho”⁷⁷ bajo el cual aplicar el mencionado precepto.

Esta última es la interpretación con la que nos alineamos nosotros, al menos, en lo que a sus implicaciones para el derecho constitucional patrio respecta. Y, es que, reconociendo “la delgada línea roja”⁷⁸ existente entre una y otra opción, y el “riesgo de anoxia jurídica”⁷⁹ derivado de la proliferación de supuestos nuevos derechos, estamos con quienes recuerdan la improcedencia de interpretar el artículo 10.2 CE en el sentido de admitir la incorporación de derechos fundamentales al catálogo consagrado en nuestra Constitución, como sí hacen otros textos constitucionales de nuestro entorno⁸⁰. Al contrario, a lo que habilita nuestra Carta Magna es a “la interpretación internacionalmente adecuada de los derechos fundamentales del título I CE”⁸¹. Es decir, no se persigue la creación *ex novo* de derechos fundamentales –posibilidad que, ya decíamos, el artículo 10.2 CE no autoriza–, sino la precisión y desarrollo del contenido de los ya reconocidos en la Constitución, en cuya conexión pueden emerger nuevos derechos entendidos como manifestaciones de facultades, garantías o posiciones jurídicas que, aun no estando expresamente formuladas en el Texto constitucional, se derivan de su vinculación con un derecho fundamental⁸².

76. Lozano Cutanda, Blanca. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos crea un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva frente al cambio climático que abre la vía del recurso de amparo”. *Gómez-Acebo & Pombo*, 2024, edición digital, disponible en https://ga-p.com/wp-content/uploads/2024/04/Condena_TEDH_inaccion_climatica.pdf, consultado el 28 de noviembre de 2025, p. 4, añadiendo que, “conforme a este derecho, ya no son sólo las actividades molestas o contaminantes las que pueden afectar al disfrute de la vida privada y familiar, sino también los efectos nocivos y los riesgos que conlleva el cambio climático. La «ecologización» o greening del derecho a la protección de la vida privada y familiar se lleva, así, a su máxima expresión”. Ello podría, según Aranda Álvarez y Sánchez Martín. “El disfrute al medio ambiente como derecho fundamental”. *Op. cit.*, p. 34, “desvelar una especie de escisión de los preceptos tradicionales hacia la configuración de un derecho con autonomía propia, resultando en que dicho derecho no encuentre equivalente en la Constitución —en la medida en que, tal y como el Tribunal Constitucional ha sentenciado, el artículo 45.1 CE no encierra un genuino derecho fundamental al disfrute del medio ambiente—, y por lo tanto, en la imposibilidad de que el Tribunal Constitucional haga suyo los argumentos del TEDH”.

77. Canosa Usera. “Protección de los derechos fundamentales frente al cambio climático en la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Op. cit.*, p. 499. En otras palabras, “acaba decantándose un nuevo contenido convencionalmente protegido: el derecho a la protección efectiva por parte de las autoridades nacionales frente a los efectos nocivos del cambio climático sobre la vida, la salud, el bienestar y la calidad de vida” –p. 493–.

78. Ordás Alonso, Marta. “Ruidos, salud, medio ambiente, intimidad e inviolabilidad del domicilio”. *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, p. 96.

79. El concepto es empleado por Montalvo Jääskeläinen, Federico. “Hipoxias jurídicas”. *Diario ABC*, 23 de junio de 2025, a modo de metáfora crítica para referirse a un fenómeno de saturación, banalización o debilitamiento del concepto de derecho fundamental. Según el autor, esta “anoxia” se produce cuando se extiende indiscriminadamente el reconocimiento de derechos —por ejemplo, a ecosistemas, animales o incluso robots— sin una reflexión jurídica sólida, lo que conduce a una pérdida de sentido, coherencia y eficacia del propio sistema de derechos.

80. Caso del artículo 16.1 de la Constitución portuguesa, según el cual: “Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables de Derecho Internacional”.

81. Voto particular a la STC 150/2011, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TC:2011:15), formulado por el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, al que se adhieren los Magistrados don Eugeni Gay Montalvo y doña Elisa Pérez Vera, punto 4.

82. *Ibidem*. En un sentido aún más restrictivo respecto de la función del artículo 10.2 CE, en conexión con el artículo 8.1 CEDH –en el presente caso, en relación con los ruidos–, se expresa el voto particular formulado respecto a la

Otra cosa es lo que finalmente haya de decidir el Tribunal Constitucional español en este nuevo frente, una vez admitido a trámite el recurso de amparo interpuesto por Greenpeace y otras organizaciones ecologistas contra la decisión del Tribunal Supremo, desestimatoria de la impugnación al Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030, que aquellas consideraban insuficiente en lo que a los objetivos de reducción de emisiones para el año 2030 se refiere⁸³. Veremos si el máximo intérprete de la Constitución se decanta por admitir la variable –no ya ambiental, sino– climática, como parte integrante del contenido de los derechos protegidos en los artículos 15 y 18 CE o, por el contrario, persiste en sus reticencias a la “ecologización”⁸⁴ de los mismos.

4. Conclusiones

El análisis desarrollado a lo largo del presente trabajo pone de manifiesto el importante hito que, desde una perspectiva histórica y comparada, supuso la temprana constitucionalización de la protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español. Se hizo a través del artículo 45 CE, precepto cuya ubicación sistemática en el capítulo III del Título I determina un régimen específico de garantías que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, excluye su configuración como derecho fundamental subjetivo, pero no su carácter normativo ni su fuerza vinculante, como viene reiterando nuestra jurisprudencia constitucional –entre otras, SSTC 19/1982, de 5 de mayo; 64/1982, de 4 de noviembre; 102/1995, de 26 de junio–. Nos encontramos, por tanto, ante una previsión constitucional que opera como parámetro de referencia ineludible para la actuación de los poderes públicos, condicionando las políticas públicas y excluyendo opciones normativas manifiestamente incompatibles con la preservación del medio ambiente.

Abundando en lo anterior, apúntese al paso del tiempo, unido al proceso de integración europea y al desarrollo del derecho ambiental comunitario, como elementos que han contribuido decisivamente a dotar al artículo 45 CE de una densidad jurídica creciente, reforzando su capacidad de irradiación sobre el conjunto del

misma Sentencia por el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, puntos 3 y 4, al señalar que “el art. 10.2 CE no permite incorporar nuevos derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución, ni alterar la naturaleza de los reconocidos expresamente en la misma ampliando artificialmente su contenido o alcance, ni, por tanto, extender la tutela mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional a otros derechos y libertades que los señalados en el art. 53.2 CE (...) En resumen, puede concluirse que el art. 8.1 CEDH (interpretado en el sentido expuesto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) asegura un derecho subjetivo por parte de los ciudadanos españoles (ya que ese derecho forma parte del ordenamiento español ex art. 96.1 CE) a la vida privada en el domicilio (...), y que ese derecho debe ser garantizado por los Jueces y Tribunales ordinarios, pero no existe un «derecho fundamental al silencio» que pueda ser tutelado por el Tribunal Constitucional en amparo...”.

83. Ello en virtud de las SSTs 1038/2023, de 18 de julio (ES:TS:2023:3410); y 1079/2023, de 24 de julio (ES:TS:2023:3556).

84. Hernández Peribáñez. “La Sentencia del TEDH en el caso *Klimasenniorinen* y su potencial recepción por el Tribunal Constitucional Español en el primer litigio por el clima”. *Op. cit.*, p. 344.

ordenamiento. Hablamos de una eficacia normativa que se manifiesta tanto en su dimensión negativa –como límite frente a actuaciones lesivas– como en su dimensión positiva –en cuanto mandato de protección–, proyectándose sobre la actividad legislativa y administrativa sin necesidad de reconducir el precepto al esquema propio de los derechos subjetivos directamente exigibles.

Ahora bien, el verdadero punto de inflexión en la operatividad constitucional de la protección medioambiental se produce cuando las afecciones ambientales trascienden el plano de los intereses colectivos o difusos y se proyectan de manera directa e intensa sobre derechos fundamentales clásicos. Tal constatación, inaugurada en el ámbito europeo por la STEDH de 9 de diciembre de 1994, *Asunto López Ostra c. España*, obligó a replantear la tradicional resistencia del Tribunal Constitucional a admitir la relevancia constitucional de los daños ambientales desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En efecto, fue a partir de entonces que comenzó a perfilarse una doctrina constitucional que, sin reconocer un derecho fundamental autónomo al medio ambiente, sí acepta que determinadas inmisiones –ruido, olores, emisiones contaminantes– pueden comprometer el derecho a la integridad física y moral –artículo 15 CE–, así como los derechos a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio –artículos 18.1 y 18.2 CE–, SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6; y 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 5, al frente.

Ahora bien, se trata de un diálogo jurisprudencial, el entablado entre el Tribunal Constitucional y el TEDH, tan decisivo en este proceso de apertura interpretativa como incompleto o vacilante en lo que a su recepción interna se refiere. Así, y mientras que el Tribunal Constitucional ha tendido a desestimar los recursos de amparo por razones probatorias –es el caso de las decisiones citadas–, manteniendo una interpretación restrictiva del alcance de los derechos fundamentales afectados, el TEDH ha mostrado una mayor disposición a exigir de los Estados un cumplimiento efectivo de sus obligaciones positivas de protección, corrigiendo reiteradamente el formalismo excesivo de la jurisdicción interna española –así sucede con las SSTEDH de 16 de noviembre de 2004, *Asunto Moreno Gómez c. España*; de 18 de octubre de 2011, *Asunto Martínez Martínez c. España*; o de 16 de enero de 2018, *Asunto Cuenca Zarzoso c. España*–.

Nos encontramos, por cierto, ante una línea jurisprudencial con una proyección actual especialmente significativa en el ámbito del cambio climático. En efecto, la STEDH de 9 de abril de 2024, *Asunto Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otras c. Suiza*, representa un paso cualitativo en la consolidación de una doctrina que, sin reconocer un derecho autónomo a un clima sano, refuerza ostensiblemente las obligaciones positivas de los Estados en materia de mitigación y adaptación frente a los efectos adversos del calentamiento global. Ello es así desde el momento en que el Tribunal insiste en que la ausencia de un derecho ambiental explícito en el Conve-

nio no impide examinar la adecuación de las políticas climáticas estatales a la luz de derechos convencionales como el artículo 8 CEDH, siempre que exista un perjuicio personal suficientemente justificado –STEDH de 9 de abril de 2024, *Asunto Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otras c. Suiza*, párrafos 514 a 520–.

La relevancia de esta decisión para el ordenamiento constitucional español es, en fin, indudable. Y, es que, sin imponer modelos normativos concretos ni sustituir a los poderes democráticamente legitimados en la definición de las políticas públicas, el TEDH establece estándares de diligencia, coherencia y efectividad que condicionan el margen de apreciación estatal. Será ahora el Tribunal Constitucional español el que deba determinar si la variable climática puede integrarse, y en qué términos, en el contenido protegido de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 y 18 CE, sin incurrir en una mutación constitucional ni en la creación *ex novo* de nuevos derechos fundamentales, opción no amparada por el artículo 10.2 CE.

Bibliografía

- Aranda Álvarez, Elviro y Sánchez Martín, Álvaro. “El disfrute al medio ambiente como derecho fundamental”. *Fundación Alternativas*, nº 240, 2025, pp. 1-53.
- Bouazza Ariño, Omar. “El desafío del cambio climático ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Administración Pública*, nº 224, pp. 155-192.
- Canosa Usera, Raúl. “Aspectos constitucionales del derecho ambiental”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, nº 94, 1996, pp. 73-109.
- “Pretensiones ambientales en amparo constitucional: comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 10-11, 2002-2003, pp. 697-718.
- “Artículo 45”. *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018*, Tomo I. Tirant lo Blanch: Valencia, 2018, pp. 851-861.
- “Protección de los derechos fundamentales frente al cambio climático en la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 54, 2024, pp. 487-501.
- De Esteban, Jorge y González-Trevijano Sánchez, Pedro. *Tratado de Derecho Constitucional II*. Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense: Madrid, 2004.
- Escobar Roca, Guillermo. *La ordenación constitucional del medio ambiente*. Dykinson: Madrid, 1995.
- Fernández de Casadevante Romaní, Carlos. *El principio de protección del Medio Ambiente, una perspectiva de Derecho Comparado. Derecho Internacional*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo: Bruselas, 2025, dis-

ponible en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2025\)769506](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2025)769506).

García Ureta, Agustín. “El ruido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otra llamada de atención a la jurisdicción contencioso-administrativa (y también al Tribunal Constitucional): Comentario a Martínez Martínez v. España, sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011”. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 21 de noviembre de 2011, pp. 1-12.

González-Trevijano Sánchez, Pedro. *El principio de protección del Medio Ambiente, una perspectiva de Derecho Comparado. España*. Servicio de Estudios del Parlamento Europeo: Bruselas, 2025, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/769506/EPRS_STU\(2025\)769506_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2025/769506/EPRS_STU(2025)769506_ES.pdf).

Lefebvre, Francis: *Memento Práctico. Medio Ambiente 2025-26*. Francis Lefebvre: Madrid, 2024.

López Guerra, Luis. “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, pp. 139-158.

López Menudo, Francisco. “El derecho a la protección del medio ambiente”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 10, 1991, pp. 161-201.

López Ramón, Fernando. “El medio ambiente en la Constitución Española”. *Am-bienta: la revista del Ministerio de Medio Ambiente*, nº 113, 2015, 84-91.

Lozano Cutanda, Blanca. “La *ecologización* de los derechos fundamentales: la doctrina *López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido* del TEDH y su recepción por nuestro TC”. *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 1, 2002, pp. 175-205.

— *Derecho ambiental y climático*. Dykinson: Madrid, 2ª edición, 2023.

— “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos crea un nuevo derecho fundamental a la protección efectiva frente al cambio climático que abre la vía del recurso de amparo”. *Gómez-Acebo & Pombo*, edición digital, 2024, disponible en https://ga-p.com/wp-content/uploads/2024/04/Condena_TEDH_inaccion_climatica.pdf, pp. 1-7.

Matia Portilla, Francisco Javier. “Hay un derecho fundamental al silencio?”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 94, 2012, pp. 355-377.

Montalvo Jääskeläinen, Federico. “Hipoxias jurídicas”. *Diario ABC*, 23 de junio de 2025.

Ordás Alonso, Marta. “Ruidos, salud, medio ambiente, intimidad e inviolabilidad del domicilio”. *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, pp. 53-109.

- Pérez Luño, Antonio. “Artículo 45: Medio ambiente”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa: Madrid, 2006, pp. 235-276.
- Pérez Martos, José. “Veinte años de jurisprudencia constitucional sobre medio ambiente”. *Revista de Estudios de la Administración Autonómica y Local*, nº 286-287, 2011, pp. 385-431).
- Pérez Sola, Nicolás. “El derecho-deber de protección del medio ambiente”. *Revista de Derecho Político*, nº 100, 2017, pp. 949-986.
- Ruiz Prieto, Mario. “Los derechos fundamentales diacrónicos en la jurisprudencia europea de cambio climático”. *Revista de Administración Pública*, nº 225, pp. 215-260.
- Salado Osuna, Ana y Fillol Mazo, Adriana. “Los tratos prohibidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Vol. 1. Coordinado por Javier García Roca, Pablo Santolaya Machetti y Miguel Pérez-Moneo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023, pp. 135-178.
- San Martín Segura, David. y Muñoz Benito, Lucía. “Los últimos episodios de la doctrina López Ostra en España”, en *Sistemas Sociais Complexos e Integração de Geodados no Direito e nas Políticas*. Coordinado por Alexandra Aragão, José Gomes. Portugal: Universidade de Coimbra, 2019, pp. 311-336.
- Schumacher, Ernst Friedrich. *Small is beautiful*. Blond and Briggs: Londres, 1973.
- Simón Yarza, Fernando. *Medio ambiente y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2012.
- Velasco Caballero, F. “Protección del Medio Ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 45, 1995, pp. 305-340.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Premios san Raimundo de Peñafort || Recibido: 10/09/2025 || Aceptado: 21/10/2025

Aspectos jurídicos y fiscales de la sucesión de las explotaciones agropecuarias

Legal and Tax Aspects of the Succession of Agricultural Holdings

Esmeralda Caro Cintas  0009-0007-6291-5459

Universidad de Extremadura, España.

esmeraldacarocintas@gmail.com

 Este trabajo ha sido Ganador del Premio san Raimundo de Peñafort 2025

Resumen

Este trabajo examina el régimen jurídico y fiscal de la sucesión en explotaciones agropecuarias, destacando los beneficios y deficiencias normativas actuales. Se analizan los principales tributos implicados y se identifican obstáculos prácticos que dificultan la continuidad de las explotaciones familiares. Finalmente, se proponen reformas orientadas a una fiscalidad más justa y adaptada al medio rural.

Palabras clave: sucesión; fiscalidad agraria; empresa familiar; medio rural; Impuesto sobre Sucesiones.

Abstract

This paper examines the legal and fiscal framework governing succession in agricultural enterprises, highlighting the benefits and current regulatory deficiencies. It analyzes the main taxes involved and identifies practical obstacles that hinder the continuity of family farms. Finally, the study proposes reforms aimed at achieving a fairer and more adaptable fiscal system for rural areas.

Keywords: succession; agricultural taxation; family farm; rural areas; Inheritance Tax.

Abreviaturas

DGT (Dirección General de Tributos)

INE (Instituto Nacional de Estadística)

IRPF (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas)

ISD (Impuesto de Sucesiones y Donaciones)

LISD (Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones)

LMEA (Ley 19/1995, de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agropecuarias)

PYME (Pequeñas y medianas empresas)

TEAC (Tribunal Económico Administrativo Central)

Sumario

1. Introducción

1.1. El concepto de empresa agraria

1.2. La empresa agropecuaria familiar

2. Beneficios fiscales en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (LMEA)

3. El impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en la transmisión mortis causa de empresas agropecuarias

3.1. La base liquidable en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: reducciones aplicables a la empresa individual y participaciones societarias

3.2. El Tribunal Supremo y la Reducción del Impuesto sobre Sucesiones en las Explotaciones Agropecuarias

4. Modificaciones en el ISD en Extremadura

5. Conclusiones

I. Introducción

La transmisión de explotaciones agropecuarias es fundamental para garantizar la continuidad de un sector tan importante en nuestro país, como es el sector agrario.

Sin embargo, el envejecimiento de la población rural y las dificultades económicas que afectan a los agricultores han convertido este proceso en un reto significativo. En este sentido, el marco fiscal aplicable a la sucesión de explotaciones desempeña un papel determinante, ya que puede facilitar el relevo generacional o, por el contrario, suponer un obstáculo para la pervivencia de estas unidades productivas¹.

La despoblación rural en España se manifiesta en la disminución progresiva de habitantes en pequeñas localidades, fenómeno asociado al envejecimiento demográfico, la emigración juvenil y la pérdida de servicios esenciales. Este proceso no solo amenaza la viabilidad económica de las zonas afectadas, sino que compromete también la gestión sostenible del territorio, la conservación del patrimonio cultural y la cohesión social.

El relevo generacional en el sector agrario se enfrenta, en la actualidad, a serias dificultades, siendo el acceso a la tierra uno de los principales condicionantes. La inexistencia de mecanismos jurídicos y económicos que incentiven la cesión progresiva de las explotaciones por parte de los agricultores que alcanzan la edad de jubilación obstaculiza gravemente la incorporación de jóvenes al medio rural. Resulta, por tanto, imprescindible diseñar e implementar políticas públicas que promuevan la transmisión ordenada de los medios de producción agrarios, como condición necesaria para garantizar la sostenibilidad del sector y la renovación de su base demográfica.

En este contexto, la pervivencia de la actividad agraria no solo es esencial para asegurar el relevo generacional, sino también para preservar el equilibrio territorial, el mantenimiento de los paisajes agrarios tradicionales y la provisión de bienes públicos de gran valor, como la biodiversidad o la gestión sostenible del medio ambiente. En ausencia de una actividad agropecuaria viable, se acelera el proceso de despoblamiento, con consecuencias negativas tanto sociales como ecológicas.

De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística (INE)² en España existen 914.871 explotaciones agrícolas. En el 67% de ellas, el jefe de la explotación es mayor de 55 años, y solo en el 4% es menor de 35. El problema del relevo generacional preocupa a los profesionales de la agricultura, que reclaman ayudas y formación para hacer frente al envejecimiento del sector.

1 UNIÓN DE PEQUEÑOS AGRICULTORES Y GANADEROS (UPA), *Anuario 2019. Agricultura Familiar en España*, Fundación de Estudios Rurales, Madrid, 2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2197366> [Consulta: 5 de febrero]

2 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *Censo Agrario 2020*.

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) es una de las figuras impositivas que inciden directamente en la transmisión de explotaciones agrarias. Pese a la existencia de bonificaciones y reducciones específicas, su aplicación varía entre comunidades autónomas, lo que genera desigualdades y afecta la viabilidad económica de las explotaciones transmitidas, además, la existencia de presunciones fiscales en la valoración de bienes heredados y donados puede generar incertidumbre jurídica para los herederos³.

Este estudio tiene como finalidad examinar el impacto de la fiscalidad en la sucesión de explotaciones agropecuarias en España, prestando especial atención al ISD, los incentivos fiscales y las dificultades que encuentran los herederos. Para ello, se analizará la normativa vigente, la jurisprudencia aplicable y el caso particular de Extremadura, además de evaluar posibles modificaciones normativas que podrían contribuir a la sostenibilidad del sector. Garantizar la continuidad del sector agrario en España depende en gran medida de la correcta transmisión de explotaciones agropecuarias. No obstante, el progresivo envejecimiento de la población rural y las dificultades económicas que afectan a los agricultores han convertido este proceso en un reto significativo. En este sentido, el marco fiscal aplicable a la sucesión de explotaciones desempeña un papel determinante, ya que puede facilitar el relevo generacional o, por el contrario, suponer un obstáculo para la pervivencia de estas unidades productivas.

Se abordarán aspectos clave como el hecho imponible, el devengo, la determinación de la base imponible y las presunciones fiscales que afectan a la transmisión de explotaciones agropecuarias. Asimismo, se examinarán los distintos mecanismos que permiten minorar la carga fiscal, con especial atención a la normativa autonómica y la jurisprudencia reciente.

1.1. El concepto de empresa agraria

El concepto de empresa agraria es fundamental para comprender la organización y el funcionamiento de las actividades económicas en el ámbito rural. Según Ballarín Marcial⁴, la empresa agraria se configura como una:

[...] unidad de producción técnico-económica, constituida por el empresario y sus colaboradores, así como por la tierra y demás elementos organizados mediante los cuales se ejerce en nombre de aquel una actividad agrícola, ganadera, forestal o mixta.

Este concepto resalta la integración de diversos factores de producción, tales como el capital, la tierra y la fuerza laboral, bajo una estructura organizativa eficiente que

3 TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia núm. 4154/2022*, ECLI:ES:TS:2022:4154

4 BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *La empresa agraria: concepto y estructura*, Editorial Jurídica, Madrid, 1995, pp. 23-45.

busca maximizar los rendimientos en el sector agrario. La gestión de recursos naturales y la adaptación al entorno son elementos clave que distinguen a la empresa agraria de otras formas de organización empresarial, ya que la actividad productiva está estrechamente vinculada a los ciclos naturales y climáticos, lo que añade una dimensión compleja a la gestión empresarial en este sector.

Por otro lado, autores como José Antonio Vega Vega⁵ amplían esta visión al subrayar que la empresa agraria tiene una función socioeconómica importante, no solo como generadora de ingresos, sino también como motor de desarrollo en las zonas rurales.

Las empresas agrarias contribuyen al desarrollo sostenible, la conservación del medio ambiente y la preservación de tradiciones rurales, lo que las convierte en un componente esencial para la cohesión social y económica de las comunidades rurales.

En este sentido, la empresa agraria se configura como un agente económico y social cuyo impacto va más allá de la producción de bienes agrícolas. Su organización, muchas veces de carácter familiar, influye en la continuidad de la actividad agraria a través de las generaciones, contribuyendo a la estabilidad y la identidad de las zonas rurales. A través de este modelo, las empresas agrarias no solo generan bienes y servicios, sino que también desempeñan un papel crucial en la gestión sostenible de los recursos naturales, un aspecto especialmente relevante en un contexto de creciente preocupación por el cambio climático y la biodiversidad.

1.2. La empresa agropecuaria familiar

Cuando se hace referencia a la empresa agropecuaria familiar, se está hablando de un modelo de organización empresarial dentro del sector agrario que se caracteriza por la participación predominante de los miembros de una misma familia en la gestión y la propiedad de la explotación. Este tipo de empresa es un subtipo de empresa agraria que se distingue no solo por la propiedad y dirección familiar, sino también por la transmisión generacional de la actividad productiva, lo que aporta una continuidad y estabilidad en el tiempo.

Desde una perspectiva económica, se parte de la idea de empresa como unidad de producción donde se combinan los factores capital y trabajo con la finalidad de generar bienes o servicios para el mercado, obteniendo como resultado una renta derivada de la diferencia entre precios de venta y de coste. Sin embargo, esta concepción puramente económica resulta insuficiente para el Derecho, que precisa integrar en el concepto de empresa una serie de elementos jurídicos diferenciados: el subjetivo, referido al empresario como titular (persona física o jurídica); el fun-

5 VEGA VEGA, J. Antonio, *La empresa agraria y su impacto en el desarrollo rural*, Dehesa, Badajoz, 2001, pp. 101-130.

cional, vinculado a la actividad organizadora que este desempeña; el objetivo o dinámico, relativo al conjunto organizado de bienes con finalidad económica; y el laboral, que reconoce la empresa como una organización de personas además de bienes, tal y como ha puesto de relieve la doctrina mercantil y, en particular, Alfonso Galán⁶ en su análisis de la empresa como organización jurídica de bienes.

En esta línea, Sánchez González⁷ destaca que es una constante en la doctrina resaltar la dimensión económica del concepto de empresa, definida como “una actividad económica organizada al fin de la producción o del cambio de bienes y servicios”. No obstante, el autor subraya que se trata de un concepto complejo y amplio, cuya delimitación exige considerar factores como la forma de ejercicio, la titularidad, la dimensión y los fines perseguidos por la actividad empresarial.

Asimismo, desde el punto de vista del ordenamiento tributario, se adopta un concepto unitario de empresa, aplicable a distintos tributos, basado en la ordenación por cuenta propia de medios de producción o de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios⁸. Esta concepción, recogida tanto en la normativa como en la doctrina económica y jurídica, revela una notable coherencia entre el enfoque fiscal y el criterio económico doctrinal, como señala Albiñana García-Quintana.⁹ Ahora bien, más allá de las dificultades propias para definir jurídicamente a la empresa en nuestro ordenamiento, el verdadero reto se presenta a la hora de delimitar qué debe entenderse por empresa familiar, especialmente en contextos como el agrario. La cuestión clave es si este concepto puede o debe equipararse al de pequeña y mediana empresa (PYME), como tiende a suceder en el ámbito normativo europeo, donde ambas categorías aparecen frecuentemente solapadas.

Por lo que se refiere a la figura del empresario en la empresa familiar, puede revestir la forma de persona física, esto es, un empresario individual, o bien tratarse de una persona jurídica. En el primer caso, estamos ante la modalidad más primitiva de empresa familiar, siempre que la participación de otros miembros del grupo familiar se dé en la titularidad o en la actividad. En el segundo supuesto, el vínculo familiar se canaliza a través de la propiedad de participaciones o acciones, ya sea por una persona concreta o por varios miembros del grupo familiar. Los principales problemas

6 ALFONSO GALÁN, Rosa María, *Beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones con ocasión de la transmisión mortis causa de la empresa familiar*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 765-797.

7 GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Javier Máximo, *Fiscalidad de la afectación de bienes a la empresa*, Lex Nova, Valladolid, 1995, p. 23.

8 Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (artículo 5). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/1992/12/28/37/con>. [consulta: 24 de febrero de 2025]; Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (artículo 27). Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/11/28/35/con>. [consulta: 24 de febrero de 2025].

9 ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, «Aproximación a un concepto de empresa familiar», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 43, 1998, p. 20

jurídicos que se derivan de esta configuración radican, por un lado, en determinar el porcentaje mínimo de participación que debe ostentarse para que pueda hablarse de una empresa familiar, y por otro, en la delimitación legal del parentesco necesario entre los socios para considerar su participación como una unidad a efectos fiscales.

Además, la identificación de una empresa como familiar exige considerar diversos factores: la existencia de una actividad económica real; la multiplicidad de relaciones familiares dentro del negocio; la intencionalidad de continuidad, tanto en la propiedad como en la gestión; la eventual existencia de un protocolo familiar que actúe como indicio de organización interna; y, finalmente, su tamaño, aunque no sea determinante por sí solo.

En definitiva, siguiendo a Albi Ibáñez¹⁰, puede definirse la empresa familiar como:

[...] una unidad económica de producción formada por un conjunto de factores productivos cuya función es la creación de riqueza mediante la producción de bienes o de servicios bajo la dirección, responsabilidad y control de un empresario que ostenta, asimismo, la propiedad de la misma, en su nombre o en representación de un colectivo familiar.

2. Beneficios fiscales en la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (LMEA)

Aunque la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (en adelante LMEA)¹¹ no regula de manera directa los beneficios fiscales, sí establece los supuestos que permiten acceder a ellos, remitiendo expresamente a las normas tributarias aplicables, como es el caso de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante LISD)¹². En este sentido, resulta relevante examinar los artículos que recogen dichas situaciones, pues en ellos se configuran incentivos fiscales especialmente pensados para favorecer la modernización y la continuidad de las explotaciones prioritarias.

El artículo 9 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias contempla una reducción del 90 % de la base imponible del impuesto que grave la transmisión o adquisición de una explotación que haya sido reconocida como prioritaria (se entiende por explotación prioritaria aquella que, cumpliendo determinados requisitos de dimensión económica, volumen de trabajo y rentabilidad, constituye la base fundamental de la renta del titular y está orientada principalmente a la actividad agraria, tal y como se establece en los artículos 4 a 8 de la citada

10 ALBI IBÁÑEZ, Emilio, *Fiscalidad y empresa familiar*, Instituto de Empresa Familiar, Madrid, 1994, p. 19.

11 Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (LMEA), BOE núm. 159, de 5 de julio de 1995. <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/07/04/19/con> [consulta: 15 de febrero de 2025].

12 Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1987. <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/12/18/29/con> [consulta: 28 de febrero de 2025].

ley)), siempre que esta condición no se vea alterada tras la operación. Esta reducción puede llegar al 100 % si quien adquiere la explotación es el cónyuge superviviente del anterior titular, lo que refleja una clara intención de facilitar la continuidad familiar de la actividad agraria.

El artículo 10 profundiza en los beneficios vinculados a la concentración parcelaria y la mejora de la estructura territorial de las explotaciones:

- En su apartado primero, establece la exención del ISD para aquellas transmisiones — ya sean onerosas o gratuitas, inter vivos o mortis causa — de terrenos cuya finalidad sea completar, bajo una sola linde, la superficie mínima exigida para constituir una explotación prioritaria. Eso sí, con una condición clave: debe recogerse en escritura pública la indivisibilidad de dicha explotación durante al menos cinco años.
- En el apartado segundo, se prevé una reducción del 50 % en el ISD cuando los terrenos transmitidos permitan agrupar bajo una única linde al menos el 50 % de la superficie de una explotación cuya renta unitaria de trabajo se sitúe dentro de los límites establecidos para acceder a beneficios fiscales.

Por su parte, el artículo 11 establece una reducción del 75 % de la base imponible del ISD en los casos de transmisión —por cualquier título— del pleno dominio o usufructo vitalicio de una explotación agraria. Este beneficio se aplicará siempre que el adquirente tenga la condición de titular de una explotación prioritaria o bien la adquiera como consecuencia de dicha operación. Especial mención merece el artículo 20, que introduce los llamados beneficios fiscales especiales, con los que el legislador trata de incentivar el relevo generacional.

Su apartado 1 contempla la exención del ISD en los casos de adquisición de una primera explotación prioritaria por parte de un agricultor joven o asalariado agrario.

Agricultor joven es aquel que haya cumplido dieciocho años y no haya cumplido cuarenta años y ejerza o pretenda ejercer la actividad agraria¹³.

Aunque la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (LMEA) no ofrece una definición explícita del concepto de asalariado agrario, este término es mencionado en su artículo 20, en el marco de los beneficios fiscales previstos para la primera instalación en explotaciones prioritarias. A efectos jurídicos, el asalariado agrario puede definirse como aquel trabajador que, bajo una relación laboral por cuenta ajena y en régimen de dependencia respecto del empleador, presta servicios retribuidos en explotaciones agrícolas, forestales, pecuarias o mixtas, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, y en

13 Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (LMEA), BOE núm. 159, de 5 de julio de 1995. (Art. 2.7 citado). <https://www.boc.es/eli/es/l/1995/07/04/19/con> [consulta: 15 de febrero de 2025].

la Ley General de la Seguridad Social. En concreto, la LMEA reconoce el derecho a determinadas exenciones fiscales tanto a los agricultores jóvenes como a los asalariados agrarios que accedan por primera vez a la titularidad de una explotación prioritaria. El apartado 2 incrementa en diez puntos porcentuales las reducciones previstas en los artículos anteriores (9, 10 y 11) cuando el adquirente sea un joven agricultor o asalariado agrario y la transmisión tenga lugar dentro de los cinco años siguientes a su primera instalación.

En definitiva, aunque la LMEA no contiene un régimen fiscal autónomo, desempeña un papel clave en la articulación de incentivos fiscales que encuentran su plena eficacia en la normativa tributaria. Su importancia radica en delimitar los supuestos de hecho y requisitos que permiten acceder a medidas fiscales pensadas para impulsar un modelo agrario más moderno, eficiente y con mayor proyección de continuidad generacional.

3. El impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en la transmisión mortis causa de empresas agropecuarias

En primer lugar, es fundamental comprender el funcionamiento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (en adelante, ISD) en relación con la transmisión de explotaciones agropecuarias tras el fallecimiento de su titular.

Cabe destacar que el ISD no es uniforme en todo el territorio español, ya que su aplicación presenta variaciones significativas entre comunidades autónomas.

Actualmente el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se encuentra regulado en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre¹⁴, (en adelante LISD) y en el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre por el que se aprueba su Reglamento.

Del artículo 1 de la citada ley, es un impuesto directo, que grava las adquisiciones de bienes y derechos a título gratuito. Se trata de un tributo subjetivo, dado que la cuota tributaria se ajusta en función de las circunstancias personales del contribuyente. Además, la normativa prevé diversas reducciones y bonificaciones basadas en el grado de parentesco y el patrimonio preexistente del heredero.

Desde el punto de vista técnico, el ISD es un impuesto progresivo, lo que implica que la cuota a pagar aumenta conforme lo hace la base liquidable. Para ello, se aplican escalas de gravamen y coeficientes multiplicadores determinados según el grado de parentesco y la situación patrimonial del heredero como comentábamos anteriormente.

14 Ley 29/1987, de 18 de diciembre del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1987-28141> [consultado el 17 de marzo de 2025].

Por último, es un impuesto de devengo instantáneo, ya que se genera en el momento del fallecimiento del causante, configurándose este hecho, como el hecho imponible del tributo.

Asimismo, su gestión está cedida a las CCAA, lo que explica las diferencias en su aplicación en función del territorio.

Para saber qué legislación autonómica aplicar debemos atender a la residencia habitual del causante¹⁵.

En el caso de las adquisiciones mortis causa y de las cantidades percibidas por beneficiarios de seguros sobre la vida en caso de que existan, cuando se trate de personas físicas, se considera el territorio donde el causante tenga su residencia habitual a fecha del fallecimiento. No hablamos del domicilio civil sino de la comunidad autónoma en la que el contribuyente ha pasado más tiempo en los últimos cinco años inmediatamente anteriores al día anterior al devengo, es decir, al fallecimiento¹⁶.

A continuación, vamos a analizar los elementos que configuran el ISD:

a) *Hecho imponible*. De acuerdo con el artículo 20 de la Ley General Tributaria es “el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo (en este caso en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre), y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal”. Su realización da lugar al nacimiento de la obligación tributaria, es decir, a la exigibilidad de pago de la cuota tributaria.

La LISD en su artículo 3 nos dice cuáles son los supuestos de hecho que configuran el hecho imponible:

1. Las adquisiciones a título gratuito mortis causa.
2. Las adquisiciones de bienes y derechos inter vivos (donaciones). Solo en el caso de que lo reciba una persona física, pues si lo recibe una persona jurídica tributará por el Impuesto de Sociedades.
3. Percibir un seguro de vida como beneficiario (siempre que no estén gravados por el IRPF).

En este artículo nos centraremos en las adquisiciones mortis causa. Si acudimos al art. 11 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones nos encontramos una lista abierta en la que contempla los diferentes títulos sucesorios sujetos a tributación:

15 JUÁREZ GONZÁLEZ, Javier Máximo, «Vulnerabilidad del impuesto de sucesiones y donaciones por razón de la residencia», *El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 25, 2014, pp. 19-24.

16 Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CCAA de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, BOE núm. 305, de 19 de diciembre de 2009. (Art. 32.1 y 32.1 a) citados.

- a. La donación «mortis causa».
- b. Los contratos o pactos sucesorios.
- c. Los que atribuyan el derecho a la percepción de las cantidades que, cualquiera que sea su modalidad o denominación, las empresas y entidades en general entreguen a los familiares de miembros o empleados fallecidos, siempre que no esté dispuesto expresamente que estas percepciones deban tributar por la letra c) del artículo 10 o en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- d. Los que atribuyan el derecho a la percepción de las cantidades asignadas por los testadores a los albaceas por la realización de sus trabajos como tales, en cuanto excedan de lo establecido por los usos y costumbres o del 10 por 100 del valor comprobado del caudal hereditario.

En cuanto a las donaciones mortis causa, son donaciones testamentarias, es decir, pactos sucesorios que no están permitidos en España salvo en algunas comunidades autónomas. Son considerados por la Dirección General de Tributos como títulos sucesorios gratuitos sujetos a tributación.

La Dirección General de Tributos, establece que los pactos sucesorios no ofrecen dudas de tratarse de un negocio jurídico de naturaleza gratuita y se trata de un incremento patrimonial del adquirente tras el fallecimiento de una persona, luego se produce el hecho imponible previsto de manera general por el art. 3 de la LISD. Por ello no cabe duda de que nos encontramos ante una situación que está sujeta al ISD.

Para evitar fraudes se presume que salvo prueba en contrario las transacciones a título lucrativo están sujetas al ISD, siendo un claro ejemplo de ello, la disminución del patrimonio de una persona con el consiguiente aumento en el de la otra, siempre que hablemos del cónyuge, descendientes, herederos o legatarios y entre ascendientes y descendientes. Siempre se podrá aportar pruebas para desvirtuar esta presunción.

En cuanto al nacimiento de la obligación tributaria, es decir, el devengo, contemplado en el artículo 24 de la LISD, se produce al día siguiente de la realización del hecho imponible, es decir, del fallecimiento del causante o al día siguiente de realizar la donación.

En cuanto a la obligación tributaria, es decir, la obligación que se devenga después de haberse producido el hecho imponible, la cual consiste en el pago del tributo, pero también en una serie de obligaciones formales.

En el caso del ISD el contribuyente y el sujeto pasivo son la misma persona, es decir, el heredero, con la precisión de que ni las comunidades de bienes ni las herencias yacentes pueden ser sujeto pasivo del impuesto.

La base imponible está contemplada en el artículo 10 de la LISD, la cual se determina por estimación directa, es decir, el valor real de los bienes y derechos minorado por las deudas y cargas.

Para calcularla debemos acudir a los artículos 11 a 15 de la LISD, se trata de una lista de presunciones iuris tantum, es decir, cabe prueba en contrario para acreditar que se pagó el bien en cuestión y que no se trata de eludir el pago mediante simulación de donación, mientras se realizaba una compraventa encubierta.

Se presumirá como parte del caudal hereditario:

Los bienes que hubiesen pertenecido al fallecido hasta un año antes de su fallecimiento, salvo que hayan sido transmitidos por el causante y no se encuentren en poder de herederos como legatarios o parientes dentro del tercer grado (del causante) o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante.

- Los bienes y derechos adquiridos en los 3 años anteriores al fallecimiento del causante en los que se da la situación de que este último queda con un usufructo mientras la nuda propiedad pasa alguno de los sujetos mencionados en la presunción anterior.
- Los bienes y derechos transmitidos por el causante durante los 4 años previos al fallecimiento siempre que se haya reservado algún derecho vitalicio (usufructo).
- Los valores y efectos depositados, cuyos resguardos se hubieran endosado de forma privada.

Se incluye el ajuar doméstico dentro del caudal relicto, valorándose en un 3% como establece el artículo 15 de la LISD, salvo que se pruebe que este es mayor o menor.

Para calcular la masa hereditaria debemos minorarla teniendo en cuenta las deudas, cargas y gastos deducibles, añadiendo posteriormente los seguros de vida en caso de tenerlos el causante, y finalmente nos daría como resultado la base imponible.

3.1. La base liquidable en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: reducciones aplicables a la empresa individual y participaciones societarias

Una vez analizado el ISD en general, vamos a adentrarnos en nuestra materia concreta de estudio que es la tributación de las transmisiones y adquisiciones de explotaciones agropecuarias en particular.

El artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD), establece una serie de reducciones aplicables a la base imponible.

nible, en función de circunstancias personales —como el patrimonio preexistente del contribuyente— y del grado de parentesco con el causante.

Conviene tener presente que la aplicación del ISD no es uniforme en todo el territorio nacional, ya que se trata de un tributo cedido a las comunidades autónomas. Estas ostentan competencias normativas que les permiten establecer sus propias reducciones, complementarias a las estatales. Para determinar el orden de aplicación de dichas reducciones, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 48.1.a) de la Ley General Tributaria (LGT), según el cual deben aplicarse en primer lugar las reducciones estatales, y, en su caso, las autonómicas. En cuanto a las reducciones estatales, el artículo 20.2.c) de la LISD prevé una reducción del 95% de la base imponible en la transmisión mortis causa de una empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades, siempre que se cumplan determinados requisitos. Este precepto remite al artículo 4.Ocho.Uno de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, (en adelante LIP), que regula los criterios para considerar exento este tipo de patrimonio.

Los requisitos exigidos para la aplicación de la reducción son los siguientes:

- *Parentesco*: debe existir un vínculo con el causante, generalmente dentro de los grupos I o II establecidos en el ISD, es decir, el adquirente debe ser el cónyuge, descendiente, adoptado, ascendiente, adoptante o colateral hasta el tercer grado del transmitente.
- *Permanencia*: los adquirentes deben mantener en su patrimonio los bienes o derechos objeto de la reducción durante un plazo de diez años, salvo que fallezcan dentro de ese periodo. La Dirección General de Tributos (DGT), en diversas Consultas Vinculantes (por ejemplo, V1221-17), ha interpretado que este requisito no prohíbe la enajenación *per se*, sino aquellos actos que reduzcan significativamente el valor de la actividad económica. En consecuencia, es admisible la aportación de la empresa individual heredada a una sociedad limitada, siempre que se mantenga la actividad económica y no se desvirtúe la finalidad de la reducción.
- *Requisitos sobre la actividad*: los bienes y derechos han de estar afectos a una actividad económica que debe ejercerse de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo. Además, dicha actividad debe constituir su principal fuente de renta.
- *Sociedades familiares*: en el caso de participaciones en entidades, al menos uno de los miembros del grupo familiar debe ejercer funciones de dirección y percibir una remuneración que represente más del 50% de sus rendimientos del trabajo y de actividades económicas.

En lo que respecta a las reducciones del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), la jurisprudencia ha desempeñado un papel fundamental en la interpretación y aplicación de la normativa vigente, proporcionando claridad sobre los criterios y condiciones necesarias para que los contribuyentes puedan beneficiarse de tales beneficios fiscales. En este contexto, la STS 480/2019, de 8 de abril, aborda la aplicación de la reducción por empresa familiar en el ámbito de las explotaciones agrarias, precisando que, para acceder al beneficio fiscal previsto en el artículo 20.2c) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, resulta imprescindible comprobar que la actividad económica desarrollada constituía la principal fuente de renta del causante. El Alto Tribunal subraya que dicha verificación no puede efectuarse de manera rígida o meramente formal, sino que debe atender a las características propias del sector agrario, en particular a la estacionalidad de los rendimientos y a la realidad económica de la explotación. Esta interpretación permite una aplicación más ajustada del requisito legal, evitando soluciones excesivamente restrictivas que podrían desvirtuar la finalidad del beneficio fiscal en supuestos en los que la actividad agraria se mantiene de forma efectiva.

La doctrina jurisprudencial expuesta ha sido posteriormente asumida y desarrollada por la doctrina administrativa, que, partiendo de los criterios fijados por el Tribunal Supremo, ha contribuido a concretar los criterios aplicables para la verificación de los requisitos exigidos por el artículo 20.2c) de la LISD en el ámbito de las explotaciones agrarias.

Si bien la resolución del TEAC de 30 de mayo de 2024 se circunscribe al análisis del ejercicio relevante para verificar el requisito de principal fuente de renta, su interpretación debe ponerse en relación con el diseño general de la reducción prevista en el artículo 20.2 c) de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Dicho régimen evidencia una orientación clara hacia la preservación y continuidad de las explotaciones económicas familiares, especialmente en el ámbito agrario, mediante la exigencia de mantenimiento de la actividad durante un período prolongado y la prohibición de actos que supongan una minoración sustancial de su valor. Esta configuración normativa, reforzada por la doctrina administrativa y la jurisprudencia, permite entender que las reducciones fiscales no están concebidas para un aprovechamiento meramente coyuntural, sino como un instrumento destinado a favorecer la pervivencia de la actividad económica más allá del momento de la transmisión.

3.2. El Tribunal Supremo y la Reducción del Impuesto sobre Sucesiones en las Explotaciones Agropecuarias

De gran interés resulta la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha supuesto una clarificación relevante en la interpretación de los requisitos exigidos para

aplicar la reducción del 95% en la base imponible del ISD en el contexto de empresas familiares dedicadas al arrendamiento de inmuebles. En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo 956/2025¹⁷, de 14 de julio, así como la STS 969/2025¹⁸, de la misma fecha, establecen que, para considerar que existe una actividad económica a efectos fiscales, basta con acreditar la existencia de un empleado con contrato laboral a jornada completa, sin necesidad de justificar la carga de trabajo o la rentabilidad de la actividad.

Aunque estas resoluciones se refieren específicamente al arrendamiento de inmuebles, los criterios interpretativos fijados por el Alto Tribunal pueden extrapolarse al ámbito agropecuario. En el caso de explotaciones agrarias, especialmente aquellas que han sido objeto de sucesión, la aplicación de reducciones fiscales similares podría depender de la demostración de una actividad económica real. La existencia de un trabajador contratado a jornada completa en la explotación podría ser un criterio determinante para acceder a beneficios fiscales, sin necesidad de demostrar la rentabilidad o la carga de trabajo de dicha actividad.

La clarificación proporcionada por el Tribunal Supremo en esta sentencia refuerza la seguridad jurídica en torno a la aplicación de reducciones fiscales en el ISD.

Para las explotaciones agropecuarias, esto significa que, en caso de sucesión, la existencia de un trabajador contratado a jornada completa podría ser suficiente para acceder a beneficios fiscales, facilitando así la continuidad de la actividad agrícola y ganadera dentro de la unidad familiar. Por tanto, las recientes sentencias marcan un hito en la interpretación de los requisitos para la aplicación de reducciones fiscales en el ISD. Aunque se centra en el arrendamiento de inmuebles, sus principios pueden ser aplicables al ámbito agropecuario, ofreciendo una herramienta adicional para garantizar la continuidad de las explotaciones familiares.

4. Modificaciones en el ISD en Extremadura

La Ley 1/2025, de 3 de abril, de medidas fiscales urgentes en materia tributaria¹⁹, introduce una serie de cambios relevantes en el ámbito impositivo de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Entre sus objetivos principales se encuentran la adopción de nuevos beneficios fiscales dirigidos a personas jóvenes y colectivos vulnerables, así como la prórroga de determinadas medidas fiscales cuya vigencia finalizó el 31 de diciembre de 2024.

17 TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sentencia núm. 956/2025, de 14 de julio (recurso de casación), ECLI: ES:TS:2025:3472.

18 TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sentencia núm. 969/2025, de 14 de julio (recurso de casación), ECLI: ES:TS:2025:3491.

19 Ley 1/2025, de 3 de abril, de medidas fiscales urgentes en materia tributaria, disponible en: <https://www.boe.es/eli/es-cx/l/2025/04/03/1>, [consulta: 10 de abril de 2025].

En relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), la norma establece una importante novedad: la creación del Registro Autonómico de Personas con Especial Vinculación. Este registro permite que determinados sujetos pasivos pertenecientes a los grupos III y IV de parentesco, normalmente excluidos de los beneficios fiscales más amplios, puedan acceder a reducciones similares a las previstas para los grupos I y II, siempre que cumplan con los requisitos establecidos y estén inscritos con anterioridad al hecho imponible. El artículo 20 ter de la misma ley especifica quiénes pueden ser inscritos en este registro como personas con especial vinculación. Se consideran tales:

- Los descendientes del cónyuge o pareja de hecho del causante.
- El cónyuge o pareja de hecho de un ascendiente del causante.
- Las personas que hubieran convivido con el causante durante, al menos, los tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, siempre que se acredite dicha convivencia. Siempre que no haya existido un vínculo laboral o prestación de servicios relacionados con el cuidado, tareas domésticas o asistencia. En este último supuesto, el número máximo de convivientes que pueden acogerse a este régimen es de cuatro personas.

En conclusión, la inscripción previa en el Registro Autonómico de Personas con Especial Vinculación se configura como condición indispensable para que estas personas puedan acceder a los beneficios fiscales aplicables a los grupos más cercanos de parentesco en el ISD.

5. Conclusiones

Desafíos en la transmisión hereditaria de explotaciones agropecuarias

Desde una perspectiva estrictamente fiscal, la transmisión hereditaria de las explotaciones agropecuarias continúa enfrentando desafíos considerables. Aunque la legislación vigente ha establecido ciertos mecanismos para facilitar esta transmisión, como las reducciones en la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) o los beneficios fiscales aplicables a la empresa familiar, estos instrumentos no son suficientes, presentan complejidades y, en ocasiones, su aplicación resulta desigual. Los beneficios fiscales disponibles, aunque bien intencionados, siguen sin responder de manera efectiva a las necesidades del sector agropecuario.

Limitaciones de los beneficios fiscales existentes

A pesar de la existencia de beneficios fiscales orientados a la preservación del tejido productivo agrario, la efectividad de estas medidas se ve mermada por los estrictos requisitos formales y sustantivos. Entre las barreras más significativas se encuentran

la obligación de que el heredero haya estado previamente involucrado en la explotación, así como las exigencias de mantenimiento de la actividad durante determinados plazos. Además, la interpretación restrictiva de estos requisitos por parte de la Administración Tributaria genera incertidumbre y limita el acceso a estos beneficios a un número reducido de herederos, impidiendo que la finalidad de garantizar la continuidad generacional se materialice en la práctica.

Falta de armonización normativa entre tributos

La descoordinación existente entre los tributos que afectan a la transmisión de explotaciones agropecuarias, como el ISD, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) y el Impuesto sobre el Patrimonio, ha dado lugar a disparidades fiscales entre las distintas comunidades autónomas. Esta falta de armonización genera desigualdades entre los contribuyentes, dificultando una planificación fiscal eficaz y contribuyendo a un escenario de inseguridad jurídica, lo que en última instancia afecta la eficiencia tributaria del sistema.

Necesidad de una reforma normativa más coherente

Aunque la legislación ha introducido avances importantes en la protección fiscal de las explotaciones agropecuarias como unidades económicas de producción, subsisten aspectos que requieren una revisión profunda. Es imperativo que se impulse una reforma normativa que adapte la fiscalidad a la realidad de las explotaciones agropecuarias, garantizando que las transmisiones intergeneracionales no sean penalizadas. En este sentido, la regulación debe considerar la transmisión de explotaciones no solo como una operación patrimonial, sino también como un acto de relevancia económica y social en territorios donde la agricultura sigue siendo un pilar fundamental.

Propuestas de reforma

Simplificación y flexibilización de los requisitos para la aplicación de beneficios fiscales.

Se propone la revisión de los requisitos para acceder a las reducciones en el ISD, con el objetivo de eliminar las barreras formales excesivas y ampliar el margen de interpretación, siempre en beneficio del principio de conservación de la empresa agraria. En particular, se debería reconsiderar la exigencia de participación previa del heredero en la explotación y flexibilizar los plazos de mantenimiento de la actividad, permitiendo una mayor adaptabilidad a la realidad de cada explotación.

Armonización normativa entre tributos estatales y autonómicos

La existencia de regímenes fiscales dispares entre las distintas comunidades autónomas crea desigualdades y genera distorsiones en el tratamiento fiscal de las transmisiones. Se recomienda avanzar hacia una armonización básica que garantice un

tratamiento fiscal coherente en todo el territorio nacional, sin menoscabo de la autonomía financiera de las comunidades autónomas. Esto permitiría una mayor equidad en la aplicación de las reducciones fiscales y reduciría las desigualdades existentes.

Mejora de la coordinación intertributaria

Resulta esencial establecer una mayor integración entre los distintos impuestos que gravan la transmisión de la explotación: ISD, IRPF y Patrimonio. Una mayor coordinación entre estos tributos facilitaría la planificación sucesoria, reduciendo la incertidumbre y los costos indirectos para los herederos. En este sentido, se recomienda la adopción de un régimen especial coordinado que permita una mayor claridad en los procedimientos fiscales y en la aplicación de las reducciones disponibles.

Reconocimiento específico del valor social y estratégico de la agricultura familiar

Es necesario introducir incentivos fiscales explícitos que reconozcan la función social y económica de las explotaciones agrícolas familiares. Más allá de su tratamiento patrimonial, se debe tener en cuenta su contribución a la sostenibilidad, la fijación de población en el medio rural y la soberanía alimentaria. La fiscalidad debe reflejar el valor estratégico de la agricultura familiar como un pilar esencial para el desarrollo económico y social de los territorios rurales.

Promoción de programas de asesoramiento fiscal rural

Por último, se considera fundamental que las Administraciones públicas fomenten programas de asesoramiento fiscal adaptados a las peculiaridades del medio rural. Estos programas serían de gran utilidad para los titulares de explotaciones y sus herederos, ya que los orientaría en los procesos de planificación sucesoria, minimizando el riesgo de errores y evitando que se pierdan los beneficios fiscales disponibles debido a la falta de conocimiento o a la complejidad del sistema tributario.

La fiscalidad de la sucesión en las explotaciones agropecuarias constituye un punto de fricción entre los principios del Derecho tributario y las necesidades reales del medio rural. Si bien el ordenamiento jurídico ha ido incorporando herramientas destinadas a facilitar la continuidad de estas explotaciones, persisten rigideces y disfunciones que dificultan su transmisión eficaz. El presente estudio ha evidenciado la necesidad de una revisión normativa en clave de equidad, simplicidad y coherencia, que permita abordar los procesos sucesorios con seguridad jurídica y racionalidad fiscal. Solo a través de una acción legislativa decidida y técnicamente fundada será posible preservar la viabilidad económica y social de estas unidades productivas, garantizando su permanencia como elemento vertebrador del entorno.

Bibliografía

Libros

- Ballarín Marcial, A. (1995). La empresa agraria: concepto y estructura. Editorial Jurídica.
- Galán, R. M. A. (2007). Beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones con ocasión de la transmisión mortis causa de la empresa familiar. Dykinson.
- González Sánchez, J. M. (1995). Fiscalidad de la afectación de bienes a la empresa. Lex Nova.
- Vega Vega, J. A. (2001). La empresa agraria y su impacto en el desarrollo rural. Dehesa.
- Instituto Nacional de Estadística (INE). (2020). Censo Agrario.

Revistas

- Albiñana García-Quintana, C. (1998). Aproximación a un concepto de empresa familiar. Revista Técnica Tributaria, (43), 20-35.
- Juárez González, J. M. (2014). Vulnerabilidad del impuesto de sucesiones y donaciones por razón de la residencia. El Notario del Siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid, (25), 19-24.

Leyes y normas

- Boletín Oficial del Estado. Ley 1/2025, de medidas fiscales urgentes en materia tributaria.
- Boletín Oficial del Estado. Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (LMEA).
- Boletín Oficial del Estado. Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD).
- Boletín Oficial del Estado. Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Resoluciones y Sentencias

- Tribunal Supremo. (8 de abril de 2019). *Sentencia núm. 480/2019*. Rec. 2173/2017. ECLI: ES:TS:2019:1175 [consultado el 17 de marzo de 2025]
- Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2022. *Sentencia núm. 1503/2022*. ECLI: ES:TS:2022:4154 [consultado el 17 de marzo de 2025]
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). *Sentencia núm. 956/2025*, de 14 de julio. ECLI: ES:TS: 2025:3472 [consultado el 26 de julio de 2025]
- Tribunal Supremo, *Sentencia núm. 969/2025*, de 14 de julio de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3491). [Consultado el 26 de julio de 2025]

Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 30 de mayo de 2024. *Resolución núm. 4170/2021*. [consultado el 17 de marzo de 2025]

Webgrafía

Agúndez Fernández, A. (s.f.). La empresa agraria y el concepto unitario de empresa. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2197366> (Consultado el 3 de marzo de 2025)

Noción jurídica de empresa agraria. (s.f.). Revista de Estudios Agrosociales. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2202278> (Consultado el 12 de febrero de 2025)

Boletín Oficial del Estado. (Ley 1/2025, de medidas fiscales urgentes en materia tributaria. <https://www.boe.es/eli/es/l/2025/04/03/1/con> (Consultado el 10 de abril de 2025)

Boletín Oficial del Estado, Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias (LMEA). <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/07/04/19/con> Consultado el 15 de febrero 2025)

Boletín Oficial del Estado, Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (LISD). <https://www.boe.es/eli/es/l/1987/12/18/29/con> (Consultado el 17 de marzo de 2025)

Unión de Pequeños Agricultores y Ganaderos (UPA). (2019). Anuario 2019 - Agricultura Familiar en España. Fundación de Estudios Rurales. <https://www.upa.es/upa/publicaciones-upa/2021/2883/> (Consultado el 20 de febrero de 2025)

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Premios san Raimundo de Peñafort || Recibido: 05/10/2025 || Aceptado: 17/12/2025

Ejecución hipotecaria y dación en pago en caso de incumplimiento del deudor hipotecante: análisis jurídico e implicaciones con respecto a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030

Foreclosure and Dation in Payment in the Event of Default by the Mortgagor: Legal Analysis and Implications with Respect to the Sustainable Development Goals of the 2030 Agenda

María Amparo García Cano  0009-0000-4863-721X

Universidad de Extremadura, España.

mgarciaac@alumnos.unex.es

 Este trabajo ha sido segundo clasificado en el Premio san Raimundo de Peñafort 2025

Resumen

El procedimiento de ejecución hipotecaria ha sido objeto de cuestionamiento ante situaciones de crisis económica que afectan a personas físicas deudoras. La aplicación estricta del principio de responsabilidad patrimonial universal puede conducir, a la pérdida de la vivienda habitual sin que ello implique la cancelación total de la deuda pendiente. Hecho que ha impulsado la búsqueda de soluciones jurídicas más equilibradas, que compatibilicen la eficacia del crédito con la protección de derechos fundamentales.

Palabras clave: Acreedor hipotecario, renegociación de deuda, responsabilidad patrimonial, B.E.P.I., alquiler social, ODS.

Abstract

The mortgage foreclosure procedure has been questioned in situations of economic crisis that affect debtor individuals. The strict application of the principle of universal patrimonial liability can lead to the loss of the main residence without this implying the total cancellation of the outstanding debt. This fact has prompted the search for more balanced legal solutions, which make the effectiveness of credit compatible with the protection of fundamental rights.

Keywords: Mortgage creditor, debt renegotiation, patrimonial liability, B.E.P.I., social rent, SDGs

Sumario

1. Introducción
2. Objetivos
3. El procedimiento de ejecución hipotecaria
 - 3.1. Aproximación y delimitaciones sobre la hipoteca
 - 3.2. Características del procedimiento de ejecución hipotecaria y particularidades sobre la legitimación activa y pasiva
 - 3.3. Particularidades respecto al marco normativo actual
 - 3.4. Protección de la vivienda habitual y los deudores vulnerables
4. La dación en pago
 - 4.1. Delimitaciones conceptuales
 - 4.2. Requisitos
5. Implicaciones respecto los objetivos de desarrollo sostenible
6. Conclusiones

I. Introducción

El acceso a la vivienda habitual representa una base indispensable para el desarrollo personal y social. Bajo esta premisa, la preferencia por la vivienda en propiedad frente al alquiler continúa profundamente arraigada en nuestra sociedad, respondiendo a factores culturales, sociales, económicos, psicológicos y jurídicos. Pero la consecución de una vivienda propia se suele convertir en un desafío económico complejo por su elevado costo, que, en la mayoría de los casos se solventa recurriendo a instrumentos financieros como la hipoteca a fin de viabilizar su adquisición. La contratación de una hipoteca supone la obtención de financiación para la compra de dicho inmueble a través de un préstamo garantizado, habitualmente, por la misma propiedad. Mecanismo financiero que, si bien facilita el acceso a la vivienda propia, también expone al ciudadano o a las familias a consecuencias económicas significativas pues conlleva obligaciones contractuales a largo plazo. El habitual sistema de amortización tradicional con periodicidad mensual de la hipoteca implica un gasto significativo para la economía doméstica e incide directamente en la estabilidad financiera del deudor.

Determinados factores económicos como la inflación, un tipo de interés fluctuante, una posible precariedad laboral, un desempleo imprevisto o una situación sobrevenida de crisis, pueden derivar en dificultades para atender mensualmente el pago del recibo emitido por la entidad financiera, que conducirían a impagos de cuotas de préstamo hipotecario, dando lugar a la temida morosidad y que en el peor de los escenarios podrían concluir en una ejecución hipotecaria. Este contexto implicaría, no sólo la pérdida de la vivienda gravada con la hipoteca, sino, en algunos casos, la subsistencia de la deuda con la determinada entidad financiera, cuando dicha deuda excede del valor en el que se ha adjudicado el inmueble mediante subasta del procedimiento judicial ejecutivo. Como alternativa a la ejecución hipotecaria encontramos otro mecanismo legal, la dación en pago, que si bien, también implicaría la pérdida de la propiedad de la vivienda, carece de consecuencias adicionales ya que conlleva la consideración de la deuda como satisfecha de forma íntegra y va acompañado de medidas mitigadoras tales como un alquiler social, y otras medidas paliativas como la posibilidad de recompra del mismo bien. Por tanto, los afectados contarían con la posibilidad de seguir habitando en la misma vivienda con un coste mensual reducido.

Ambos mecanismos legales, ejecución hipotecaria y dación en pago, han sido objeto de estudios de manera individualizada. De la misma forma, la hipoteca, figura jurídica clave, derecho real de garantía que trasciende del plano jurídico y se convierte en un pilar económico fundamental, movilizándolo el crédito, facilitando el acceso a la propiedad, y equilibrando la seguridad jurídica y el dinamismo económico, vertebrando el mercado inmobiliario y el sistema financiero. Consideramos de gran interés el abordaje de su aplicación práctica, el análisis de sus ventajas e inconvenientes

y de sus implicaciones por su relevancia jurídica, social y económica. Las referidas instituciones, entran en diálogo directo con los derechos económicos y sociales en especial con el derecho a una vivienda digna realizando una lectura integradora de su naturaleza y normativa jurídica con los principios de desarrollo sostenible. Desde esta visión el derecho opera como herramienta para el cumplimiento de fines superiores comprometidos internacionalmente, pues, aunque la Agenda 2030 no es jurídicamente vinculante, ha sido asumida por muchos países como marco de referencia para el diseño de sus políticas públicas, y para que sus objetivos impregnen nuestra vida diaria para un mejor presente y futuro.

Se nos plantean a través de contraposiciones, diferentes interrogantes en el desarrollo de este estudio: Cuál sería la convergencia del principio de responsabilidad patrimonial con el Código de Buenas Prácticas Bancarias. ¿Qué debe primar en nuestra legislación, las diferentes opciones procesales del acreedor hipotecario que es quien previamente concedió el crédito para facilitar el acceso a la vivienda o la protección al deudor hipotecario considerado vulnerable? ¿Cómo conviven las reestructuraciones de deuda ofrecidas por el acreedor bancario o las moratorias, que en algunos casos han sido de obligado cumplimiento para el banco, con la Ley de Segunda Oportunidad? Asimismo, es muy interesante el análisis sobre cuál es la consideración del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho o BEPI en el sistema español actual. Nuestra última cuestión plantea en qué medida la legislación que regula la ejecución hipotecaria y la dación en pago puede o debe ser interpretados o reformulados a la luz de los ODS de la Agenda 2030 y cuáles son esos principios a los que hacemos referencia.

2. Objetivos

Es objetivo general de esta investigación, poner de manifiesto la necesidad de optimizar los mecanismos legales existentes para la gestión de la morosidad hipotecaria priorizando la dación en pago, pues consideramos que mitiga las consecuencias negativas para las familias derivadas de las ejecuciones hipotecarias ofreciendo una solución menos traumática y alineada con los ODS en lo que respecta a la protección a los hogares vulnerables.

Cómo objetivos específicos se pueden definir los siguientes:

- Enfatizar la importancia de la educación financiera en todos los ciudadanos, a fin de una mejora en la capacidad individual para la gestión de las obligaciones financieras. Se traduce en necesaria a fin de que los habitantes tanto urbanos como rurales, adquieran capacidad para tomar sus propias decisiones económicas, fortaleciendo la estabilidad social y reduciendo el endeudamiento excesivo fomentando una cultura del ahorro y la inversión.

- Sensibilizar sobre los riesgos de la morosidad hipotecaria, promoviendo una mayor conciencia sobre la importancia de proponer e incluso exigir a la entidad bancaria, que ofrezca soluciones legales adecuadas para evitar la ejecución hipotecaria.
- Analizar el papel clave de los actores implicados, y en especial de la propia entidad de crédito, en la implementación de prácticas que favorezcan la estabilidad financiera de las familias. Asimismo, poner de manifiesto cómo la dación en pago resulta más beneficiosa que la ejecución hipotecaria también para los intereses del propio banco.
- Divulgar el conocimiento de los ODS, especialmente en lo que afecta a la reducción de las desigualdades y el derecho a una vivienda digna y cómo la adecuada gestión de la morosidad hipotecaria puede contribuir a su cumplimiento.

3. El procedimiento de ejecución hipotecaria

3.1. Aproximación y delimitaciones sobre la hipoteca

Conforme al art. 2114 del Código Civil “La hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles que están afectos al cumplimiento de una obligación”. Los redactores del código civil basándose en el antiguo derecho francés abandonaron la hipoteca mobiliaria existente en el Derecho Romano. En tiempo posterior se regularían las hipotecas sobre bienes muebles y bienes navales.

En el presente trabajo centramos nuestra exposición en el préstamo hipotecario inmobiliario, cómo derecho real de constitución registral que grava un bien inmueble susceptible de inscripción registral. Y concretando aún más, nos referiremos fundamentalmente a la hipoteca inmobiliaria sobre la vivienda habitual, aunque también se mencionan otros supuestos. Prescindimos del análisis de los titulares registrales, persona física o jurídica, de sus facultades de disposición, o de la implicación del régimen matrimonial. Aunque sí queremos hacer mención en cuanto a los sujetos intervinientes, en la diferenciación entre el hipotecante no deudor y quien sí lo es. Hipotecante es el propietario del bien inmueble sobre el que se constituye la hipoteca, pero puede coincidir o no, con el deudor de la obligación garantizada. De nuestra legislación se desprende que podrá constituir hipoteca no sólo el deudor sino también un tercero que no haya contraído obligación principal, lo que implica que en la relación de titulares de un préstamo hipotecario podemos encontrar a aquel titular que es hipotecante y deudor, y un titular que sea hipotecante no deudor, es decir, aparecerá como titular en el préstamo hipotecario y firmara en escritura pública y se inscribirá la misma en el Registro de la Propiedad sobre su vivienda, pero personalmente no está obligado a la devolución de las cuotas a amortizar, ni el

banco le podrá reclamar las mismas, pero su inmueble queda directamente afecto al cumplimiento de la obligación. Este supuesto es muy frecuente en la práctica española, por ejemplo, cuando un familiar voluntariamente constituye una hipoteca sobre su vivienda para garantizar un préstamo concedido a otra persona. La normativa de transparencia exige que el hipotecante no deudor reciba la FEIN, esto es, una Ficha Europea de Información Normalizada, y la FIAE, la Ficha de Advertencias Estandarizadas, en cumplimiento a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Y que es práctica generalizada además de obligatoria en las Entidades bancarias.

En cuanto al uso indistinto de los términos “deudor hipotecante” y “deudor hipotecario”, aunque coloquialmente se usen como sinónimos, desde una perspectiva, técnica y legal, ajustada a derecho bancario, éste segundo se refiere a la persona que tiene una deuda hipotecaria, quien debe cumplir con la obligación pecuniarias, mientras hipotecante, como ya hemos indicado, implica gravar su bien inmueble en garantía. Ambas figuras pueden confluir en un mismo titular o titulares, de ahí su generalización de su uso indistinto.

Respecto al acreedor hipotecario, debemos puntualizar que, si no se trata de una entidad de crédito sino de una entidad financiera, esta última, en cumplimiento del Real Decreto 106/2011 de 28 de enero, deberá estar previamente inscrita en un registro estatal de acuerdo con dicha regulación y para dar mayor seguridad al tráfico jurídico.

3.2. Características del procedimiento de ejecución hipotecaria y particularidades sobre la legitimación activa y pasiva

Nos centramos en este procedimiento, de entre los que tiene el acreedor hipotecario para el cobro de su crédito ¹. Esta opción procesal del acreedor hipotecario supone la ejecución del bien gravado con la garantía real. Gómez Sánchez J², diferenciaba “dos relaciones en el momento de incumplimiento de una obligación garantizada por hipoteca: por un lado, la relación obligacional entre un acreedor y un deudor que desemboca en una reclamación

del crédito debido, y, por otro lado, la relación hipotecaria surgida por la constitución de un derecho real de hipoteca, entendido éste como un derecho real (poder inmediato y directo sobre una cosa) que recae sobre un bien para garantizar el pago

1. Utilizamos el término “crédito” como sinónimo de préstamo, aunque con carácter estricto no es lo mismo un préstamo hipotecario que un crédito hipotecario, se trata de productos bancarios con diferencias sustanciales en cuanto a su amortización y tipos de interés entre otras particularidades
2. GÓMEZ SÁNCHEZ J, La ejecución civil: aspectos teóricos y prácticos del libro tercero de la ley de Enjuiciamiento Civil, Ed. Dykinson, Madrid, 2004 pág 140

al acreedor mediante la realización del mismo.” Y añadía que es esta segunda relación la que origina que se sustancie la ejecución hipotecaria.

Es título ejecutivo suficiente para los préstamos hipotecarios la escritura de constitución de hipoteca (art 517 LEC) debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad (art 685 LEC). La hipoteca debe estar válidamente constituida y formalmente inscrita para desplegar eficacia real frente a terceros (art 1875 CC y 130 Ley Hipotecaria).

Asimismo, debe existir un incumplimiento de la obligación garantizada, es decir, ha de existir impago por parte del prestatario. Según la Ley 5/2019 dicho impago ha de ser del equivalente a 12 cuotas mensuales o del 3% del capital concedido si nos encontramos en la primera mitad del periodo de amortización. O bien el impago debe corresponder a 15 cuotas mensuales o al 7% del capital concedido si estamos en el segundo periodo. Es obligatorio un requerimiento no exitoso, de pago previo de forma fehaciente mediante carta o burofax (art 573 LEC), para dar posteriormente el préstamo por vencido a fin de fijar la cantidad total adeudada, ya que en la demanda de ejecución debe indicarse la cantidad líquida, vencida y exigible.

La legitimación activa corresponde al acreedor hipotecario que figure como titular del derecho de hipoteca en el Registro de la Propiedad en el momento de presentar la demanda (art 685 LEC), es decir, a la entidad bancaria que concedió el préstamo garantizado con la hipoteca. En la actualidad, debido a las absorciones y fusiones en el ámbito bancario, no es supuesto extraño, que la demanda sea presentada por una entidad financiera diferente a la que inicialmente concedió el préstamo hipotecario o incluso por algún fondo de inversión que hubiera adquirido dichos derechos de crédito y que no hayan inscrito dicha sucesión en el Registro de la Propiedad. Ante esta situación existen dos corrientes, una primera y anterior que continúa siendo la más defendida y que consideraba que dicha falta de inscripción o una inscripción posterior, implica que no es oponible frente a terceros pero que sí lo es entre las partes. Así fue defendido por el Tribunal Supremo en Sentencias desde 1989 hasta 2007, en sentencia 665/2007 4 de junio de 2007, sostiene que “como viene señalando la jurisprudencia (SS 5-Noviembre-1.974, 16-Octubre-1.982, 11-Enero-1.983 y 23-Octubre-1.984, entre otras), la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aún contra su voluntad, sin que la notificación a este tenga otro alcance que el obligarlo con el nuevo deudor debiendo entenderse las exigencias de la legislación Hipotecaria art 149 de inscripción del crédito hipotecario cedido en sus efectos en relación a terceros, puesto que en esta materia el ordenamiento jurídico especial, tanto en el orden civil como hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y, en consecuencia, sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello, la inscripción no tiene valor constitutivo

tratándose de la cesión de créditos hipotecarios” y añade que “ el hecho de que el demandante actúe en un procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandado, aunque la cesión haya sido inscrita frente al demandado en fecha posterior. Con tal doctrina jurisprudencial quedaría ya desvirtuada la tesis de nulidad propugnada por la actora (...)”

Frente a ello, existe otra corriente como se pone de manifiesto en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, AAP Barcelona 52/2016, 15 de febrero de 2016, que considera que el deudor hipotecario sí podría en tal caso alegar la falta de legitimación activa de la entidad financiera ejecutante, como oposición en el procedimiento.

Respecto a la legitimación pasiva, se encuentra regulada principalmente en los artículos 681 y siguientes de la LEC, corresponde fundamentalmente al deudor hipotecario, aunque la demanda también deberá dirigirse al hipotecante no deudor, en caso de existir, y en su caso, a terceros poseedores que hayan adquirido el inmueble con posterioridad a la constitución de la hipoteca y estén inscritos en el Registro de la Propiedad. Rige el principio de tracto sucesivo registral, de manera que sólo afectará a quien esté formalmente inscrito en el Registro de la Propiedad como titular del derecho real afectado.

3.3. Particularidades respecto al marco normativo actual

Este procedimiento procesal para la satisfacción de los derechos de los acreedores hipotecarios encuentra su regulación fundamental en la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, que ha sido objeto de recientes reformas.

La LO 1/2025 de 2 de enero, de medidas en materia de Eficiencia del Servicio Público de Justicia, han modificado aspectos sustanciales del proceso, especialmente en lo que respecta a la tramitación electrónica, la obligación de acudir a un medio adecuado de resolución de conflictos antes de iniciar el procedimiento judicial, la eliminación de la distinción entre primera y segunda copia de la escritura pública como título ejecutivo, permitiendo que cualquiera expedida con carácter ejecutivo sea válida, y las condiciones de la subasta judicial. Novedades que impactan tanto en el procedimiento como en la protección de los derechos de los consumidores.

Previamente, la Ley 12/2023 y el Real Decreto-ley 6/2023, en vigor desde el 10 de enero de 2024, establecía la obligación de iniciar los procedimientos mediante demanda electrónica. Esta medida tuvo como objetivo modernizar y agilizar la tramitación de los procedimientos judiciales, incluyendo la ejecución hipotecaria.

3.4. Protección de la vivienda habitual y los deudores vulnerables

A grandes rasgos, el procedimiento de ejecución hipotecaria culminaría con la adjudicación del inmueble al acreedor o a un tercero, e incluso puede conllevar un procedimiento de lanzamiento en el caso de una vivienda ocupada y cuya posesión no se entregue voluntariamente, por lo que derivaría en un desahucio.

En nuestro contexto jurídico, la vivienda habitual ha sido objeto de especial protección. Especialmente en situaciones de vulnerabilidad.

3.4.1. Ley 1/2025

En cuanto a la adjudicación de la vivienda habitual del deudor.: Supone un fortalecimiento de la protección de la vivienda habitual. Con el objetivo de reforzar dicha protección, establece limitaciones a las subastas judiciales. La vivienda habitual no podrá adjudicarse por debajo del 70% de su valor de subasta, salvo que la oferta cubra la cantidad debida al ejecutante por todos los conceptos, en cuyo caso no podrá aprobarse el remate de la vivienda por menos del 60% de ese valor.

3.4.2. El Código de Buenas Prácticas

Tal como recoge la Guía de Herramientas para el Deudor Hipotecario en Dificultades de Pago, publicada por el Banco de España en Marzo de 2024; el Real Decreto-ley 19/2022, de 22 de noviembre, modificado por el Real-Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, establece un Código de Buenas Prácticas para aliviar la subida de los tipos de interés en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual, y que modifica al Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Por tanto, ofrece a los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad un conjunto de medidas para aliviar la carga financiera de sus hipotecas, así como adopta otras medidas estructurales para la mejora del mercado de préstamos hipotecarios.

En el marco del sistema financiero español, el Código de Buenas Prácticas, representa un instrumento esencial para atender situaciones de vulnerabilidad económica derivadas del endeudamiento hipotecario. Su finalidad es establecer medidas voluntarias para las entidades financieras, que, una vez aceptadas, se convierten en “de obligado cumplimiento” para dichas entidades en relación con los deudores que cumplan ciertos requisitos. Actualmente existen dos Códigos de Buenas Prácticas principales, vigentes y aprobados por el gobierno español, que responden a diferentes contextos de crisis económica y social. El primero introducido en el contexto de la crisis financiera de 2008, mediante Real Decreto Ley 6/2012, modificado y ampliado en varias ocasiones, destacando las leyes Ley 1/2013 de 14 de mayo y Ley

5/2019 de 15 de marzo. Y un segundo Código estableciendo en 2022 un nuevo marco para la reestructuración de las deudas.

Desde la publicación del mencionado RD-ley 19/2022 y su modificación por RD-ley 8/2023, podemos afirmar que están en vigor dos Códigos de Buenas Prácticas, el de 2012

que pretendía la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, que fue reformado por el RD-ley 19/2022 y un nuevo Código para deudores hipotecarios en riesgo de vulnerabilidad que tiene su origen en dicho Real Decreto en su título II, y que nació con una vigencia limitada en el tiempo, hasta 31 de diciembre de 2024. Pero cuya duración fue ampliada mediante RD-ley 7/2024, por un periodo adicional de 12 meses, pero que tiene otro plazo específico, en concreto hasta mayo de 2026, para las personas residentes en las zonas afectadas por la DANA ocurrida entre octubre y noviembre de 2024, el Consejo de ministros reunido el 11/11/2024 adoptó acuerdo para modificar el Código de Buenas Prácticas y adaptarlo al Real Decreto por el que se adoptaron medidas urgentes en respuesta a los daños causados por la DANA.

El Real Decreto Ley 19/2022 de noviembre está estrechamente relacionado con la Ley 16/2022 de 5 de septiembre³ ya que ambos forman parte de reformas del marco concursal español para adaptarlo a la Directiva (UE) 2019/1023 de reestructuración e insolvencia.

Cómo medidas más significativas contempladas se encuentran la posibilidad de reestructuración de la deuda, solicitud de quita, carencias en las amortizaciones de capital, reducciones del tipo de interés aplicable y alargamientos en los plazos de amortización. Asimismo, mecanismos de segunda oportunidad, la dación en pago, todo ello en un marco de adhesión voluntaria para las entidades financieras, pero de obligado cumplimiento una vez aceptado el marco.

El Código de Buenas Prácticas, Real Decreto-ley 6/2012, de 09 de marzo, es instrumento, como hemos indicado, de adhesión voluntaria para entidades financieras, se podría considerar un instrumento de *softlaw*, es decir, normas de carácter voluntario que se tornan obligatorias tras la adhesión y tienen eficacia jurídica práctica. Se orienta, por tanto, a ofrecer soluciones más equilibradas, entre ellas, la dación en pago, que permite al deudor saldar la totalidad de la deuda mediante la entrega del

3. Ley 16/2022, de 05 de Septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). -Boletín Oficial del Estado de 06-09-2022

inmueble, mitigando el impacto social del sobreendeudamiento sin quebrantar las garantías propias del tráfico jurídico.

Desde el punto de vista del sistema bancario, también reduce el riesgo reputacional, al demostrar una disposición activa para ayudar a sus clientes en situaciones de dificultad, ofreciendo soluciones negociadas previas, al procedimiento judicial.

3.4.3. La ley de la segunda oportunidad y BEPI

La ley 25/2015, de 28 de julio, (BOE num 180 de 29 de julio de 2015) de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, fue la norma que introdujo por primera vez en España un sistema específico para la exoneración de deudas de personas físicas. Hasta su aprobación, nuestro ordenamiento carecía de un cauce claro para liberar a un deudor persona natural insolvente de sus obligaciones insatisfechas, la persona física no contaba con herramienta jurídica para evitar la responsabilidad universal consagrada en el art 1911 del Código Civil. La ley 25/2015 modificó la antigua ley concursal 22/2003 introduciendo el Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI) como mecanismo extraordinario para liberar deudas tras el concurso de acreedores. La existencia de deficiencias prácticas, así como la escasa protección al deudor vulnerable derivan en el Texto Refundido de la Ley Concursal de 2020, (Real Decreto Legislativo 1/2020 de 5 de mayo) y la Ley 16/2022 de 5 de septiembre, que han reformado y perfeccionado el sistema de la segunda oportunidad integrándolo más claramente en el concurso.

En relación con los prestatarios hipotecarios, esta ley permite que los deudores hipotecarios persona física accedan a un instrumento legal liberatorio de las deudas que persistan tras la ejecución de su vivienda, siempre que se cumplan ciertos requisitos de buena fe, pues como hemos indicado anteriormente, en España el sistema hipotecario se basa en la responsabilidad patrimonial universal del art 1911 CC: si el valor obtenido en subasta de la vivienda no cubre la totalidad del préstamo, el deudor sigue siendo responsable del saldo remanente. Es preciso incidir en este aspecto con claridad: las deudas con garantía real quedan fuera de la Ley de la Segunda Oportunidad, la garantía real se ejecuta sobre el bien y sería la obligación personal la que quedaría cancelada si se le concede el beneficio de exoneración.

4. La dación en pago

Cómo opciones y defensas, desde la perspectiva del deudor hipotecario⁴, previo al inicio de las acciones judiciales entre prestatario y banco pueden existir negociacio-

4. Durante el proceso judicial el deudor podrá oponerse por motivos como cláusulas abusivas (por ejemplo. intereses de demora), errores formales en la escritura o procedimiento o la falta de legi-

nes, en lo que respecta a la reestructuración de la deuda, a solicitudes de carencia, a una venta pactada, o al acogimiento al Código de Buenas Prácticas, en el que se contempla la dación en pago. Si no hay acuerdo y el impago persiste, el banco podrá iniciar la ejecución hipotecaria.

Si la entidad bancaria está adherida al Código de Buenas Prácticas, tendrá obligación de ofrecer, o en su caso aceptar, la dación en pago, pero en ciertos supuestos concretos y con la concurrencia de condiciones específicas.

4.1. Delimitaciones conceptuales

La dación en pago se puede explicar como una figura jurídica que permite extinguir una deuda mediante la entrega de un bien distinto al inicialmente pactado. En el ámbito hipotecario español, ha ido cobrando relevancia a raíz de las sucesivas crisis económicas que afectaron a los hogares. Aunque no es una solución prevista de forma general en el sistema hipotecario español.

Por tanto, la dación en pago, o *datio in solutum*, es una figura jurídica mediante la cual un deudor entrega al acreedor una prestación diferente a la originalmente pactada, con el fin de extinguir la obligación. No encuentra regulación expresa en el Código Civil español, su aplicación se ha desarrollado a través de la doctrina y la jurisprudencia, consolidándose como institución fundamental en el ámbito de la ejecución hipotecaria.

Díez Picazo⁵ analiza esta figura como el negocio jurídico por el cual el deudor entrega y el acreedor acepta, en sustitución de la prestación debida, otra distinta que extingue la obligación primitiva.

El art 1156 CC indica: "Las obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento, por la pérdida de la cosa debida, por la condonación de la deuda, por la confusión de derechos, por la compensación y por la novación". Conforme al art 1166 CC: "El deudor de una cosa no puede obligar al acreedor a recibir en pago otra diferente, aunque sea de mayor valor.". Y según el art 1280 se requiere que ciertos actos y contratos, como los que implican la transmisión de derechos reales sobre bienes

timación del banco, antes referida. El control de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario de consumidores ha sido una cuestión recurrente. El Juzgado de Instancia número 5 de Cartagena planteó el 9 de enero de 2025 una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para determinar si el artículo 695 de la LEC es compatible con la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores. La consulta se centra en si, durante un proceso de ejecución hipotecaria, el tribunal nacional debe revisar las cláusulas del contrato por abusivas y si se pueden presentar pruebas sobre el perjuicio económico al consumidor.

5. Díez Picazo, L. Fundamentos de derecho civil patrimonial, volumen II, editorial Civitas, Madrid, 2008 (pag 631)

inmuebles, consten en documento público. Estos artículos, en conjunto, permiten la configuración de la dación en pago como un acuerdo entre deudor y acreedor para extinguir una obligación mediante una prestación distinta, siempre que exista consentimiento mutuo y se cumplan los requisitos formales cuando sea necesario.

La perspectiva que resaltamos de la dación en pago es la de constituir una medida de protección. El Código de Buenas Prácticas la introdujo de esta forma, como una medida para proteger a los deudores hipotecarios en situación de vulnerabilidad y aporta un marco normativo específico para que ciertos deudores hipotecarios puedan acceder a la misma de forma estructurada y con garantías, dentro de un protocolo oficial, estableciendo criterios objetivos. Según el Banco de España (2023), la dación en pago permite al deudor saldar su deuda entregando la vivienda al acreedor, extinguiendo así la obligación pendiente. Esta medida busca evitar el desahucio y facilitar la reintegración del deudor en el sistema financiero.

4.2. Requisitos

Para solicitar la dación en pago deben confluir una serie de circunstancias o requisitos, que, si no se cumplieran, la actuación sería ajena al código. Las reproducimos según se encuentran recogidas por el Banco de España, éstas son:

- “Que el deudor se encuentre en el umbral de exclusión.
- Que el precio de adquisición de la vivienda cumpla con el límite impuesto, con un máximo de 250.000 euros.
- Que el plan de reestructuración de la deuda sea inviable.
- Que la entidad haya optado por no aplicar la quita de la deuda.
- Que aunque el banco haya iniciado un procedimiento de ejecución, no se haya dictado el anuncio de subasta.
- Que la vivienda no esté gravada con cargas posteriores.
- Que la solicitud se haya presentado dentro de los 24 meses siguientes a la solicitud de reestructuración o, en un momento posterior, para aquellos deudores que tengan aprobado y en curso un plan de reestructuración y observen su imposibilidad de atender los pagos”

En la práctica bancaria, el prestatario deberá facilitar a la entidad bancaria los documentos que ésta le solicite, fundamentalmente referentes a la escritura de propiedad de la vivienda, el estar a corriente de pago de suministros o en su caso los últimos pagados y datos sobre los recibos adeudados, igualmente en el caso del IBI, y la Comunidad de Propietarios de existir. El deudor, tiene la posibilidad de solicitar arrendar la vivienda mediante un alquiler social, durante un periodo inicial de 24

meses que será prorrogable y cuya renta no podrá ser superior al 3% del importe de la deuda en el momento de la dación. La entidad redactará el contrato, y si la parte prestataria está conforme, firmarán la dación en Notaría en Escritura Pública.

Con la entrega de la vivienda mediante dación en pago, quedaría totalmente extinguida la deuda que se garantizaba con la hipoteca y se daría por extinguida también toda responsabilidad personal tanto del deudor como de terceros.

5. Implicaciones respecto los objetivos de desarrollo sostenible

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en 2015, en el primer párrafo del Preámbulo de la Agenda 2030, hace referencia a la erradicación de la pobreza como requisito indispensable para el desarrollo sostenible, dice textualmente que “la presente Agenda es un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad”. Para ello plantean 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), y 169 metas.

Varios son los ODS, que aun sin ser jurídicamente vinculantes, pretenden un compromiso de los ordenamientos jurídicos para promover mecanismos que reduzcan la desigualdad, garanticen una vivienda digna y refuercen la justicia social. De hecho, la Agenda 2030, está cada vez más presente en el tejido social, y su influencia se manifiesta tanto en reformas legislativas cómo en la jurisprudencia donde los tribunales invocan los ODS como criterios para favorecer la tutela de los derechos fundamentales.

Son ODS relevantes en este análisis:

- **ODS 1:** Fin de la pobreza, las ejecuciones hipotecarias agravarán la situación de vulnerabilidad si no están acompañadas de mecanismos de protección.
- **ODS 10:** Reducción de las desigualdades, para evitar desequilibrios sociales.
- **ODS 11:** Lograr ciudades inclusivas, seguras, resilientes y sostenibles. Y en su apartado 1 añade, asegurar el acceso de todas las personas a viviendas digna.
- **ODS 16:** Paz, justicia e instituciones sólidas. Impulsa el acceso a la justicia y el respeto por los derechos de todos.

De este modo, integrar las diferentes figuras analizadas en clave de sostenibilidad jurídica implica avanzar hacia un modelo legal más equitativo y alineado con los compromisos internacionales en derechos humanos y desarrollo sostenible.

6. Conclusiones

El orden jurídico contemporáneo se enfrenta al desafío de reconciliar la seguridad jurídica y la eficiencia procesal con la justicia social. El derecho de los acreedores hipotecarios a la satisfacción plena de su crédito, en virtud del principio de seguridad jurídica y de la autonomía de la voluntad plasmada en los contratos, persiste como pilar esencial del tráfico jurídico-económico. Paralelamente, los deudores hipotecarios se erigen como sujetos de especial tutela frente a la potencial afectación del derecho a la vivienda, reconocido como fundamental y Objetivo de Desarrollo Sostenible. Objetivos, que, aunque no vinculantes, orientan la construcción normativa hacia la justicia social, la

reducción de desigualdades o el acceso a una vivienda digna.

La tensión entre estos intereses ha propiciado la configuración de mecanismos protectores, tales como la dación en pago, la reestructuración de deudas, las moratorias hipotecarias o las limitaciones a la ejecución forzosa, cuyo objeto es equilibrar la protección del deudor en situación de vulnerabilidad sin menoscabar indebidamente los derechos legítimos del acreedor

Podemos afirmar que el ordenamiento jurídico español, se ha adaptado y ha asumido la obligación de articular soluciones que, respetando los principios de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, permiten armonizar el derecho de crédito del acreedor con los derechos fundamentales del deudor. En suma, la protección de los deudores hipotecarios, lejos de implicar una negación de las prerrogativas del acreedor, constituye una manifestación del principio de justicia social que debe presidir toda relación jurídica, en sintonía con la Agenda 2030 y los compromisos internacionales en materia de desarrollo humano sostenible.

Referencias bibliográficas

- Adan Domenech, F., (2009) *La ejecución hipotecaria*. Ed. Bosch editor.
- Agenda 2030. Distribución limitada. 18 de septiembre 2015. Español. (original, inglés) ONU.
- Belinchón Romo, R., (2012). *La dación en pago en derecho español y derecho comparado*. Ed. Dykinson.
- Díez-Picazo y Antonio Gullón. (2019). *Sistema de derecho civil, volumen III tomo I*. Editorial Tecnos.
- Díez-Picazo, L., (2008). *Fundamentos de derecho civil patrimonial, Volumen II, Las relaciones obligatorias*. Edit Civitas
- Enrile de Rojas, M . (2015). *La dación en pago, una solución*. Revista La Toga. nº 190. Ilustre Colegio de Notarios de Sevilla

- Gimeno Sendra, V., (2024). *Introducción al derecho procesal*, Editorial Tirant lo blanch.
- Guía de herramientas para el deudor hipotecario en dificultades de pago, Banco de España. Eurosistema. 22 de marzo de 2024.
- <https://cliente bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productos/servicio/financiacion/deudores-hipotecarios-sin-recursos/guia-textual/medidas-codigo-buenas-practicas/dacion-en-pago-de-la-vivienda-habitual.html>
- INE, Instituto Nacional de Estadística. *Estadísticas sobre ejecuciones hipotecarias. últimos datos*, <https://www.ine.es>
- Informe ODS 2024, *The sustainable development goals reporte 2024*
- Lasarte Álvarez, C., (2010). *Derechos reales y derecho hipotecario. Tomo V de Principios de derecho civil*. Editorial Marcial Pons.
- Legislación hipotecaria (2ª edición, 2022). Aranzadi.
- Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. web.icam.es.
- Montero Aroca, J., (2012) *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Valencia, Edit Tirant lo Blanch.

Conflicto de intereses

En esta publicación no se presentó ningún conflicto de interés.

Financiación

Esta publicación no ha recibido ninguna ayuda o financiación.



Recensiones Bibliográficas

MARÍA CARRO PITARCH. *Los recursos genéticos marinos de las zonas fuera de la jurisdicción nacional: Un antes y un después en su régimen jurídico a la luz del Acuerdo BBNJ.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2025, 464 páginas. ISBN papel: 9788410954489. ISBN Ebook (open access): 9788410954496.

Juan Manuel Rodríguez Barrigón  0000-0002-4232-1086

Profesor Titular de Derecho Internacional Público, Universidad de Extremadura, España.

jmrbr@unex.es



La formación de un sector del ordenamiento internacional históricamente tan relevante como el Derecho del mar ha generado una fragmentación de los espacios marítimos, sometiéndolos a regímenes jurídicos diversos que contemplan el ejercicio de competencias por parte de los Estados con diferentes intensidades, como se contempla en el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (CNUDM). Los crecientes intereses de los Estados sobre áreas que escapan al ejercicio de sus potestades soberanas quedan delimitados de forma separada mediante regulaciones claramente diferenciadas: por una parte, la referida al Alta Mar se somete a un sistema de libertades amplio (art. 87 CNUDM); por otra parte, la Zona, cuyos recursos no vivos quedan bajo la consideración de patrimonio común de la humanidad (arts. 136 y ss. CNUDM).

Este marco delimitador se completa con una obligación general de proteger el medio marino (art. 192 CNUDM) que se especifica en relación con ciertos aspectos

relacionados con su protección y preservación. Juzgado insuficiente para alcanzar objetivos medioambientales efectivos, nos encontramos en nuestros días ante un sistema de normas complejo que se ha orientado a regular de forma particular ciertas actividades desplegadas en zonas que se encuentran fuera de las jurisdicciones nacionales, ya sean para ordenar la explotación de los recursos vivos, ya sean para la protección frente a la contaminación derivada de la actividad humana. Esta regulación general, por otra parte, se encuentra complementada por normas regionales que especializan ciertos aspectos particulares relacionados con las actividades que se desarrollan, las especies que se preservan o se adecuan a las características singulares del medio natural.

Esta fragmentación normativa se ha visto acompañada de la multiplicación de instancias organizativas que hacen de la institucionalidad del Derecho del Mar un mosaico en el que se expresa una apreciable diversidad. Bajo este modelo, articular la conciliación de intereses entre los Estados y la aplicación de los derechos y obligaciones impuestas por las normas resulta frecuentemente ineficaz para dotar de protección efectiva al medio natural, que no conoce la artificial división de espacios.

En este contexto, la necesidad de abordar la conservación de la diversidad biológica marina en las zonas que se sitúan fuera de la jurisdicción de los Estados promueve el avance de la regulación internacional en este campo. Una nueva norma convencional, adoptada tras un largo y complicado proceso de negociaciones, ha visto la luz: el Acuerdo en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional (conocido por sus siglas en inglés, Acuerdo BBNJ, *Biodiversity Beyond National Jurisdiction*).

Precisamente en este sector especializado dentro del Derecho del Mar se incardina la obra que aquí se recensiona. Con el título “*Los recursos genéticos marinos de las zonas fuera de la jurisdicción nacional: Un antes y un después en su régimen jurídico a la luz del Acuerdo BBNJ*”, se describe de forma completa el objeto de estudio que la autora aborda. La oportunidad de esta monografía debe ser subrayada especialmente, no sólo por abordar una materia que ha sido durante los últimos años sometida a debates en el seno de la Comunidad Internacional concluyendo en un nuevo Acuerdo en junio de 2023 que completa el régimen del Derecho del Mar, sino también por la concurrencia de un número suficiente de ratificaciones suficientes para que se produzca su entrada en vigor en el mes de enero de 2026.

Cabe resaltar, de forma acorde con lo antedicho, que constituye una importante aportación doctrinal en el campo de las investigaciones jurídicas, pues se trata de la primera obra monográfica sobre el Acuerdo BBNJ que se publica en español en la que se le da un tratamiento completo, sistemático y crítico. Viene a completar así un campo para el estudio que, hasta el momento, ha sido estudiado en la perspectiva

del proceso de negociación que ha conducido a la conclusión de este Acuerdo o han centrado su objeto en algunos aspectos concretos; esto permite aventurar que se convertirá en referencia necesaria para el desarrollo de futuras investigaciones.

Como bien describe su título, la autora analiza de forma muy completa el régimen jurídico de la biodiversidad en los espacios marítimos situados más allá de las jurisdicciones estatales. Los antecedentes de la regulación contenida en el Acuerdo son expuestos detalladamente para poner de relieve sus carencias, sometiéndolos a las consideraciones críticas que justifican la remoción de las mismas. Sin embargo, no elude subrayar las dificultades de orden político y técnico que conlleva la conclusión de un marco jurídico innovador que se inserte de forma coherente con las normas que ya se han consolidado en este sector del ordenamiento internacional.

La exposición se inicia ordenadamente con una identificación de los problemas en presencia, describiendo el ámbito físico de los espacios marítimos y su sobresaliente relevancia como reservorio de biodiversidad del planeta. Enfatiza el contraste existente entre la importancia de los mismos y la ausencia de un régimen jurídico específico para los existentes en las zonas existentes fuera de la jurisdicción nacional. Garantizar la conservación de esta diversidad genética en estos espacios y permitir a la vez un uso sostenible de estos recursos no ha sido objeto de una regulación particular, constatándose vacíos que han expuesto estos componentes medioambientales en el Alta Mar a una eventual desprotección efectiva.

Esta monografía, con su notable extensión, aparece estructurada en cinco capítulos que perfilan correctamente la exposición de los objetivos de la investigación y conduce a unas conclusiones coherentes. El primero de ellos aproxima al lector a conceptos asociados a los recursos genéticos marinos que facilitan la comprensión de la biodiversidad marina, los recursos genéticos, los derivados y la información digital de secuencias, todos ellos con una caracterización técnica que escapa normalmente a la formación del jurista. Explicitar estos extremos resulta idóneo para destacar las posibilidades de estudio multidisciplinar sobre este objeto; sin embargo, no desvía a la autora de una metodología jurídica depurada para la realización del análisis que efectúa.

En el segundo capítulo se examina de forma minuciosa el régimen jurídico vigente antes del Acuerdo BBNJ, centrado fundamentalmente en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, así como en el Protocolo de Nagoya de 2010. De ello se desprenden consecuencias nítidas que se sintetizan en la insuficiencia de los mismos para colmar la laguna normativa en materia de recursos genéticos marinos de las zonas fuera de jurisdicción nacional, quedando la mayor parte de los océanos en un terreno de inseguridad jurídica y de tensiones políticas crecientes entre los países desarrollados y en desarrollo (utilizando la terminología propia del Acuerdo BBNJ).

Como expresión de las dificultades para superar este estadio, el tercer capítulo se centra en el proceso de negociación que se extiende durante más de dos décadas hasta la adopción de este Acuerdo. Se reconstruye con precisión histórica el recorrido que parte de las primeras discusiones en el Grupo de Trabajo *Ad Hoc* de la Asamblea General de Naciones Unidas, incorpora los debates tenidos en las reuniones del Comité Preparatorio y culmina con las cinco conferencias intergubernamentales celebradas entre 2018 y 2023. La autora resalta los principales nudos de la negociación, entre los que destacan la dicotomía entre patrimonio común de la humanidad y libertad de investigación científica, la inclusión de la información digital de secuencias en el ámbito de aplicación del tratado, y la siempre delicada cuestión de la participación justa y equitativa en los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos. Es de subrayar que la autora ha intentado sistematizar la diversidad de posiciones que han defendido diferentes bloques, que se han agrupado de forma general bajo las impropias denominaciones geográficas de Estados del Norte y Estados del Sur Global. Los intereses dispares que encierran estos posicionamientos permiten comprender no sólo los obstáculos que se han planteado para llegar al consenso necesario para concluir el Acuerdo, sino también los compromisos alcanzados y las tensiones que se encuentran latentes en su texto final.

Pero quizás la aportación más original de la monografía debamos buscarla en los capítulos cuarto y quinto, en los que se pueden encontrar los componentes fundamentales de análisis que se contienen en ella. Así, el cuarto capítulo se destina al estudio de las disposiciones generales e intersectoriales del Acuerdo, abordadas particularmente en su preámbulo, sus objetivos y sus principios rectores, así como la relación con otros instrumentos internacionales y la delimitación precisa de su ámbito de aplicación. Con gran acierto se subraya la relevancia hermenéutica del preámbulo, así como el valor integrador del objetivo general del Acuerdo, llamado a funcionar como brújula interpretativa frente a la fragmentación de intereses. El debate entre el principio del patrimonio común y el de libertad de los mares es tratado con especial lucidez, mostrando cómo el texto final opta por una fórmula de equilibrio o “sublimación por integración” que, aunque no resuelve el conflicto de raíz, se espera permita la coexistencia práctica de ambos principios.

El quinto capítulo se destina a un análisis detallado del régimen específico de los recursos marinos que se ha dispuesto en la Parte II del Acuerdo BBNJ, en el que se incluye la participación justa y equitativa en los beneficios. Entre los aspectos más relevantes destaca su particular ámbito de aplicación temporal (retroactivo por defecto, salvo que se declare su excepción por escrito junto a la ratificación), la implantación de un sistema de notificaciones de las actividades relacionadas con los recursos, así como obligaciones de depósito de las muestras; además de una compleja arquitectura institucional para asegurar la supervisión y transparencia, la regulación de la participación en beneficios -tanto monetarios como no monetarios- y las

particularidades del nuevo régimen asociadas a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y las comunidades locales. En este análisis se puede destacar especialmente la discusión sobre la ausencia que se aprecia de una regulación específica de los derechos de propiedad intelectual aplicables a las innovaciones derivadas de los recursos genéticos marinos, lo que permite anunciar que estamos ante una materia que será objeto de controversias en el futuro inmediato.

Las conclusiones sintetizan con claridad la tesis defendida a lo largo de la obra: el Acuerdo BBNJ representa, sin duda, un hito en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional del Mar, pero no consigue colmar todas las lagunas preexistentes ni disipar las tensiones estructurales entre Norte y Sur global. La autora advierte, razonadamente, que el régimen que se contempla en este Acuerdo está atravesado por cierta ambigüedad; si bien puede ser comprendida en el empeño por alcanzar un compromiso político imprescindible para su adopción, se expone a que su eficacia quede condicionada en buena medida por la voluntad de los Estados de asumirlo mediante su ratificación e implementación, así como a los posicionamientos que mantengan en la futura Conferencia de las Partes.

Con todo, nos encontramos ante una monografía con una depurada metodología analítica adecuada para el objeto de estudio. A este respecto, puede entenderse acertado que estando presidida por el análisis jurídico-positivo, sitúa correctamente el mismo dentro del contexto político en el que se concluyen las normas, así como su comprensión en el marco de las relaciones internacionales. Estas dimensiones enriquecen la investigación realizada, pues permite examinar el régimen jurídico adoptado en el marco histórico, político y económico en que se concluye. Sirva de ejemplo destacar que sin este enfoque resulta particularmente complejo comprender los motivos por los que fueron incluidos o se descartaron a lo largo de las negociaciones ciertos conceptos de gran entidad, tales como el “acceso”, los “derivados” o la “información digital sobre secuencias de recursos genéticos marinos”.

En suma, estamos en presencia de un estudio con una valiosa aportación académica. Pero, junto a ello, hay que hacer notar que esta obra también presenta una indudable utilidad de carácter práctico, pues en ella se identifican motivadamente algunos problemas que pueden surgir al momento de su implementación y subraya la existencia de algunos aspectos que habrán de precisar cierta clarificación para dotar de efectividad a lo acordado. En esta línea, el análisis de algunas cuestiones como la aplicación de los mecanismos de notificación y depósito de los recursos, la supervisión de la participación en beneficios y la regulación de la información digital de secuencias, permiten detectar ciertas dificultades de orden operativo o interpretativo que podrán ser relevantes en el futuro. Esta perspectiva práctica convierte al libro en una herramienta valiosa tanto para profesionales del Derecho Internacional como para responsables de política ambiental y legisladores a nivel

nacional, al ofrecer anticipadamente claves para abordar los desafíos que surgirán una vez que el Acuerdo entre en vigor.

Para concluir, se hace recomendable la lectura de esta monografía por constituir un trabajo riguroso y exhaustivo. La oportunidad de haberlo publicado en este año 2025 es destacable no sólo por sistematizar el análisis de un Acuerdo que entrará en vigor de forma inminente, sino también porque sus aportaciones críticas permiten obtener el conocimiento necesario para su aplicación en el futuro, despejar algunas dudas interpretativas que pueda suscitar y las causas de las mismas, así como de advertir de posibles problemas que puedan surgir en su implementación.



Recensiones Bibliográficas

Ángel Acedo Penco, *Análisis dogmático y jurisprudencial de la teoría de la obligación en el Código civil español*, editorial Reus, Madrid, 2025, 428 páginas. ISBN: 978-84-2902-959-8. Depósito legal: M-17113-2025.

Alejandro Platero Alcón  0000-0002-3318-6441

Profesor Titular de Derecho Civil (acred.), Universidad de Extremadura, España.

platero@unex.es



Precedido de un interesante prólogo del profesor de la Facultad de Derecho de La Habana, Leonardo Pérez Gallardo, en el presente libro, *Análisis dogmático y jurisprudencial de la teoría de la obligación en el Código civil español*, su autor, el profesor Acedo Penco elabora una rigurosa aproximación expositiva, más dogmática que exegetica, y en cierto modo, crítica, en todo caso muy específica, respecto de la teoría general de la obligación que, en la actualidad, rige en todo el Derecho civil común, no foral, ni especial, mayoritariamente inserta en el Código civil del Reino de España, cubriendo, naturalmente, algunas omisiones de ciertas figuras e instituciones que el legislador patrio no ha incluido en su texto hasta el momento.

Por su carácter monográfico y específico sobre la teoría de la obligación, no se tratan aquí instituciones civiles propias de los territorios de Derecho foral o especial, si bien son escasas, dada la competencia exclusiva del Estado en materia de «bases de las obligaciones contractuales», a tenor del artículo 149.1.8ª de la Constitución.

Como indica el profesor Acedo Penco, del citado texto constitucional cabe resaltar el jugoso sintagma: que reserva en exclusiva al Estado central la competencia sobre: las «bases de las obligaciones contractuales» donde se aglutina la clásica teoría general de las obligaciones del Derecho privado. Entre otras, la más reciente interpretación de tal expresión, se recoge en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/2024, de 8 de octubre (BOE núm. 277, de 16 de noviembre de 2024), al afirmar que si bien «el legislador estatal no ha llevado a cabo una concreción formal de lo que han de considerarse tales «bases de las obligaciones contractuales» lo cierto es que «en tanto se produce tal declaración formal de las bases de las obligaciones contractuales, estas obligaciones se encuentran reguladas en el Código civil estatal» Y concreta finalmente, «puede considerarse como tal la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CC (arts. 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (arts. 1254 a 1280 CC). Con el mismo carácter básico deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio; la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de la validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores». Como puede verse, por tanto, será estatal la esencia de la teoría general de las obligaciones objeto de este libro.

En definitiva, la obra que se recensiona, se centra en acometer un denso, aunque paradójicamente conciso, estudio legislativo y doctrinal, de lo que bien podría llamarse—imitando ligeramente tan solo el título de la soberbia obra de Hans Kelsen y, tal vez, alguno de sus objetivos— «teoría pura de las obligaciones», base de todo el derecho patrimonial, no solo privado, sino también público en buena medida, pues todo derecho de sustrato económico se asienta en la teoría general de obligaciones, cuyo análisis propio e independiente del resto de los subgrupos del Derecho de obligaciones, tiene suficiente unidad y entidad para justificar el estudio monográfico condensado en el presente trabajo.



Recensiones Bibliográficas

Ángel Acedo Penco, *La propiedad en proindiviso y otras cotitularidades Extinción y división. La 'actio communi dividundo'*, editorial Dykinson, Madrid, diciembre, 2023, 370 páginas. ISBN: 9788411708579. ISBN electrónico: 978-84-1070-184-7. Depósito legal: M-35823-2023

Alejandro Platero Alcón  0000-0002-3318-6441

Profesor Titular de Derecho Civil (acred.), Universidad de Extremadura, España.

platero@unex.es



La monografía que se comenta que gira bajo el título *La propiedad en proindiviso y otras cotitularidades Extinción y división. La actio communi dividundo*, del profesor titular de Derecho civil Ángel Acedo Penco, contiene un estudio detenido del régimen jurídico de la titularidad conjunta de los diferentes derechos subjetivos, reales y personales, siempre desde la óptica del derecho privado.

El estudio parte de la constatación de la insuficiente regulación legal vigente, no solo respecto de nuevas realidades derivadas de los tiempos actuales, como las nuevas formas de familia o las tecnologías más recientes, pero también se hace eco de que el Código civil español, ya desde su promulgación, sigue regulando con mejorable técnica, y grandes carencias, viejas instituciones, plenamente vigentes, como la comunidad ordinaria, la extinción de cualquier cotitularidad o la división y partición de la cosa común, ya sea un bien o un derecho, siendo la jurisprudencia y la doctrina, con criterios a veces dispares, las encargadas de suplir tales carencias.

El profesor Acedo aborda en el libro, con carácter previo, los fundamentos de la propiedad y la copropiedad o condominio, paradigma de todos los derechos reales de comunidad, pasando luego por las comunidades más usuales, centrándose en mayor medida en dos de las que gozan de mayor proyección práctica en España como la comunidad de bienes y la comunidad de gananciales, y algunas «especiales», como la comunidad postganancial y la comunidad hereditaria, viendo también las de pastos y leñas, montes vecinales en mano común o la medianería.

Por afectar decisivamente a la titularidad conjunta de los llamados «seres sintientes», también se trata la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Tras ello, la obra se adentra en el régimen –legislativamente oscuro– de la extinción de las cotitularidades y comunidades, así como la división y reparto de lo que fue común, ya por vía de pacto entre los cotitulares, por un tercero –arbitro o no–, o bien acudiendo, las más de las veces, a los tribunales de justicia, analizando aquí las cuestiones netamente civiles, esto es, de carácter material, de la actio communi dividundo.

Finalmente, junto al fructífero apoyo doctrinal, el autor nutre su obra aportando un exhaustivo y útil abanico de referencias jurisprudenciales comentadas en las notas, tanto añejas como muy recientes, todas de oportuna aplicación, que sirven de guía práctica y útil para todo aquel que se adentre en esta materia tan presente en la sociedad actual, de las diversas titularidades compartidas por varios sujetos sobre un mismo objeto, los condominios y las comunidades, su extinción y la división entre sus partícipes.

En definitiva, la obra viene a ocupar un lugar destacado en nuestro Derecho civil, en particular en la subrama de los derechos reales, y dentro de estos en una materia muy concreta en la que no abundan estudios específicos como son referidos a las titularidades compartidas de los bienes y derechos.



Crónica de la Facultad de Derecho

Jornada “El encaje de la ciberseguridad en la Unión Europea de los valores” (Área de Derecho Constitucional)

Conference “The fit of cybersecurity in the European Union of the values” (Area of Constitutional Law)

Lorena Chano Regaña  0000-0002-7475-3852

Profesora del Área de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, España.

lorenachano@unex.es

En el último trimestre de 2025 se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (en adelante, UEx) la Jornada titulada “El encaje de la ciberseguridad en la Unión Europea de los valores”, concebida como un espacio académico de análisis y debate sobre la ciberseguridad como fenómeno jurídico-constitucional y como dimensión estratégica del proceso de integración europea. La actividad se desarrolló en el marco del Módulo Jean Monnet EUCOMMIT, cofinanciado por la Unión Europea (UE), cuyo título completo es “Protecting and promoting EU COMMON values, rule of law and democracy: towards cultural Integration in Times of diverse societies and illiberal regimes”. Durante tres años, este proyecto ha articulado un itinerario de investigación y docencia orientado al estudio de los valores comunes de la UE y de sus mecanismos de garantía, con el propósito de promover la excelencia académica en la enseñanza y la investigación, y de reforzar el compromiso social y cívico del estudiantado, así como su participación en la vida democrática.

La Jornada se organizó en colaboración con la Cátedra de Ciberseguridad de la UEx, lo que permitió integrar, de forma especialmente fructífera, perspectivas provenientes del Derecho Constitucional, la gobernanza pública, la ética tecnológica y los estudios europeos. El enfoque asumido por el comité científico, integrado por el Dr. Marcos Criado de Diego, la Dra. Lorena Chano Regaña y el Dr. Andrés Caro Lindo, partió de una premisa clara: la ciberseguridad no puede ser tratada como un

asunto meramente técnico, porque en la sociedad digital se proyecta sobre los presupuestos mismos de la democracia constitucional. De ahí que el eje vertebrador de la Jornada fuera responder a la pregunta de cómo proteger frente a amenazas digitales sin desdibujar aquellos valores que definen las democracias contemporáneas y el proyecto europeo. Es decir, sin afectar a la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales.

Las ponencias y los debates sostenidos durante la Jornada se centraron en primer lugar en el análisis de la ciberseguridad como componente estructural de la soberanía digital europea, destacando su evolución normativa y su creciente centralidad en las políticas públicas de la Unión. En segundo término, se examinó la tensión (inevitable y productiva) entre las medidas de seguridad digital y los valores fundamentales del proyecto europeo, identificando riesgos, límites y dilemas de legitimidad. En tercer lugar, se abordó el impacto de la inteligencia artificial (IA) y la transformación digital sobre la garantía de los derechos, con atención especial a fenómenos como la desinformación, la manipulación informativa y la erosión del debate público. En cuarto término, se insistió en la necesidad de incorporar una perspectiva ética y democrática en la gobernanza digital, articulando marcos normativos que combinen eficacia protectora y respeto pleno a los derechos fundamentales. Todo ello desde un diálogo interdisciplinar que ofreciera criterios para diseñar una “ciberseguridad con valores”, contribuyendo a la formación académica y profesional de la comunidad universitaria y fortaleciendo una comprensión crítica de la ciberseguridad como fenómeno jurídico, político y social complejo.

La sesión se abrió con el acto de inauguración, en el que intervinieron Dña. Ana Lucas Tobajas, secretaria académica de la Facultad de Derecho de la UEx; D. Andrés Caro Lindo, director de la Cátedra de Ciberseguridad de la UEx; Dña. Lorena Chano Regaña, directora académica de la Jornada; y D. Pablo Hurtado Pardo, director general de Acción Exterior de la Junta de Extremadura. Las intervenciones institucionales subrayaron el valor de las iniciativas como EUCOMMIT, que desde el ámbito universitario conectan la investigación, la docencia y la transferencia social, y destacaron la pertinencia de la Jornada, al versar esta sobre una temática que articula una dimensión europea particularmente relevante en un momento en el que la protección de la democracia exige capacidades jurídicas y culturales específicas frente a amenazas que implican el uso de la IA y de las nuevas tecnologías.

El programa científico se estructuró en cuatro conferencias principales, cada una de ellas orientada a un ángulo distintivo del problema. La primera, a cargo del catedrático Juan Francisco Sánchez Barrilao (Universidad de Granada), se tituló “La inteligencia artificial frente a la desinformación: ciberseguridad y defensa de la democracia bajo el palio del patriotismo constitucional europeo”. La ponencia ofreció una reflexión especialmente sugerente en torno a la relación entre tecnolo-

gías algorítmicas, ecosistemas informativos y legitimidad democrática. El hilo argumental situó la desinformación no solo como un riesgo de “seguridad” en sentido funcional, sino como un fenómeno capaz de afectar a la autonomía ciudadana y a las condiciones de posibilidad del debate público. En esa medida, la ciberseguridad aparece vinculada a una dimensión de defensa democrática, que exige marcos de intervención compatibles con los valores del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE). La apelación a un “patriotismo constitucional europeo” operó como elemento conceptual para pensar la defensa de la democracia no en términos de cierre identitario, sino como lealtad normativa a un conjunto de principios comunes.

La segunda intervención fue desarrollada por la catedrática Rosario Tur Ausina (Universidad Miguel Hernández de Elche) bajo el título “La Unión ante la digitalización de la sociedad: entre la Europa de los mercaderes y la Europa de las personas”. Su aportación permitió reubicar el debate en el eje clásico y siempre actual de la integración europea: el equilibrio entre la lógica del mercado y la protección de la ciudadanía. En el ámbito digital, esa tensión se expresa con especial intensidad. De un lado, la necesidad de competitividad, innovación y seguridad económica; de otro, la exigencia de garantizar derechos fundamentales, transparencia, rendición de cuentas y no discriminación. La ponencia puso de relieve que la agenda digital europea no puede limitarse a objetivos de eficiencia o crecimiento, sino que debe articularse como una política pública con densidad constitucional, orientada por el principio de proporcionalidad y por la centralidad de los derechos.

La Jornada continuó con la conferencia del Module Leader de EUCOMMIT, el profesor Marcos Criado de Diego (UEx), titulada “El encaje de la ciberseguridad en la regulación constitucional del derecho a la seguridad en España”. La intervención resultó particularmente valiosa por su capacidad de conectar el marco europeo con el plano interno, situando la ciberseguridad en la arquitectura constitucional del derecho a la seguridad y en su interacción con libertades y garantías. En este punto, la discusión incorporó con claridad una idea transversal; y es que la seguridad, incluida la seguridad digital, no es un fin autosuficiente, sino un ámbito de actuación pública que requiere control democrático, cobertura normativa clara y salvaguardas jurisdiccionales efectivas. El análisis mostró cómo la constitucionalización del problema exige pensar, simultáneamente, en la legitimidad de las medidas y en la prevención de efectos colaterales sobre derechos como la intimidad, la protección de datos, la libertad de expresión o el derecho de participación.

La cuarta conferencia, a cargo de la profesora Tamara Álvarez Robles (Universidad de León), abordó el itinerario europeo desde una perspectiva histórico-normativa en “Desde la seguridad de la información de redes y sistemas hasta la ciberseguridad: soberanía digital y líneas de acción estratégicas europeas”. La ponencia cartografió la evolución conceptual y regulatoria que ha conducido desde enfoques centrados

en la seguridad de redes y sistemas hacia una noción más amplia de ciberseguridad, ligada a la resiliencia institucional, la protección de infraestructuras críticas y la soberanía digital. Esta mirada permitió comprender el modo en que la UE construye un espacio de seguridad digital que no se agota en la gestión de incidentes, sino que configura capacidades, coordina políticas y redefine responsabilidades. En ese marco, la soberanía digital se presentó como una categoría que requiere prudencia; es útil como orientación estratégica, pero problemática si se interpreta como legitimación de restricciones intensas o de opacidades incompatibles con el Estado de Derecho.

La Jornada llegó a su fin con el acto de clausura, en el que intervinieron el Dr. Marcos Criado de Diego, la Dra. Lorena Chano Regaña y el subdelegado del Gobierno en Cáceres, D. José Antonio García Muñoz. En el acto se destacó el carácter formativo y deliberativo del encuentro, así como su coherencia con los objetivos del Módulo Jean Monnet EU COMMIT; y, se concluyó que, en el contexto actual, la defensa de los valores comunes de la UE exige integrar en la agenda jurídica una comprensión realista de las amenazas digitales y, al mismo tiempo, una defensa firme de los límites constitucionales que hacen posible una seguridad democrática. En definitiva, la respuesta europea a los desafíos digitales solo será sostenible si incorpora una dimensión de legitimidad basada en valores, evitando tanto la tecnificación reductiva como la securitización expansiva.

Este número
cuadragésimo primero
de la revista
Anuario de la Facultad de Derecho.
Universidad de Extremadura,
se terminó de imprimir
en Cáceres
el 30 de diciembre de 2025,
día de
Santa Judit

